

## **CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME HEDIONDO**

**LUIZ VICENTE CERNICCHIARO\***

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça e  
Professor de Direito Penal na Universidade  
de Brasília*

1 – A legislação sobre os chamados crimes hediondos está causando dúvidas de interpretação, notadamente quando se procede à análise lógica do texto.

No Brasil, recentemente, para ser exato a partir da Constituição da República de 1988, confere-se a real importância também à interpretação sistemática. Não se despreza mais a lei fundamental no discurso jurídico.

Repete-se, em nosso meio, fenômeno ocorrido na Itália após a Constituição de 1948. Não obstante o Código Penal continuar o mesmo, a influência dos novos princípios, de indiscutível orientação democrática, levou juristas e tribunais, em particular a Corte Constitucional, a reelaborar a interpretação. Ajustou-se o texto antigo ao Direito moderno. Alguns dispositivos foram declarados revogados porque contrastam com a nova ideologia constitucional.

Entre nós, o raciocínio, em tal nível, é parcimonioso. Alguns exemplos, no entanto, dignificam o Judiciário brasileiro. Ilustrativamente, a criação pretoriana a respeito da sociedade conjugal de fato. Não obstante ausência de norma formalizada, invocando o princípio que veda o enriquecimento sem justa causa, consagrou-se o direito de a companheira, desfeita a convivência, pleitear participação no patrimônio amealhado com o esforço comum, na medida de sua colaboração no crescimento do mesmo.

Em nossa tese Conceito de Cônjuge no Código Penal Brasileiro sustentamos que cônjuge, na lei penal, não pode refletir, pura e simplesmente, o conceito civilista, que pressupõe o casamento. Compreende sentido mais amplo; visa a proteger a família como instituição, independentemente do matrimônio. Em sendo assim, o bem jurídico compreende o dever mútuo de integrantes da sociedade de fato. Da mesma forma, a agravante – crime cometido contra ascendente – não se restringe a resguardar o vínculo entre pessoas unidas biologicamente. Alcança, também, resultante do dever moral, da obrigação de respeito do "filho de criação", a quem, não obstante não ser o genitor natural, é devedor de zelo, afeto e consideração.

Hoje, apesar de ausência de legislação específica, o Supremo Tribunal Federal enuncia súmula para disciplinar a relação jurídica entre companheiros.

Observe-se que o Código de Processo Civil, vigente à época da elaboração do Código Penal (1942), impunha, para propor-se ação, interesse econômico e moral. Jurisprudência daquela época firmava que o concubinato era imoral. Invocá-lo, na causa de pedir, seria imoral. Logo, faltaria legítimo interesse. A autora (companheira) era considerada carecedora do direito de ação.

A Constituição de 1988, acentuando a evolução, em algumas passagens, emprega o vocábulo companheira. Não registra mais que a família decorre do casamento. Ao contrário, vale-se até da expressão união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º).

2 – Os fatos são dinâmicos. Inspiram o legislador. Impõem nova legislação.

A violência, notadamente nos grandes centros urbanos e em algumas cidades, chegou a níveis inquietantes. Explica-se, então, o

constituente, no art. 5º, XLIII, para recrudescer o tratamento penal, mencionar crimes hediondos.

3 – O crime se diz hediondo quando, pela conduta ou resultado, o agente ultrapassa o máximo de tolerância da sociedade com relação ao comportamento ilícito.

O delito é sempre conduta ilícita. Todavia, a repulsa ao agente varia de caso a caso. O desrespeito acintoso à pessoa da vítima, a agressão injustificada a certos valores jurídicos atraem indignação, revolta, clamor público.

Em escrito anterior, considerou-se:

O vocábulo 'hediondo' não é empregado em Direito Penal. Quando o código traduz a idéia de conduta de excepcional repulsa pelo tratamento sensivelmente desumano empregado pelo agente, vale-se de "meio cruel", de que a tortura é espécie. Se realça o motivo, qualifica-o 'fútil ou torpe', como, na mesma linha, ao traduzir especial dever de solidariedade, inclui entre as agravantes o crime cometido contra "ascendente, descendente, cônjuge ou irmão", 'criança, velho ou enfermo.

Hediondo, segundo Aurélio, é adjetivo originário do espanhol. Significa repelente, repulsivo, horrendo: 'espécie de funâmbulo patibular, face contorcida em esgar ferino, como um traumatismo hediondo' (Euclides da Cunha, *Os sertões*, p. 201). 'Dizem que cometi um crime Hediondo' (Almeida Fischer, *10 Contos Escolhidos*, p. 65). Cândido Figueiredo explica que 'cheira mal' era a acepção primitiva. Em latim, foetibundus (Cernicchiaro, *Direito Penal na Constituição*, São Paulo, RT, 1991, 2ª ed., pág. 165).

Urge, então, considerar o crime hediondo do ponto de vista material, ou seja, a infração em si mesma, e do ponto de vista formal, vale dizer, o que assim foi definido em lei.

Essa distinção implica o seguinte: somente o crime hediondo (formal) acarreta as conseqüências contempladas na Constituição: inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia.

4 – A propósito, mais uma vez invoco o estudo há pouco mencionado.

O crime hediondo dispensa definição por qualquer norma. É inerente à própria natureza das coisas. As ilustrações anteriores constam da lei penal vigente.

Na Constituição, porém, há uma particularidade. A Carta Política determinou a especificação dessas infrações penais. Tanto assim, explicitamente, estatui: '...e os definidos como crimes hediondos...'

A definição é necessária. Através da lei ordinária. O rol se faz imprescindível para o efeito severo anunciado: impedir a concessão da fiança, da graça e da anistia. O constituinte, sentindo a extensão do rigor, preferiu que os casos fossem exhaustivamente descritos.

Em conseqüência, restarão, para os crimes hediondos, dois tratamentos. De um lado, os definidos conforme determina a Constituição; de outro, os delitos que, não obstante repelentes, não forem incluídos no mencionado rol. Os primeiros recebem a severidade da Lei Maior. Os outros continuarão disciplinados pelo Código Penal ou leis especiais. Na individualização da pena, o magistrado, necessariamente, ponderará a intensidade, sem, entretanto, aplicar os institutos de severidade da Constituição (Cernicchiaro, *Direito Penal na Constituição*, São Paulo. RT, 1991, 2ª ed., pág. 167).

A Lei nº 8.072/90 dispõe, no art. 1º, ser crime hediondo o latrocínio (art. 157, § 3º).

Essa referência merece duas observações.

Ao dar o *nomem iuris* latrocínio, doutrinariamente distingue o tipo do crime de roubo qualificado pelo resultado morte.

O pormenor é relevante. Reacende a velha polêmica quanto à natureza jurídica do art. 157, § 3º do Código Penal. A literatura é rica em considerações, particularmente pela pena cominada, superior à do homicídio qualificado, o que, com plausíveis razões, sugere que o resultado morte não seja causado apenas culposamente pelo agente.

Nessa linha, a redação do mencionado art. 1º estimula esta ponderação.

O crime hediondo, consoante o rol da nova lei, reúne infrações que geram repulsa, indignação. A culpabilidade (reprovabilidade ao agente) é acentuada, extraordinária.

E mais. O roubo (art. 157, *caput*) não foi incluído na relação da Lei nº 8.072/90.

A sistemática do Código Penal, considerando o crime doloso e o crime culposos, reage mais severamente quanto ao primeiro. Desnecessário explicar a razão. Evidencia-se por si mesma.

Em sendo assim, não se concebe crime hediondo culposos. Necessariamente, será doloso. O agente orienta a conduta para o resultado proibido.

Nessa linha, no quadrante da hediondez, é evidente, não se concebe o resultado morte, senão dolosamente causado.

Esse entendimento dará coerência, justificando, com argumentos irresponsáveis, a severidade da lei.

Lanço estas considerações para enriquecer a pluralidade de questões sugeridas com o novo diploma de lei.

5 – Observo, em seguida, o art. 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.072/90:

"Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade."

O art. 2º, importante sublinhar, para certos efeitos, equiparou o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos.

E mais. No mesmo dispositivo, confere regra geral quanto ao efeito da sentença condenatória dos crimes arrolados no dispositivo. Em consequência, afetou (profundamente) o art. 35 da Lei nº 6.368/76, *verbis*:

"O réu condenado por infração dos artigos 12 ou 13 desta lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão."

Entendo que, com respeito às duntas considerações em sentido contrário, operou-se a revogação do artigo transcrito. Não aconteceu simples derrogação, mas, sim, repise-se, ab-rogação.

O argumento decisivo é a sistemática da lei no tempo. A posterior revoga a anterior em três hipóteses: a) quando expressamente o declarar; b) for incompatível com a anterior; c) disciplinar inteiramente a matéria até então tratada.

A terceira hipótese ocorreu na espécie.

Com efeito, o art. 2º, § 2º tem por objetivo e efeito processual da sentença penal condenatória relativa a uma das infrações consideradas na Lei nº 8.072/90. O art. 35 da Lei nº 6.368/76 (anterior) tratava exclusivamente desse instituto. Enfim, a lei nova disciplinou, na passagem, exatamente o que a anterior o fazia.

O dispositivo, de outro lado, não encerra mera discricionariedade ao juiz. Interpreta-se o vocábulo como autorização ao magistrado de, levando em conta as características do caso concreto e do agente, decidir a respeito.

Aliás, o legislador, no particular, merece aplauso. As conclusões criminológicas repelem tratamento inflexível, compatível apenas com o raciocínio de lógica formal. A lógica existencial recomenda exame tópico. Não se pode igualar o rigor delinqüente frio, renitente, de alta periculosidade com quem, pela primeira vez, secundariamente

participou do delito, e que evidencia ausência de comportamento voltado para o crime.

Em decorrência, a fundamentação se faz indispensável, por imposição constitucional (art. 93, IX) e porque interessa tanto ao réu como ao Ministério Público.

6 – Chama-se a atenção ainda para o art. 2º, § 1º da mesma Lei nº 8.072/90:

"A pena por crime previsto neste artigo será cumprida em regime fechado."

O comando, sem dúvida, é inconstitucional.

A individualização da pena é desenvolvida em três etapas: cominação, aplicação e execução.

O legislador, não obstante atuar em pleno campo de oportunidade e conveniência, também está submetido à Constituição. A fixação da pena *in abstracto* está vinculada a princípios. Ademais, é estabelecida considerando, particularmente, o desvalor da conduta e o desvalor do resultado.

Em conseqüência, o homicídio não pode ser punido menos severamente que a lesão corporal. Tampouco cominar sanção tão severa que, indiretamente, seria pena perpétua.

Além disso, a sanção penal cumpre fim de interesse social. Direito e história, cultura. Hoje, não se concebe a pena como fim em si mesma, nem como castigo, por castigar. O jurista deve ser homem de seu tempo!

A função social (nossa Constituição, no particular, é silente, ao contrário de outras congêneres que definem a finalidade) da pena volta-se para a reinserção do condenado na vida em liberdade.

Não faz, sentido o rigor proclamado. Aliás, insista-se, em flagrante contraste com a Constituição da República. Individualizar a pena e ajustá-la ao réu e ao executado.

A lei ordinário não pode impedir essa flexibilidade.

Atente-se, na passagem, para uma particularidade. A própria lei autoriza o livramento condicional, ao introduzir o seguinte ao inciso V, art. 83, do Código Penal:

Cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crime dessa natureza.

A inconstitucionalidade não é afastada nem mesmo quando a lei se refere ao reincidente específico (restabelecida nomenclatura banida do Código Penal), que, por si só, explicitam recomendações criminológicas, não justifica tratamento intransigente, afrontando as modernas recomendações da execução penal.

O programa individualizado a que se refere a Lei de Execução Penal é desdobramento do princípio constitucional. O reincidente, sabe-se, não é analisado, quando do resgate da pena, somente pelo que fez. Urge ponderar, principalmente, o juízo de probabilidade de conduta futura, sem dúvida importante aspecto da individualização da pena.