



Condenado por crime hediondo pode ter direito a sursis

A Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90) não proíbe a suspensão condicional da pena de um condenado. O sursis pode ser aplicado desde que ele preencha os requisitos do artigo 77 do Código Penal, que dispõe sobre a suspensão da pena.

Com esse entendimento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus, nesta terça-feira (14/9), a um professor de educação física acusado de tráfico de drogas. O caso volta à Justiça de primeira instância, que vai examinar se o professor reúne as condições para ser beneficiado com o sursis.

A decisão, tomada por unanimidade, modifica o entendimento que dominou o Supremo até então: de que não cabe suspensão da pena nos crimes considerados hediondos.

O relator da matéria, ministro Marco Aurélio, entendeu que “a Lei 8.072/90 não contém nenhuma norma explícita que exclua a possibilidade de aplicação do sursis, não se podendo extrair a conclusão de sua incompatibilidade em face da mera aposição da etiqueta hediondo num determinado tipo penal”.

Em seu voto, que conduziu o julgamento da questão, Marco Aurélio afirmou que a Lei dos Crimes Hediondos não vedou a suspensão da pena “de modo algum, não competindo ao juiz criar restrições onde o legislador não previu”.

O ministro ressaltou que não é razoável que o réu condenado por crime hediondo tenha o direito de exigir, sempre, a concessão do sursis. Mas, ao mesmo tempo, não se pode negar esse benefício sistematicamente.

Leia o voto

HABEAS CORPUS 84.414-6 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACIENTE(S): RICARDO MALUF

IMPETRANTE(S): CRISTIANO AVILA MARONNA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ao conceder a medida acauteladora, afastando do cenário jurídico mandado de prisão, assim sintetizei o caso:

O acórdão que se aponta como a consubstanciar constrangimento está assim ementado (folha 24):



CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES – NULIDADE DO ACÓRDÃO POR IRREGULARIDADE NA COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR. CONVOCAÇÃO DOS JUÍZES DE DIREITO COMPATÍVEL COM OS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS. ILEGALIDADE NÃO VISLUMBRADA. PRECEDENTES. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA. LEI Nº 8.072/90. VEDAÇÃO LEGAL À PROGRESSÃO E AO *SURSIS*. INCOMPATIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I. Não se acolhe alegação de nulidade do acórdão por suposta irregularidade na composição do órgão julgador, pois o procedimento de substituição dos desembargadores dos Tribunais de Justiça, mediante convocação de juízes de direito, é compatível com os postulados constitucionais – daí não decorrendo, tampouco, qualquer ilegalidade. Precedente do STF e desta Corte.

II. As condenações por delito elencado (sic) ou equiparado a hediondo pela Lei nº 8.072/90 devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

III. A imposição legal de regime integralmente fechado é, igualmente, incompatível com a concessão de *sursis*.

IV. Não obstante a diferenciação que sempre se faz entre regime de cumprimento de pena e a sua suspensão condicional, se a substituição de penas – revigorada pela Lei nº 9.714/90 – é considerada incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, por esta Turma, da mesma forma o *sursis*. Precedentes.

V. Ordem denegada.

Na inicial de folha 2 a 22, noticiam-se os seguintes fatos:

- a) o paciente foi denunciado como incurso no artigo 12, cabeça, da Lei nº 6.368/76;
- b) concedida a liberdade provisória, registrou-se-lhe a primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a atividade laborativa lícita;
- c) na instrução penal, acostou-se ao processo laudo oficial revelando a semi-imputabilidade do paciente, viciado no consumo de cocaína;
- d) o laudo do assistente técnico da defesa consignou a inimputabilidade;
- e) o paciente foi condenado pelo Juízo ao cumprimento da pena de dois anos de reclusão no regime inicial fechado;
- f) reconheceu-se-lhe a semi-imputabilidade;
- g) a sentença transitou em julgado para a acusação;



h) desprovida a apelação da defesa, determinou-se a imediata expedição de mandado de prisão;

i) opostos embargos declaratórios, deu-se o desprovimento da medida;

j) com o *habeas* impetrado no Superior Tribunal de Justiça, logrou-se o deferimento de liminar, posteriormente afastada do cenário jurídico, em face da denegação da ordem.

Sustenta-se não se coadunar com os ditames legais e constitucionais – artigos 107 e 118 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/79) e 93, incisos II e III, da Carta Federal – a atuação de órgão julgador integrado tão-somente por um desembargador, ficando a apelação sob o relato e a revisão de juízes substitutos. Em passo seguinte, busca-se demonstrar a inexistência de incompatibilidade do *sursis* com o crime hediondo, mencionando-se jurisprudência. O próprio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 9.405/SP, redator para o acórdão o ministro William Patterson, teria glosado a composição majoritária do órgão por juízes de primeiro grau. Transcreve-se voto do ministro Fontes de Alencar sobre o tema.

No tocante ao cabimento da suspensão condicional da pena, alude-se ao que decidido por esta Corte no *Habeas Corpus* nº 70.998/RJ – Pleno, relator ministro Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça de 15 de abril de 1994, bem como a precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a saber: Recurso Especial nº 151.769/PR, relator ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgamento de 2 de junho de 1998; Recurso Especial nº 160.264/PR, Quinta Turma, relator ministro Felix Fischer, julgamento de 17 de março de 1998, e Recurso Especial nº 91.851/MG, Quinta Turma, relator ministro Edson Vidigal, julgamento de 10 de dezembro de 1996. Discorre-se a respeito, evocando-se a política de recuperação, no que é direcionada a afastar-se, tanto quanto possível, a convivência com criminosos. O paciente, segundo o sustentado, encontra-se trabalhando e provendo o sustento de dois filhos menores, lutando para livrar-se do vício. É primário e portador de bons antecedentes, não havendo, no curso do processo, incidido em nova falta. Graduado em Direito e Educação Física, aos 26 anos fora vítima de acidente que acarretou lesão medular, tornando-se tetraplégico e passando a consumir drogas para suavizar intensas e lacerantes dores físicas e morais.

Requer-se a concessão de liminar que implique, até o julgamento final deste *habeas*, a suspensão da eficácia do mandado de prisão, vindo-se, alfim, a anular o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a determinação de que outro julgamento se faça, desta vez com a Câmara Criminal composta majoritariamente de desembargadores. Para a hipótese de não-acolhimento do pedido primeiro, pleiteia-se a suspensão condicional da pena. À inicial juntaram-se os documentos de folha 23 a 764.

Este processo deu entrada em meu gabinete em 11 de junho de 2004, às 12:48h. Na mesma data, concedi a medida acauteladora nos termos em que solicitada, a ser cumprida independentemente da degravação e revisão do que contido em fita magnética.

Ao processo veio o parecer de folha 786 a 794. Em suma, consigna o Ministério Público Federal a



improcedência do que articulado quanto à composição da Turma julgadora no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Revela que, na apreciação do *Habeas Corpus* nº 72.697/RJ, relatado pelo ministro Celso de Mello, a Corte afastou a suspensão condicional da pena quando a prática delituosa mostra-se enquadrável na Lei nº 8.072/90. Na oportunidade, votou vencido o ministro Ilmar Galvão, apontando ser inadmissível, relativamente a dispositivos que limitam a liberdade ou restringem quaisquer outros direitos, o uso da analogia. Então, aludindo ao fato de ainda estar pendente de apreciação pelo Plenário o exame da harmonia do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a Carta da República, o ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Edson Oliveira de Almeida diz da própria evolução de entendimento, perfilhando a tese da inconstitucionalidade da vedação da progressão do regime, presente o instituto da individualização da pena. A partir dessa óptica, conclui não subsistir a tomada do regime fechado para obstaculizar o *sursis*. O parecer é pelo deferimento da ordem.

O processo veio-me concluso em 26 de agosto de 2004, sendo que nele lancei visto em 31 subsequente, declarando-me habilitado a votar e designando como data de julgamento a de hoje, 14 de setembro, isso objetivando a ciência do impetrante, no que a ausência de inclusão do processo em pauta longe fica de implicar surpresa, apenas visando à celeridade. É direito até mesmo natural da parte saber o dia em que terá situação jurídica apreciada pelo Estado-juiz.

É o relatório.

HABEAS CORPUS 84.414-6 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ao deferir a medida acauteladora, assim me expressei:

Não é demasia lembrar palavras de Evandro Lins e Silva: “... prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias perpetua-se, ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo... Positivamente, jamais se viu alguém sair de uma prisão melhor do que entrou. A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os...”. Sim, a interpretação do arcabouço normativo há de fazer-se evitando-se, tanto quanto possível, o enclausuramento dos condenados. Há de homenagear-se a esperança, dando-se oportunidade de evolução, de o condenado viver dignamente, convivendo em sociedade e sendo-lhe útil.

Neste início de exame do *habeas*, eis situação exemplar. As razões expendidas na inicial mostram-se relevantes, quer presente o vício de forma na composição do órgão julgador da apelação, quer o de fundo, no que, de maneira peremptória – em relação a quem respondeu ao processo em liberdade e foi apenado com dois anos de reclusão, sendo primário, contando com bons antecedentes, família e atividade laborativa -, deixou-se de aplicar o artigo 77 do Código Penal, a suspensão condicional da pena.

A visão encontra-se robustecida. Em primeiro lugar, em vista do princípio do juiz natural. É sabida a atuação, nos órgãos fracionados dos Tribunais de Justiça, encarregados de apreciarem o recurso de



apelação, de três desembargadores. Pois bem, no caso presente, atuaram um desembargador e dois juízes de primeira instância, sendo que estes funcionaram como relator e revisor, ou seja, foram justamente os que tiveram acesso necessário ao processo, examinando-o e formando convencimento, prolatando os dois primeiros votos.

A Constituição Federal prevê promoção de entrância para entrância, dispondo, no inciso III do artigo 93, que o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no tribunal de alçada, quando se tratar de promoção para o tribunal de justiça. Vale dizer que os juízes de primeira instância, existente tribunal de alçada, não têm acesso ao tribunal de justiça. A composição deste há de observar a clientela revelada pelos integrantes do tribunal de alçada.

Ora, se assim é, prejudica o sistema, tornando-o incoerente, assentar-se que, necessária a substituição no tribunal de justiça, tem-se como viável convocar não juízes do tribunal de alçada, mas de primeira instância. Vê-se, assim, que a disciplina da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 – foi recebida pela Carta de 1988. No Título IX – Da Substituição dos Tribunais –, é dado encontrar, em bom vernáculo, de forma pedagógica, que, em se tratando de substituição no tribunal de justiça de Estado onde haja tribunal de alçada, a convocação mediante sorteio público dá-se entre os integrantes deste último:

Art. 118. (...)

§ 1º – A convocação far-se-á mediante sorteio público dentre:

(...)

III – Os Juízes da Comarca da Capital para os Tribunais de Justiça dos Estados onde não houver Tribunal de Alçada e, onde houver, dentre os membros deste para os Tribunais de Justiça e dentre os Juízes da Comarca da sede do Tribunal de Alçada para o mesmo;

Então, há de concluir-se que, tendo sido a apelação julgada por Colegiado composto de um desembargador e dois juízes de primeira instância, funcionando estes como relator e revisor, procede o insurgimento do paciente. Penso que a situação é singular, ante o fato de os convocados haverem desempenhado papel preponderante.

Quanto à suspensão condicional da pena, constata-se a observância do teto fixado na cabeça do artigo 77 do Código Penal – dois anos, não se tratando de condenado reincidente em crime doloso. No tocante à substituição prevista no artigo 44 do citado Código – da pena restritiva da liberdade pela restritiva de direito –, nota-se que o decreto condenatório, em face das circunstâncias judiciais e na primeira fase da dosimetria da pena, fez-se ao mundo jurídico no mínimo estabelecido para o tipo do artigo 12 da Lei nº 6.368/76. Confirma-se com a sentença que se encontra à folha 647 à 654, mais precisamente com a parte constante da folha 651. Então, seria dado concluir pelo enquadramento da situação jurídica do paciente no artigo 77 do Código Penal. Todavia, surgiu a óptica segundo a qual a suspensão em análise é incompatível com o regime de cumprimento integralmente fechado versado na Lei nº 8.072/90. Embora o meu entendimento seja semelhante ao do ministro Ilmar Galvão – a que já me referi anteriormente –, o



óbice até aqui prevalecente à aplicação do artigo 77 do Código Penal está submetido ao crivo do Plenário.

Cumpre, então, a este Colegiado definir se entende relevante, ou não, o desfecho do processo que veicula a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90 em relação ao problema do regime de cumprimento da pena. De minha parte, penso dispensável a elucidação do tema. Assim concluo dada a impossibilidade de interpretar-se preceito legal elastecendo-lhe o rigor. O artigo 2º da Lei nº 8.072/90 afasta assim a anistia, a graça, o indulto, a fiança e a liberdade provisória. É certo que, a seguir, tem-se a cláusula do regime de cumprimento da pena. Não menos correto é que ela somente se aplica a situação concreta em que a reprimenda, conforme os ditames do arcabouço normativo em vigor, deva ser cumprida. Ora, a partir do momento em que os pressupostos do artigo 77 do Código Penal estejam presentes e não havendo a lei em questão afastado o instituto da suspensão condicional, como também não o fez quanto à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, descabe interpretação por analogia contrária à defesa. Nesse sentido é a melhor doutrina que transcrevo apenas para efeito de documentação:

Teria cabimento a suspensão condicional da pena nos crimes hediondos?

A Lei 8.072/90 não contém nenhuma norma explícita que exclua a possibilidade de aplicação do *sursis*, não se podendo extrair a conclusão de sua incompatibilidade em face da mera aposição da etiqueta *hediondo* num determinado tipo penal. Além disso, o princípio constitucional da humanidade das penas, que informa o direito penal moderno, impede que se afaste, por via exegética, todo e qualquer posicionamento favorável ao acusado. (Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos – Anotações Sistemáticas à Lei 8.072/90*, pág. 224, Ed. RT).

A execução da pena imposta em face de sua prática, presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos, não é incompatível com o *sursis*. Ex.: tentativa de atentado violento ao pudor, imposta a pena mínima de dois anos de reclusão. Não impede o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que disciplinou os delitos hediondos e deu outras providências, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. Ocorre que o *sursis* constitui uma medida penal sancionatória de natureza alternativa, não se relacionando com os regimes de execução. Nesse sentido: Antônio Scarance Fernandes, *Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 – crimes hediondos*, RT, 660:261 e 266 e 751:578; (Damásio de Jesus, *Código Penal Anotado*, pág. 262, Ed. Saraiva).

Nada impede que seja concedido o *sursis* ao condenado por crime hediondo ou equiparado que preencha os requisitos legais. Na falta de regra especial que o proíba, aplicam-se as regras gerais sobre a concessão da suspensão condicional da pena. (Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, pág. 324, Ed. Atlas S.A.).

Apesar de, objetivamente, ser possível a suspensão condicional, há duas posições a esse respeito: a) cabe *sursis*, pois a Lei 8.072/90 não o vedou de modo algum, não competindo ao juiz criar restrições onde o legislador não previu.

Assim: “Admissibilidade – Preenchimento pelo réu dos requisitos do art. 77 do CP – Lei 8.072/90 que



impõe o cumprimento da pena em regime fechado para aqueles que devam recolher-se a presídios, excluídas assim as hipóteses em que, atendidos os pressupostos, seja viável o *sursis* – Inadmissibilidade da interpretação analógica ou extensiva, sobretudo quando se trate do comprometimento ao direito à liberdade. Embora se batam alguns pela inadmissibilidade do *sursis*, em se cuidando de crimes hediondos, o certo é que a lei especial não impõe nenhuma restrição a esse respeito. Disse, é certo, que as penas de tais crimes serão cumpridas, integralmente, em regime fechado, mas assim dispôs, é claro, para os casos em que se cuide de réu que deva recolher-se a presídio, não para as hipóteses em que, por força da quantidade da pena e do atendimento aos demais pressupostos a tanto exigidos, seja viável a suspensão condicional. A restrição reclamava imposição expressa, pois, é curial, em sede de comprometimento ao direito à liberdade, não se compreende aceitação dele mercê interpretações analógicas ou extensivas da norma que a ele não se refere ostensivamente. Estando presentes os requisitos do art. 77 do CP, há de deferir-se o *sursis*“. (TJSP, Ap. 153.487-3, 2ª C., rel. Canguçu de Almeida, 12.07.1995, v. u., RT 719/391); STJ, RT 739/572; TJSP. Ap. 181.250-3, Barueri, 6ª C., rel. Gentil Leite, 01.06.1995, v. u.; TJSP, Ap. 196.318-3, São Roque, 3ª C., rel. Oliveira Passos, 12.05.1997, v. u.; b) (...).

A corrente majoritária é a primeira, embora seja da nossa preferência adotar o meio-termo. De fato, tendo cometido um crime hediondo, não é razoável tenha o réu direito a exigir, *sempre*, a concessão do *sursis*, embora não se lhe possa negá-lo sistematicamente. A gravidade do crime faz parte dos requisitos para a obtenção do benefício (art. 77, II, CP), de modo que, conforme o caso, o juiz pode deixar de conceder a suspensão condicional da pena para o condenado por delito hediondo. Mais adequado, portanto, é analisar caso a caso com maior rigor, concedendo *sursis* ao sentenciado que, realmente, merecer. (Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, págs. 77 e 78, Ed. Revista dos Tribunais).

A aplicação do *sursis* não é incompatível com os crimes hediondos, uma vez atendidos os requisitos legais cf. a Súmula nº 7 do TJMG. Anteriormente à Lei nº 8.072, de 25.7.1990, já se admitia a suspensão para o caso de tráfico de entorpecentes ou drogas afins (STJ, em DJU de 18.9.1989, p. 14.666). E após a vigência do aludido diploma, a melhor doutrina tem mantido esse entendimento (Damásio de Jesus, *Código Penal Anotado*, p. 209). (René Ariel Dotti, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, pág. 588, Ed. Forense).

É regra primária de hermenêutica que as normas que restringem direitos individuais devem ser interpretadas restritivamente. Se a L. 8.072/90 não vedou expressamente a suspensão condicional da pena, o hermeneuta não pode lançar mão de interpretação dilatatória ou ampliativa, para fazer incluir no rol de proibições de direitos e garantias, elencadas no referido texto legal, mais esta restrição. (Cláudia Viana Garcia, *Sursis e a Lei nº 8.072/90*, Revista Jurídica, Ano XLV, Nº 239, Setembro de 1997, pág. 30, Ed. Síntese).

Por isso, assento, independentemente do que se venha a deliberar sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, sob o ângulo da individualização da pena, que a previsão de cumprimento desta no regime fechado está ligada, em si, à execução, e não à norma de direito substancial instrumental reveladora da suspensão condicional da pena. Concedo a ordem.

Date Created

15/09/2004