

Art. 9º da Lei nº 8.072/1990:  
vale a pena?

Raphael Boldt \*

Elaborado em 12.2005. Atualizado em 02.2006.

"O conformismo é o carcereiro da liberdade e o inimigo do crescimento."

(John Fitzgerald Kennedy)

---

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Objeto de grandes embates teóricos, a famigerada Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, tem sido abordada pelos mais ilustres juristas brasileiros, destacando-se como um dos principais temas da literatura jurídica de nosso tempo.

Ciente dos profícuos debates doutrinários acerca da Lei dos Crimes Hediondos e da notoriedade dos nossos insignes precursores, nos lançamos em busca de nossa singela contribuição e, a partir de uma análise que extrapola o âmbito técnico-jurídico, oferecemos ao leitor alguns breves apontamentos concernentes não somente à supracitada lei, mas a todo o sistema penal, entendido por Zaffaroni como o controle social punitivo institucionalizado (BATISTA, 2001, p. 25).

Com o aumento da criminalidade comum nos países periféricos e a expansão do terrorismo nos grandes centros mundiais, o anseio por medidas capazes de inibir a violência e gerar uma maior sensação de segurança engendra a adoção de soluções mirabolantes, absurdas e, na maioria das vezes, arbitrárias e inconstitucionais. Redução da idade de responsabilidade penal, pena de morte, prisão perpétua e trabalhos forçados em locais inóspitos são algumas das propostas apresentadas principalmente pela mídia e por políticos aproveitadores, verdadeiros inimigos da democracia, capazes de fazer do medo alheio o instrumento perfeito para a consecução de seus objetivos.

Mais do que expor nossa consternação em relação à causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei 8.072/90, almejamos a reflexão sobre a gênese e o escopo de um instrumento normativo tão controvertido.

---

## 2. SUPERANDO AS APARÊNCIAS

Há algumas décadas temos observado não apenas em nosso país, mas em toda a América Latina, uma tendência que além de perniciosa para toda a sociedade, demonstra o despreparo de nossos governantes no combate ao crime. Um notável provérbio alemão assegura que "quanto mais leis, menos justiça", contudo, a profusão de normas penais tem sido apresentada à opinião pública como o recurso ideal para a redução da insegurança que abate toda a população.

Sob a influência do Movimento da Lei e Ordem, o direito penal, ultima ratio, vem se tornando a prima ratio na tentativa desenfreada de se materializar a justiça. Entretanto, ao invés de conferir maior eficácia ao sistema penal, tais soluções têm produzido um efeito inverso, contrário à essência do Estado Democrático de Direito, violando alguns dos mais básicos princípios consagrados por nossa Constituição Federal. Destarte, conforme Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2005):

No momento em que o direito penal é utilizado de forma excessiva (violando o princípio da intervenção mínima), desproporcional (violando o princípio da proporcionalidade), desumano (violando o princípio da humanidade), desigual (violando o princípio da igualdade), ou apelando para a responsabilidade objetiva (violando o princípio da culpabilidade), ele se torna arbitrário.

Com a hipertrofia do direito penal, amplia-se cada vez mais a interferência do Estado nas relações sociais e distancia-se do chamado Direito Penal do Equilíbrio, mais adequado aos interesses da sociedade e aos valores incorporados por nosso ordenamento jurídico. Nesse mesmo sentido, aduz o mestre Rogério Greco (2005, p. 63):

Entendemos que os princípios, dado o seu caráter de norma superior às demais existentes no ordenamento jurídico, servem de garantia a todos os cidadãos, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, contra as tentativas do Estado em se arvorar em senhor onipotente.

Verificamos, portanto, que além de atuarem como verdadeiras garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal, os princípios subordinam a validade de todas as normas, de forma que se estas lhe forem contrárias, poderão ser declaradas inválidas.

Princípio da legalidade ou da reserva legal, princípio da intervenção mínima, princípio da fragmentariedade, princípio da culpabilidade, princípio da humanidade, princípio da irretroatividade da lei penal, princípio da adequação social, princípio da insignificância, princípio da ofensividade e princípio da proporcionalidade. Implícita ou explicitamente, estes Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito encontram-se insertos em nossa Constituição (art. 5º) e, segundo Cezar Roberto Bitencourt, são imprescindíveis "[...] para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, um direito penal mínimo e garantista" (2004, p. 9).

Apesar do assento constitucional que tais princípios receberam pela Constituição de 1988, a crise do sistema de justiça criminal e o crescente "sentimento de insegurança" têm autorizado a deterioração destes verdadeiros escudos dos cidadãos, tornando o garantismo penal um sonho pueril, cada vez mais distante. Instrumento de tutela dos direitos fundamentais, o direito penal vai assim perdendo gradativamente a sua legitimidade, violando bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições. Observamos aí um verdadeiro paradoxo, pois quanto maior a utilização do direito penal como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais, menor a sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao crime.

Outrossim, a inflação legislativa em matéria penal e o aumento do rigor repressivo, embora aparentemente úteis como respostas às demandas de segurança e penalização provenientes da sociedade, fortalecem a seletividade de todo o sistema e enfraquecem o valor supremo do Estado Constitucional de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana. Preciosas são as palavras de Paulo Bonavides (2004, p. 47) ao afirmar que

o substrato do Estado Constitucional é possível visualizá-lo assim nos direitos fundamentais, na justiça e nos princípios. De seu conjunto se infere um valor supremo que governa a teleologia da Sociedade e do Direito, em derradeira instância: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Estamos convencidos de que esse fenômeno de maximização do direito penal é prejudicial a toda a coletividade, todavia, notória é sua maior nocividade para as classes menos favorecidas, a parte mais fraca do corpo social. Não esperamos a concretização de um sistema jurídico-penal perfeito, justo, mas almejamos um modelo que se justifique, que disponha de legitimidade e forneça a todos, e não apenas às classes dominantes, garantias aos seus direitos fundamentais. A justiça perfeita, salienta o brilhante Luigi Ferrajoli, não é deste mundo, mas a legitimidade que tanto aspiramos pode ser, afinal, de acordo com o próprio autor (2002, p. 271):

"Garantismo", com efeito, significa, precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade.

Fazemos parte de uma sociedade capitalista, extremamente influenciada pelos ideais neoliberais, onde predomina a supervalorização da propriedade, as classes dominadas carecem de representação política e a justiça não é uma questão de maiorias, mas de interesses. Em países como o nosso, surgem leis que, na visão de Beccaria, não são mais do que privilégios, um tributo que todos pagam para o conforto de alguns (BECCARIA, 2000).

Não vislumbramos a abolição do direito penal como solução ("será que há solução?", questiona Gevan de Almeida) para os problemas que ora apresentamos, mas a sua restrição a um campo mais reduzido, tutelando, subsidiariamente, os bens jurídicos mais importantes, a representar uma perspectiva minimalista, afinal, assinala Gamil Föppel el Hireche, "[...] em nome do direito penal,

tortura-se, humilha-se, mata-se. É uma violência institucionalizada e legitimada por aqueles que compõem a classe mais abastada da sociedade e pretendem ver eternizada a sua dominação [...]" (EL HIRECHE, 2004, p. 124).

Exemplo clássico desse instrumento de dominação social que se expande a cada dia em nosso país é a Lei nº 8.072/90, objeto de nossa análise no próximo item.

---

### 3. ART. 9º DA LEI 8.072/90: ASPECTOS (IN)CONSTITUCIONAIS

Influenciada pelo citado Movimento da Lei e Ordem (Law and Order) – criado nos Estados Unidos da América na década de 1970 – a Lei 8.072/90 é um exemplo incontestável de que leis mais severas não reduzem a criminalidade. Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, afirma que "[...] não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo [...]" (2000, p. 61). Elaborar leis mais severas em países como o Brasil, onde reina a impunidade e as leis que se acham em vigor não são aplicadas, não é, a nosso ver, a receita ideal para a prevenção de determinados crimes.

Aprovada às pressas, como uma resposta de ocasião – o Brasil da década de 80 e início de 90 presenciava o aumento do crime de extorsão mediante seqüestro e a demanda por maior repressão, principalmente em razão dos crimes atingirem pessoas de grande projeção social –, a Lei dos Crimes Hediondos, declara Gevan de Almeida, aumentou a pena de diversos crimes, proibiu a liberdade provisória, eliminou a possibilidade de progressão de regime prisional e não influiu na diminuição dos chamados crimes hediondos, tendo como resultado "[...] o surgimento de uma classe de delinqüentes sem esperança de um dia saírem da prisão e que, de dentro dela, começaram a comandar o crime e a promover sangrentas rebeliões, muitas vezes transmitidas ao vivo pela televisão [...]" (ALMEIDA, 2005, p. 91).

Esse entendimento é ratificado pelo mestre Alberto Silva Franco (2005, p. 104) ao sustentar que

os sinais antiliberais, detectados na Lei 8.072/90, não constituem novidade: são reiteraões de velhos agravos tendentes a destruir o arcabouço de um direito penal construído tão sofridamente nos últimos séculos e a suprimir garantias processuais já incorporadas na vida do cidadão.

Exemplo de involução, a lei supra enfraquece direitos e garantias constitucionais e nos leva a mais uma contradição, ou seja, a convivência de um direito penal autoritário em pleno Estado Democrático de Direito. Com a finalidade de corroborar nosso entendimento, transcrevemos a seguir a majorante estatuída pelo art. 9º da lei 8.072/90, aplicável em relação aos crimes enumerados no próprio dispositivo:

Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, "caput" e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, "caput", e sua combinação com o art. 223, "caput" e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, "caput" e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Verificamos portanto que, encontrando-se a vítima em qualquer das hipóteses do art. 224 do Código Penal, estará o autor sujeito ao aumento de pena de metade cominado pelo art. 9º, observado o limite de 30 anos exposto no art. 75, "caput" do CP com a seguinte redação: "o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos". Neste passo, esclarece o § 1º do art 75 que "quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo", medida que visa evitar a produção de uma pena perpétua, proibida pela Constituição Federal em disposição contida no art. 5º, XLVII, b, in verbis: "Não haverá penas: b) de caráter perpétuo".

Por sua vez, prescreve o art. 224 do CP:

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de 14 (catorze) anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Logo, ocorrida situação fática expressa no art. 224 do Código Penal, considerar-se-á presente o emprego de violência por parte do sujeito ativo do delito. No tocante ao aumento das penas previstas em abstrato para os crimes "hediondos", extremamente interessante afigura-se o que ocorre em relação aos crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP) e extorsão de que resultou morte (art. 158, § 2º, do CP), pois com o acréscimo de metade da pena cominada, coincidirão os marcos punitivos, mínimo e máximo, ou seja, neste caso, o mínimo passaria a ser de 30 anos, igualando-se ao máximo – respeitado o quantum de 30 anos previsto no art. 75 do CP e no próprio art. 9º da Lei 8.072/90 – tornando-se impossível a individualização da pena pelo Juiz.

Situação semelhante ocorre com o crime de extorsão mediante seqüestro qualificado pelo resultado morte (art. 159, § 3º, do CP), dado que, com a mencionada causa de aumento de pena, o mínimo punitivo passaria a ser de 36 anos e o máximo de 45 anos, de forma a permanecer equiparados em 30 anos por força do supracitado art. 9º. Assim, mesmo sabendo que a sanção imposta não ultrapassará os 30 anos, notória é a inexistência de qualquer hipótese de individualização da pena, tão alta que, no mínimo, excede o máximo estipulado pelo ordenamento.

É mister realçar a inconstitucionalidade inerente ao art. 9º da Lei 8.072/90 em decorrência de sua afronta aos princípios da legalidade e da individualização da pena, expostos, respectivamente, no art. 5º, incisos XXXIX e XLVI da Carta Magna. Incluídos no rol dos direitos e garantias fundamentais em matéria penal, estes jamais poderão ser negligenciados pelo legislador, pois, conforme Alberto Silva Franco (2005, p. 409)

a vinculação aos direitos e garantias fundamentais constitui, portanto, uma obrigação do legislador ordinário que não poderá cair na legalidade dos direitos fundamentais e substituir a força normativa imediata dos direitos fundamentais pelo impulso do normativo-legal.

Com a inexistência de determinação do quantum das penas, em seu mínimo e máximo, o Juiz encontra-se atado ao estipulado pelo legislador, impossibilitado, por conseguinte, de fixar a pena

adequada ao caso concreto. Conforme salienta o Min. Vicente Cernicchiaro, citado por Silva Franco, a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 8.072/90 (2005, p.408)

é evidente, porque contrastante com o mandamento da individualização da pena. [...] Todos os delinquentes sofrerão a mesma reprimenda pouco importando ser primário ou reincidente, a distinção de modo de execução do crime, o comportamento após a consumação do crime, enfim, não será efetuado o balanceamento exigido pela Lei Maior, expressão da justiça material.

Questões semânticas à parte, nos perguntamos se as penas resultantes da aplicação do art. 9º da lei 8.072/90 realmente valem a pena, quer no sentido de validade técnica atribuído pela dogmática jurídica, isto é, se a norma da qual se originou tal sanção encontra-se em conformidade com os requisitos próprios do ordenamento jurídico, quer no sentido de sua utilidade ou vantagem. Diversas são as críticas de cunho constitucional à Lei 8.072/90, mais especificamente ao seu art. 9º, nítida expressão de violação a alguns dos mais caros princípios de nossa Lei Maior e exemplo notório de que penas mais severas não demonstram ser a solução para o problema da criminalidade.

A quantificação ou individualização da pena compromete tanto as garantias individuais como a segurança jurídica. A causa de aumento do art. 9º da Lei 8.072/90 prejudica a atuação do magistrado, sua apreciação no caso particular, bem como a fundamentação da sentença a ser proferida, afinal, esta jamais será perfeitamente conclusiva acerca das razões que o levaram a decidir de tal maneira. Para Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 828),

uma sentença assim elaborada é nula, porque não permite a sua crítica, posto que, não sendo possível reconhecer a fundamentação que leva à imposição de uma determinada pena, não é suscetível de comprovação a sua adequação ou inadequação às normas legais.

Considerada extremamente evoluída por muitos, a Constituição Federal de 1988 consagra uma série de direitos e garantias que atuam precipuamente como instrumentos de defesa dos cidadãos e que, embora não sejam ilimitados, "[...] uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna [...]" (MORAES, 2003, p. 61), deverão ser respeitados e harmonizados a todo custo, tendo em vista que são fundamentais para a limitação do poder estatal.



Outrossim, no tocante à relação entre o direito penal e o direito constitucional, Zaffaroni e Pierangeli manifestam que (1999, p. 135)

deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.

---

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a singela relativização do direito à propriedade delineada por nossa atual Constituição, observamos diariamente o recrudescimento de propostas voltadas para a proteção daquele que, sem dúvida, podemos considerar como o direito mais importante de toda a ideologia liberal e de nossa sociedade, extremamente influenciada pelas idéias de pensadores da estirpe de John Locke e Thomas Hobbes. O Código Penal em vigor é mais um dos muitos exemplos de que adotamos um modelo de Direito construído sobre a noção de propriedade. Aos crimes contra o patrimônio (privado) o legislador tem cominado penas que se sobrepõem àquelas estabelecidas para os delitos dolosos que atingem, essencialmente, a pessoa humana, a vida. Conceito antropológico básico da filosofia política do liberalismo, o homem-proprietário integra o fenômeno que Gregorio Robles denomina com brilhantismo de coisificação das relações pessoais (2005, p. 25). Influenciado pelo conceito utilitarista de propriedade, – onde cada qual vê o outro como meio para alcançar seus próprios fins – o corpo social clama por justiça, por penas mais severas. Prevenir a prática de crimes é certamente além de uma tarefa importante, uma necessidade para a construção de uma sociedade saudável. Entretanto, nos perguntamos: quem é realmente punido?

A resposta para essa pergunta encontramos todos os dias ao abrirmos os jornais. Embora os crimes de colarinho branco (corrupção lato sensu, desvio de verbas públicas, sonegação fiscal, etc.) causem um prejuízo à sociedade maior do que os crimes de rua (furtos e roubos), o sistema penal é extremamente seletivo e encontra a maior parte de sua clientela entre as pessoas mais pobres, permanecendo impunes os indivíduos que não lhe são vulneráveis.

Diante da antinomia segurança x liberdade, o cidadão tem optado por caminhos que privilegiem sua segurança, ainda que para tanto testemunhe a dissipação de alguns dos seus direitos fundamentais. Acompanhamos, por conseguinte, o sacrifício dos mais importantes direitos em prol de uma suposta segurança.

Talvez nossas palavras soem um tanto marxistas – segundo Zaffaroni, na América Latina, qualquer pensamento ou conduta que, tendo ou não relação com o discurso de Marx, for percebido como uma ameaça ao poder dos órgãos locais de controle social, será considerado "marxista" (2001, p. 36) – e, conseqüentemente, denotem um exacerbado espírito crítico, porém, intentam expor a realidade do sistema penal – manifestação do poder social – e questionar a legitimidade de leis que, ressalte-se, não pode ser suprida por sua legalidade.

Destarte, diante de quadro tão desalentador, torna-se imprescindível abdicar de soluções inexoráveis para os problemas que se apresentam. Visões pan-penalistas da vida social e o abolicionismo total e imediato do sistema penal não parecem capazes de surtir o efeito desejado. O art. 9º da Lei 8.072/90 é mais uma daquelas providências que além de ineficazes, acabam por desconsiderar inúmeros princípios, direitos e garantias fundamentais, fontes normativas de toda a Constituição, responsáveis não somente por conferir validade às leis, mas legitimidade a todo o sistema.

Com efeito, infere-se que observá-los e preservá-los é mais do que uma necessidade; é o dever de um Estado que configura-se sob a designação de Estado Constitucional de direitos fundamentais.

---

## 5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gevan de. O crime nosso de cada dia. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. 20 dez. 2005. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23562.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2005.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Edipro, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2004.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. A função da pena na visão de Claus Roxin. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

PIERANGELI, José Henrique, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ROBLES, Gregorio. Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual. São Paulo: Editora Manole, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

\* publicitário, bacharelado em Direito em Vila Velha (ES)

Disponível em:

<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=300> >

Acesso em: 4 jun. 2008.