

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

CRIMES HEDIONDOS E *SURSIS*

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Ementa: Penal. Estupro. Crime hediondo. Regime prisional. Suspensão condicional da pena.

– A Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 –, ao estabelecer no seu art. 2.º, § 1.º, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal – arts. 33/36 – e da Lei de Execuções Penais, que preconizam a execução da pena privativa de liberdade de forma progressiva, não afronta o texto constitucional, pois a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do Estatuto Maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos (art. 5.º, XLIII).

– O regime prisional fechado integral é incompatível com o instituto da suspensão da pena.

– Recurso especial conhecido

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Votaram os Srs. Mins. Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Mins. William Patterson e Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília DF, 1.º de abril de 1997

Min. Anselmo Santiago, Presidente – Min. Vicente Leal, relator.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal (relator): – JOSÉ GUALBERTO DE ALCÂNTARA, residente em Jequeri – Minas Gerais, foi denunciado e condenado como incurso nas sanções do art. 213, c/c o art. 14, I, ambos do Código Penal, por haver tentado, mediante violência física, manter relação sexual com Irani Lopes Moreira, sendo-lhe imposta a pena de dois anos e seis meses de reclusão, em regime fechado (f.).

Em grau de recurso, a sentença foi reformada, sendo reduzida a pena a dois anos de reclusão e concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, nos termos do art. 77, do Código Penal (f.).

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso especial com esteio na alínea a do permissivo constitucional, alegando que o acórdão em destaque violou o art. 1.º, caput, V, e ao art. 2.º, § 1.º, tudo da Lei 8.072/90, ao conceder suspensão condicional da pena na hipótese, pois sendo o estupro um crime hediondo, impõe-se o cumprimento integral da pena em regime fechado (f.).

Oferecidas as contra-razões e admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de (f.), opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO – O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal (relator): – A questão emoldurada no presente recurso especial centra-se no exame de constitucionalidade da regra inscrita no § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos.

O questionado preceito legal, ao estabelecer que a pena imposta em condenação por prática

de crimes hediondos, tais como o tráfico de entorpecentes, o terrorismo e a prática de tortura, deve ser cumprida integralmente em regime fechado, teria afrontado o princípio constitucional da individualização da pena (Cf. art. 5.º, XLVI), tese essa consagrada no acórdão recorrido e prestigiada pelo ilustre Ministro Relator.

O tema exige uma reflexão mais profunda.

A Carta Magna de 1988, na linha das nossas Constituições anteriores, cometeu ao legislador ordinário competência para regular a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), não estabelecendo qualquer restrição ou diretriz.

Tem-se, portanto, no estuário da legislação ordinária o campo de disciplinamento do tema, encontrando-se no art. 59 do Código Penal o preceito central orientador do sistema de individualização da pena.

Segundo o mencionado cânon, o Juiz, no exercício de individualização da pena, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva motivos, circunstâncias e consequências do crime —, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. E após essa operação, definirá o regime inicial de cumprimento da pena. Este, o ciclo completo de individualização da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática do delito e promover a tutela da sociedade. E a relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que não deve ser concebida como instrumento de castigo, conforme as velhas teorias do *malum propter malum*, mas como visualizada nos tempos modernos, quando se prima pelo realce da sua função de recuperação moral e social do réu.

Já preconizava Roberto Lira na alvorada do Código Penal, em 1942, que “individualizar uma pena é adaptá-la à espiritualidade do réu e a educação deste deveria ser, não já mera questão de administração penitenciária, mas a intervenção na vida do réu, desde o momento do delito até a extinção da pena, com unicidade de critério educativo consciente da espiritualidade” (Comentários ao Código Penal, v. II, p. 34, Forense, Rio, 1942).

E em outra passagem, arremata o nobre penalista pátrio:

“Só depois de reabilitado o réu e reincorporado à vida do trabalho, a obra do Juiz se consumaria” (*op. cit.*, p. 35).

Com vistas a essa reabilitação, o Código Penal prevê, no art. 33, as espécies de regime prisional — fechado, semi-aberto e aberto — e nos arts 34 a 36, a submissão do réu, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico para a individualização da execução, bem como a forma de ocupação laboral nos diversos regimes.

Em face desse quadro, é de se reconhecer que a norma do parágrafo primeiro do art. 2.º da Lei 8.072/90 afastou-se da orientação estabelecida pelo Código Penal, bem como da sistemática da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), que prevê a execução da pena privativa da liberdade em forma progressiva, com a transferência de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso.

Todavia, embora mereça críticas o § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, não vejo como afastar a sua vitalidade jurídica, já que não afronta o texto constitucional.

É que a Carta Magna, como já se disse, conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena, sem indicar nortes, nem estabelecer princípios ou restrições. Por mais que se critique o citado dispositivo legal, não se lhe pode apontar qualquer vício de constitucionalidade, já que se trata de norma da mesma hierarquia do Código Penal e da Lei das Execuções Penais. De modo contrário, situa-se o questionado preceito na linha filosófica da própria Carta Magna, que em seu art. 5.º, XLIII, vedou a concessão de fiança, graça e anistia aos agentes de crimes hediondos, como de tráfico de entorpecentes e drogas afins.

É relevante acentuar que o Supremo Tribunal Federal tem proclamado a constitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, merecendo destaque o seguinte precedente, de que foi relator para o acórdão o ilustre Min. Francisco Rezek, assim ementado:

“*Habeas-corpus*. Lei dos crimes hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072.

Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o art. 2.º-§ 1.º da Lei 8.072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.

Habeas-corpus. Indeferido por maioria" (HC 69.657-SP, Pleno, in RTJ 147, p. 598).

No seu voto, o ilustre Min. Francisco Rezek, após afastar a tese de inconstitucionalidade da questionada norma legal e reconhecer a propriedade das severas e justas críticas da doutrina ao seu conteúdo, asseverou, de modo conclusivo, *verbis*:

"Mas não somos uma casa legislativa. Não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo, e só podemos extirpar do trabalho do legislador ordinário – bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado – aquilo que não pode coexistir com a Constituição. Permaneço fiel à velha tese do Min. Luís Gallotti: a inconstitucionalidade não presume, a inconstitucionalidade há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior" (p. 605).

No mesmo diapasão, afirmou o Min. Paulo Brossard, *litteris*:

"A lei fez bem, a lei fez mal? O Tribunal não julga a lei em seu merecimento. A mim, por exemplo, não agrada a lei, mas eu não sou legislador, sou Juiz e só posso dizer que não aplico a lei se ela realmente tratar norma constitucional" (p. 609).

Situo-me nesta mesma linha de pensamento. Embora entenda que a norma em cogitação seja destoante do sistema normativo codificado – Código Penal e Lei das Execuções Penais – e da melhor doutrina; embora me repugne a famigerada idéia do *malum propter malum*; embora seja apologista de uma política de humanização da pena, o que o regime de progressão viabiliza, não vejo como afastar o cumprimento do preceito que ordena o cumprimento integral em regime fechado da pena imposta aos agentes de crimes hediondos.

À luz das considerações acima expendidas, é de se concluir pela incompatibilidade do instituto da suspensão condicional da pena com o regime prisional fechado integral. Se é certo que os crimes hediondos devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, não se lhes aplica, por consequência, o benefício do *sursis*, por incompatibilidade lógica.

Isto posto, conheço do recurso especial para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer o regime prisional fixado na sentença de primeiro grau.

É o voto.

CERTIDÃO – Certifico que a egrégia **SEXTA TURMA** ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Mins. William Patterson e Luiz Vicente Cernicchiaro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 01 de abril de 1997

COMENTÁRIOS

Desde a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, entre muitas outras questões, abriu-se a de se saber da compatibilidade da suspensão condicional da pena com a exigência do seu cumprimento, integralmente, em regime fechado. O aresto aqui comentado perfilha o

entendimento de que não se afinam os termos dessa equação, "*por incompatibilidade lógica*".

A rigor o julgado, embora se detenha na explicação do porquê é constitucional a regra contida no art. 2.º, § 1.º da Lei dos Crimes Hediondos, que impõe o cumpri-

mento da pena integralmente em regime fechado, deixa de explicitar o conteúdo da divisada “incompatibilidade lógica”. Poder-se-ia inferir que a danosidade social da ação daquele que praticou um dos crimes hediondos ou a eles equiparados, enseja o mesmo tratamento aos infratores que ficaram, por exemplo, na esfera da tentativa e foram sancionados com pena não superior a dois anos.

Todavia, quando se trata de aferir a intensidade da resposta punitiva, não se pode perder de vista que esta deve levar em conta o desvalor da ação e o do resultado (Bustos Ramirez em: “Consideraciones en torno del injusto”, in: “*Bases críticas de un nuevo derecho penal*”, Bogotá, ed. Temis, 1982, p. 19 e ss.). Este critério de justiça material impede o mesmo rigor penal em casos que ou o bem jurídico não foi irremediavelmente lesado (tentativa), ou o agente teve menor participação na empreitada criminosa, ou mesmo porque era semi-imputável. Por aí já se poderia dizer que a decisão comentada, ao inviabilizar a suspensão condicional da pena nestes casos, afasta-se da equidade.

Por outro lado, no campo do positivismo jurídico, é imperioso destacar que o legislador *nada* dispôs a respeito da proibição da concessão do *sursis* nos casos em que o crime hediondo, ou o a ele equiparado, ficar na esfera da tentativa, ou for praticado por semi-imputável, ou atinar com situação de a participação de menor importância do agente. Por isso, ao contrário do que se decidiu, deveria ter prevalecido a inteligência segundo a qual “*as hipóteses de cerceamento ao exercício do direito de liberdade são prefixadas em lei. Obedecem, ademais, ao critério — numerus clausus*” (HC 4.252/SP, STJ, 6.ª T., rel. Min. Vicente Cernichiaro, mv., j. 5/3/96, DJ 24.02.97). O que, em outros termos, significa a impossibilidade de se ampliar os casos de prisão por falta de expressa previsão legal.

O tema não é novo e a jurisprudência dos Estados, particularmente a do Tribunal de Justiça de São Paulo, tem decidido que “a imputação de crime hediondo pode conduzir à presunção de incompatibilidade da suspensão condicional da pena. Todavia, inexistente norma expressa a impedir a concessão, além de ser impossível a interpretação extensiva a refletir analogia in malam partem, de forma a afligir a situação do condenado. Tal se mostra intolerável ante um sistema que prestigiou sensivelmente a presunção de inocência e a plenitude da defesa...” (RT 676/298, rel. des. Renato Nalini, no mesmo sentido, invocando inclusive o escólio de Antônio Scarance na RT 660/266, coloca-se o julgado da lavra do Des. Bento Mascarenhas publicado na RJTJSP 134/417).

Aliás, pioneiramente, Alberto Silva Franco, no seu consagrado “Crimes Hediondos”, proclamava a perfeita conciliação entre a disposição que impõe o regime fechado e a possibilidade de se conceder o *sursis* pois “presentes todos os requisitos exigidos para a substituição da pena privativa de liberdade, não fica ao talante do Juiz concedê-la ou não. A substituição torna-se obrigatória” (Ed. RT, 3.ª ed., 1994, p. 157).

Para concluir, vale o registro de que a 5.ª Turma do STJ, em sentido diametralmente oposto ao do julgado comentado, oriundo da 6.ª Turma, em acórdão conduzido pelo Min. Edson Vidigal, decidiu que “inexistindo na Lei 8.078/90 norma expressa a vedar a concessão de *sursis*, não pode o intérprete lançar mão de interpretação extensiva ou dilatória para suprimir o benefício. Não há, também, incompatibilidade lógica entre o *sursis* e a norma do art. 2.º, §1.º, já que inexistente qualquer relação entre regime de cumprimento de pena e este instituto. O que importa para suspensão condicional da pena é o preenchimento dos seus requisitos legais estabelecidos no CP, inde-

pendentemente do regime prisional imposto" (RT 739/572). No corpo do aresto está dito que "fosse o sursis um benefício concedido no curso da execução penal, fosse ele uma resultante da progressão prisional, poderia falar-se, neste caso, em incompatibilidade. Mas não é. O *sursis* situa-se completamente fora da progressão das penas; é justamente o cumprimento da pena em regime nenhum".

O voto vencedor do Min. José Dantas, além de lembrar o decidido no Resp. 91.851, e após citar aresto da lavra do preclaro Des. Dante Busana, colacionado por Alberto Silva Franco, reafirma que

o princípio da humanidade que informa as penas impede que se afaste o benefício "*por via exegética*" (RT 739/575). Mesmo porque, como decidiu o col. STF "*o princípio da divisão funcional do poder impede que, estando em plena vigência o ato legislativo, venham os Tribunais a ampliar-lhe o conteúdo normativo e a estender a sua eficácia jurídica a situações subjetivas nele não previstas, ainda que a pretexto de tornar efetiva a cláusula isonômica inscrita na Constituição*" (RMS 21.662-3-DF, DJ 20.05.94, *apud*: AI 138.031-4-DF, DJ 13.06.94).