

ALGUMAS QUESTÕES DE DIREITO PENAL E SUAS SÚMULAS¹

Jorge de Oliveira Vargas



Este artigo começa com uma reflexão sobre esse remédio heroico, desconhecido, mas muito eficaz, que é o *habeas corpus* genérico, aplicável em nosso ordenamento jurídico pela interpretação sistemática da nossa Constituição Federal.

É sabido que nosso sistema carcerário, quer nas penitenciárias, quer nas cadeias pública, de modo geral, foi considerado um estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF 347) diante do cumprimento de pena privativa de liberdade em condições desumanas ou degradantes, afrontando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do respeito à integridade física e moral dos detentos, além de tratados internacionais e da Lei de Execução Penal.

Não é preciso dizer que o excesso ou desvio de execução torna ilegítima a atuação do poder punitivo do Estado.

São notórias as condições precárias do nosso sistema penitenciário; as situações desumanas em que pessoas cumprem pena em cadeias públicas e penitenciárias. Isso é reconhecido por nossos tribunais, mas o problema continua sem solução adequada, apesar de existirem remédios processuais aptos para tanto.

Dos incisos do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, se extraem, como subprincípios do da dignidade da pessoa humana, em relação aos presos, os seguintes: III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVI – não haverá penas: [...] e) cruéis; XLIV – é assegurado

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Professor universitário (UTP e Centro Universitário Opet, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná e membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas

aos presos o respeito à integridade física e moral.

Esses direitos fundamentais individuais, dentre outros, são normas constitucionais de eficácia plena, de aplicação imediata, conforme dispõe o § 1º do citado artigo.

Para garantir o direito de locomoção há o *habeas corpus* preventivo ou libertatório, mas para a observância desses direitos fundamentais, quais sejam, a vedação da tortura ou do tratamento desumano ou degradante; da não crueldade na execução das penas ou do respeito à integridade física e moral dos presos, é necessário um outro remédio.

Para situações em que a pessoa está cumprindo pena em condições desumanas, com desrespeito à integridade física ou moral, é possível o reconhecimento de uma terceira espécie de *habeas corpus*, que é o genérico, assim definido na Constituição da República do Paraguai, em seu art. 133, ítem 3: “Asimismo, esta garantía podrá interponerse em casos de violència física, síquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad.” (Do mesmo modo, esta garantia poderá se interpor em casos de violência física, psíquica ou moral que agravem as condições de pessoas legalmente privadas de sua liberdade.)

A respeito, há a Lei n. 1500/99 desse país irmão, que em seu capítulo IV, que é dedicado ao *habeas corpus* genérico, preceitua em seu art. 32: “Procederá el *habeas corpus* para demandar: [...] b) el cese de la violència física, psíquica o moral que agrave las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad.” (A cessação da violência física, psíquica ou moral que agrave as condições de pessoas legalmente privadas de sua liberdade).

Não se trata, portanto, de prisão formalmente ilegal. A pessoa está legalmente privada de sua liberdade, porém a execução da pena é que é ilegal. É para essas situações que se prevê o *habeas corpus* genérico.

Não se pode esquecer que uma constituição completa a

outra, principalmente em se tratando de direitos fundamentais, os quais tem caráter universal.

Vale a pena recordar o que diz o § 2º do art. 5º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte.”

Importante é destacar que a Constituição do Império, de 1824, já previa em seu art. 179 – 21, que as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas.

Infelizmente, como já se disse, o nosso sistema carcerário está numa situação lastimável, ou seja, há total desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa privada de sua liberdade; há uma situação, em muitos casos, de permanente tortura decorrente do cumprimento das penas de reclusão de forma cruel, com total descon sideração à integridade física e moral dos encarcerados.

Quando o art. 5º, XLVII, alínea ‘e’, consagra que não haverá penas cruéis, está dizendo que também não haverá execução cruel de pena, pois de nada adiantaria a vedação de pena cruel se sua execução é feita de tal forma que a integridade física e moral do detento seja colocada em grave risco.

Mas não é só a Constituição Federal que consagra o princípio da humanidade no cumprimento da pena; também a Lei de Execuções Penais, n. 7.210, de 11 de julho de 1984, prevê, em seu art. 1º, que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Note-se a expressão: efetivar as disposições de sentença.

Na proporção que a execução não respeita a sentença, é ilegítima, é ilegal.

Na exposição de motivos da Lei de Execução Penal há especial destaque a necessária observância do princípio da

legalidade na execução da pena. Consta no item 19: “O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”.

A respeito do cumprimento de penas em cadeias públicas, escreve Maurício Kuehne:

Como sabido, as cadeias públicas se inserem como estabelecimentos penais, e *mutatis mutandis* devem proporcionar aos privados de liberdade as mesmas condições contidas em penitenciárias, por força do que estabelece o art. 104 da Lei de Execução Penal. E como ficam os presos recolhidos nesses locais? Quer em termos de Brasil, que no particular, em relação ao Estado do Paraná, a situação é deveras lamentável. Recolhidos em infectos locais, desprovidos de condições para prestar as modalidades de assistência previstas da LEP, transformam-se piores do que em verdade são. A sociedade não sabe, mas está ajudando a fabricar criminosos mais perigosos.²

O princípio da legalidade transformou-se apenas num protocolo de intenções, sem aplicação prática.

Despreza-se o princípio da individualização da pena.

Esse princípio, consagrado no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, para sua completa eficácia, alcança não só a pena em si, mas também sua execução; portanto, nessa, o detendo não pode ser privado dos direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. É nesse sentido o art. 3º, da Lei de Execução Penal, que diz: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Assim, o preso deve se submeter à pena imposta, mas dentro dos limites da lei e da sentença;

Um Estado que tortura um cidadão coloca-se no mesmo nível dos delinquentes.

Para que o réu não se torne pior, é necessário que as condições de vida dentro da prisão sejam, para todos, as mais humanas e as menos aflitivas possíveis.

² (hppt://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-ustica/news/367318/?noticia=A+mao+que=prende+não=pode=cuidar).

Haverá evidente excesso de execução ou desvio, conforme dispõe o art. 185 da Lei de Execução Penal: “sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.”

O incidente de excesso ou desvio de execução poderá ser suscitado pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário, pelo sentenciado ou por qualquer dos demais órgãos da execução penal (art. 186).

Não significa isso dizer que o detento será colocado em liberdade com o *habeas corpus* genérico, mas sim que ele deverá receber um tratamento mais humano. Se as condições do ergástulo público não permitirem essa humanização, então a solução será deixá-lo em prisão domiciliar, com ou sem tornozeleira eletrônica.

Conclusões:

- a) Os tribunais reconhecem que em inúmeras situações as pessoas, provisória ou definitivamente, privadas de sua liberdade, em razão de decisões ou sentenças penais, estão sendo vítimas de tratamento desumano ou degradante, caracterizando isso um excesso ou desvio de execução, ou seja, que o Estado não cumpre a Constituição Federal, a Lei de Execuções Penais e os tratados internacionais, que vedam esse estado de coisas;
- b) Um remédio para minorar esse problema é o *habeas corpus* genérico, equivalente ao incidente de excesso ou desvio de execução;
- c) O Estado perde sua legitimidade de punir quando desrespeita os limites da sentença;
- d) O Estado tem o dever de fazer cessar o excesso de execução, tendo o Poder Judiciário um papel fundamental nesse aspecto, como guardião que é da Constituição e de maneira especial responsável pela concretização dos direitos fundamentais.

Outra questão também muito importante de ser analisada

é a ilegalidade e inconstitucionalidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que diz: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

As circunstâncias atenuantes, segundo os arts. 65 e 66 do Código penal são:

Art. 65 - São circunstâncias que *sempre* atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Note-se que no “caput” do art. 65 consta que as circunstâncias ali enumeradas “*sempre*” atenuam a pena; portanto não se constituem numa faculdade do juiz, assim, nada impede que a pena, em razão das atenuantes, seja fixada abaixo do mínimo legal, ao contrário do que diz a referida Súmula, a qual ofende tanto o princípio da legalidade como o da constitucionalidade..

Quanto ao princípio da legalidade, observa-se que a aplicação das atenuantes, no caso a do art. 65, não está condicionada ao “*quantum*” da pena fixada. A lei manda aplicar tal benefício sem qualquer ressalva ou condição, ou seja, a lei não diz que as atenuantes devem ser ignoradas quando a pena é fixada no

mínimo legal. O texto legal, repita-se, determinada que sempre essas circunstâncias atenuam a pena.

Também ofende o princípio constitucional da individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI da Constituição Federal; ou seja, individualizar a pena é fixá-la nos termos da legislação aplicável à matéria. Se duas pessoas cometem o mesmo crime e em relação a ambas é aplicada a pena mínima, sendo uma delas beneficiária da atenuante, por exemplo da menoridade (art. 65, I do Código Penal), e se essa atenuante for ignorada, por óbvio não houve a individualização da pena em relação ao menor de 21 anos, o mesmo podendo se dizer da atenuante da confissão e das outras já citadas.

O direito fundamental à liberdade consagrado na cabeça do art. 5º do Texto magno, não deve ser aplicado apenas parcialmente; não se fatia direito fundamental, são eles indivisíveis. Negar-se a aplicação da atenuante quando a pena é fixada na pena mínima, é fatiar o direito à liberdade.

Há de se adotar os dizeres de Bitencourt, o qual afirma que:

“não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a diminuição da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), somente para evitar nulidade, mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal.”³

Importante ainda citar alguns precedentes:

APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO-LEGAL. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA CONFIRADA. (...) O inciso XLVI do art. 5º da Carta Política estabelece o princípio da individualização da pena que, em linhas gerais, é a particularização da sanção, a medida judicial justa e adequada a tornar o sentenciado distinto dos demais. Assim, o

³ BITENCOURT, Cézár Roberto. Tratado de Direito Penal. vol. 1. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

Enunciado n° 231 da Súmula do STJ, ao não permitir a redução da pena abaixo do mínimo legal, se derivada da incidência de circunstância atenuante, data venia, viola frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como, também, os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. 6. Em consonância com a Constituição Federal de 1988 (Estado Constitucional e Democrático de Direito), e à luz do sistema trifásico vigente, interpretar o art. 65, III, "d", do Código Penal - a confissão espontânea sempre atenua a pena -, de forma a não permitir a redução da sanção aquém do limite inicial, data venia, é violar frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como também os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. (...)" (ACR 200634000260137, JUIZ TOURINHO NETO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA: 28/10/2010 PÁGINA:251.) "(...) Respeitadas opiniões já têm se levantado no rumo da possibilidade do reconhecimento, ao exemplo da credenciada doutrina de Rogério Greco, sustentando, em síntese, que a vedação da referida redução é fruto de interpretação contra legem. Isto porque, o art. 65 do CP não restringiu a sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal; ao contrário, o mencionado artigo determina que "são circunstâncias que sempre atenuam a pena". VII - Fosse a vontade do legislador que se excepcionasse a regra prevista, não teria, o mesmo, lançado mão do advérbio "sempre", indicando aí o caminho interpretativo e a conclusão possível de que é coerente aplicar-se o dispositivo a toda e qualquer pena aplicada na primeira fase de sua fixação. Mantida a sentença no ponto. VIII - Recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO; recurso de RAQUEL DA COSTA LIMA DESPROVIDO recurso de ELOI DA COSTA LIMA PROVIDO para absolvê-lo na forma do art. 386, VI, do CPP." (ACR 200650010071827, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 23/09/2010 - Página: 2010.)

Além do que, deve-se ainda observar o contido na Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça, que implicitamente revogou a 231, uma vez que aquela determina a aplicação da atenuante confissão espontânea sem qualquer condição, não condicionando a hipótese de ter sido a pena fixada acima do

mínimo legal.

“Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. (Súmula 545, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015)”.

Por fim, cabe reiterar que a aplicação das atenuantes é uma atividade legal vinculada.

Também merece reflexão o contido em outra Súmula, a de n. 438 do Superior Tribunal de Justiça, que diz:

“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

Essa Súmula ofende uma das condições da ação, qual seja, a do interesse de agir.

Para que haja interesse de agir, há necessidade da demonstração da necessidade e da utilidade do processo. A falta de qualquer desses requisitos importa na inexistência do interesse de agir.

Demonstrada a inutilidade do processo, extingue-se a ação.

O precedente que originou a referida Súmula tem a seguinte fundamentação:

“Narra a recorrente ter sido denunciada como incurso nas penas do artigo 1º da Lei 8.137/90, pela suposta prática de sonegação fiscal. [...] Inviável o reconhecimento de prescrição antecipada, por ausência de previsão legal. Trata-se, ademais, de instituto repudiado pela jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena a ser eventualmente aplicada.” (RHC 18569 MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2008, DJe 13/10/2008)

“No que concerne ao reconhecimento da prescrição pela pena em perspectiva, partindo do pressuposto de que eventual condenação resultaria na reprimenda mínima, sem razão os recorrentes. O ordenamento jurídico pátrio não contempla essa modalidade de prescrição. Ao levarmos em consideração referida tese, estaríamos entendendo, a priori, sem analisar a prova dos

autos, que a sentença seria condenatória e com pena em seu mínimo legal, afastando por completo a possibilidade de absolvição ou, até mesmo, de uma condenação com pena superior ao limite mínimo estabelecido pelo legislador. [...] não pode o Juiz arvorar-se em legislador, criando forma prescricional não prevista em lei, nem pode contribuir para que seja desobedecido o *princípio da obrigatoriedade* da propositura da ação penal, principalmente quando se tratar de ação penal pública. Esta Casa, na esteira dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, tem constantemente repudiado tal tese, que não se justifica nem mesmo ao argumento de que ela agiliza a prestação jurisdicional, pois vários princípios constitucionais ou processuais são por ela feridos, nem se diga que tal reconhecimento favorecerá o acusado, visto que ele tem direito ao exame de sua pretensão absoluta ou desclassificatória. Agilizar a prestação jurisdicional é chegar ao final do processo rapidamente, dando uma satisfação à sociedade e evitando que ocorra a malsinada impunidade ou que o constrangimento do processo se prolongue ao longo dos anos. [...] Inexiste no ordenamento jurídico pátrio a prescrição por antecipação. A extinção da punibilidade pela pena em concreto só poderá ser levada a exame caso ocorra condenação com trânsito em julgado para a acusação (artigo 110, §1º do Código Penal). A possível extinção da punibilidade pela prescrição, tendo em conta a pena a ser concretizada em eventual sentença condenatória, é tese inteiramente desprovida de juridicidade." (RHC 21929 PR, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2007, DJ 10/12/2007, p. 399)

Ora, é o mesmo que se entender que o réu tem direito a ser processado, e que não pode abrir mão desse “benefício”.

Se o réu invoca a prescrição antecipada ou ausência de justa causa para ser processado, está exercendo direito que não pode ser afastado sob o pressuposto de que responder a um processo penal poderia ser para ele mais benéfico. Essa súmula retira a autonomia de vontade do réu. Se ele prefere ver a ação penal extinta desde logo, é de todo ilógico ser obrigado a esperar o final do processo que pode sim resultar na sua absolvição, mas também pode resultar na sua condenação e aí, nesse caso, depois

de ter passado por toda a via-crúcis de um processo penal, ter, enfim, declarada a pretensão punitiva prescrita. Além do que seria impor ao judiciário um trabalho natimorto, ou seja, um trabalho inútil.

Sobre o tema, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO ensinam:

"No processo penal, o interesse-necessidade é implícito em toda a acusação, uma vez que a aplicação da pena não pode fazer-se senão através do processo. Já o interesse-adequação se coloca na ação penal condenatória, em que o pedido deve necessariamente ser a aplicação da sanção penal, sob pena de caracterizar-se a ausência da condição. Pode-se também falar no interesse-utilidade, compreendendo a ideia de que o provimento pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumir-se a prescrição da pretensão punitiva. *Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir*).⁴

É bom salientar que a tramitação de processos inócuos é prejudicial não só ao acusado, como também à sociedade que terá dispêndio ineficaz de recursos públicos.

Ademais, inconcebível que, à vista da prescrição e em nome da indisponibilidade da ação penal (art. 42, do Código de Processo Penal), o Estado-Juiz admita a continuidade de um processo sabendo-se de antemão tratar-se de atividade absolutamente inócuca.

Não se pode olvidar que a ação penal, como a ação civil, se pautam pelos pressupostos da utilidade e da necessidade, não se justificando o prosseguimento de um processo inútil.

Conclusão:

A Súmula 231 do STJ, pela sua ilegalidade e

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scaranca, FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *As Nulidades no Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1998. p. 65.

inconstitucionalidade deve ser revogada e desde agora deixar de ser aplicada.

A Súmula 438 do STJ impõe o processamento de um processo natimorto, que desrespeita o direito réu de ver o processo a que responde, extinto, além do que, impõe ao judiciário um trabalho absolutamente inútil, e assim sendo, também precisa ser revogada e desde logo não aplicada.