

17/12/93

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 70998-2 RIO DE JANEIRO

PACIENTE: EMIL PINHEIRO  
IMPETRANTES: ALCINO GUEDES DA SILVA E OUTROS  
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

E M E N T A: I. Suspensão condicional da pena: a permissão do deferimento, segundo o art. 77, § 2º, CP, ao condenado a pena de até quatro anos, se maior de 70 anos, não dispensa, para a sua concessão, que se verifique a concorrência dos demais pressupostos do "sursis", enumerados no "caput" do dispositivo.

II. Suspensão condicional da pena: compatibilidade do exame de ser o caso de concedê-lo, com a determinação de regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena: acaso concedido o "sursis" porque atendidos os seus pressupostos, a medida substitui a execução da pena, que suspende condicionalmente, seja qual for o regime estabelecido para a sua execução suspensa.

III. Pena: regime inicial de cumprimento: quando cabível, em tese, a concessão de regime menos severo, há de a sentença fundamentar a sua denegação e a imposição, em concreto, do mais rigoroso.

01740020  
03490700  
09981000  
00000160

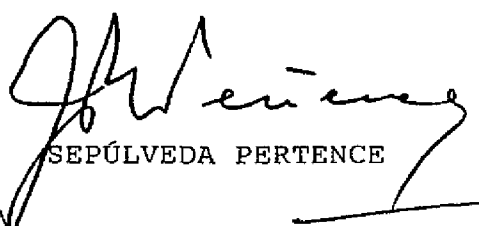
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir, em parte, o pedido de **habeas-corpus**.

Brasília, 17 de dezembro de 1993.

OCTÁVIO GALLOTTI

- PRESIDENTE

  
SEPÚLVEDA PERTENCE

- RELATOR



17/12/93

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS    Nº 70998-2 RIO DE JANEIRO

PACIENTE:            EMIL PINHEIRO  
IMPETRANTES:        ALCINO GUEDES DA SILVA E OUTROS  
COATOR:              TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

01740020  
03490700  
09982000  
00000200

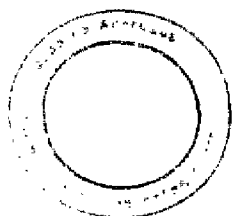
R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: O paciente é um dos condenados por quadrilha armada, no notório processo movido no Rio de Janeiro aos integrantes do que a denúncia denominou a "cúpula do jogo do bicho".

2.                    Sua pena, fixada na sentença, como a dos treze outros acusados, no máximo legal de seis anos de reclusão, veio a ser reduzida, em apelação, juntamente com a de outro co-réu e em razão de terem ambos mais de setenta anos, a três anos e quatro meses, em regime semi-aberto.

3.                    Em embargos de declaração, à vista também de sua idade, pleiteou o paciente a concessão do **sursis**, com base no art. 77, § 2º, C. Penal: indeferiu-o, contudo, o Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que "**é apodítico que o regime prisional semi-aberto é inteiramente incompatível com o instituto do sursis e não tinha mesmo o acórdão que abordar tal questão**".

4.                    Os mesmos embargos declaratórios pleitearam ainda, caso denegado o **sursis**, o deferimento do regime aberto:



da matéria, contudo, não cogitou o acórdão que os rejeitou.

5.               Donde, esta impetração de **habeas-corpus**, que postula a concessão do **sursis**, aduzindo (f. 6):

    "Deflui da leitura do 2º, que os requisitos para o gozo do benefício do sursis etário são, dois:

    1º - Ser o condenado maior de setenta anos;

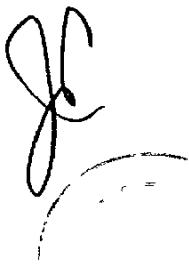
    2º - A pena imposta não ultrapassar a quatro anos.

    Trata-se de requisitos objetivos, uma vez que o legislador de 1984 destacou a situação do condenado maior de setenta anos, da categoria do chamado sursis simples, onde, além dos requisitos objetivos previstos no caput do art. 77, há os subjetivos, tratados no seu inciso II.

    É que o legislador, como é uma constante do Código Penal, tratou de forma desigual quem, pela idade, desigual é.

    O septuagenário é um ser fragilizado pela própria natureza e como tal, mereceu abordagem distinta.

    De um lado o legislador o beneficiou ao afastar do Juízo o poder de apreciações subjetivas que pudesse fazer sobre a culpabilidade, os antecedentes e a personalidade do réu e mesmo a ocorrência de reincidência, incisos I e II do art. 77, porém, de outro, ampliou o período de prova, que no sursis simples



é de dois anos e quatro anos e no etário, parte de um mínimo de quatro e atinge um máximo de seis anos."

6. De qualquer sorte, argumenta-se, o paciente satisfaz também às condições subjetivas da suspensão condicional da pena (f. 9):

"...ao longo de seus mais de 70 anos de existência, o Paciente distinguiu-se no campo de operações da Itália, no Segundo Conflito Mundial, como combatente, recebendo por isto a honrosa MEDALHA DE CAMPANHA DA FEB como HEROI DE GUERRA, ao expor sua vida na luta contra o NAZISMO E O FASCISMO em defesa dessa mesma sociedade que hoje o acusa e o condena e lhe nega o mínimo, a LIBERDADE PROVISÓRIA (Docs. Nº 8, 9 e 10).

Presidiu BOTAFOGO DE FUTEBOL E REGATAS e impulsionou a agremiação à vitória no campeonato de 1992 (doc. nº 10a).

Ademais nunca deixou de atender ao chamamento judicial, na fase do processo crime a que responde (doc. nº 11).

No curso do processo, judicialmente autorizado, saiu e voltou ao País (doc. nº 12).

Cumprindo pena, recebeu no interior de sua cela, comissão de ilustres personalidades, chefiada pelo General R1 do Exército Brasileiro, Paulo de Carvalho que lhe entregou Diploma de BRAVO COMBATENTE como se pode ver das fotografias

e cópias anexas e que constituem o doc. 13.

Um septuagenário, doente em extremo, portador de enfizema pulmonar e outras graves doenças como hipertensão arterial sistêmica e cardiopatia hipertensiva, não pode, por presunção, ser tido como perigoso, nem, por prognóstico, ser afirmado que solto, delinquirá (doc. nº 14).

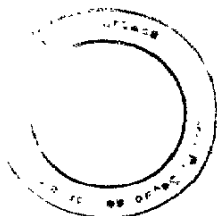
Se não ficar indubitavelmente comprovada uma alta probabilidade de reincidência, não há razão para se negar ao Paciente, benefícios legalmente previstos".

7. Por outro lado, no ponto, o acórdão que denegou o sursis, porque com ele incompatível o regime semi-aberto, argumentam os ilustres impetrantes, "não só não contém fundamentação legal alguma, como é também incongruente uma vez que o sursis etário é instituto independente, não se relacionando com quaisquer das espécies de regime prisional".

8. Finalmente, sustenta a impetração, o regime aberto foi negado sem motivação alguma, quando, alega-se, o paciente preenche os requisitos do art. 33, § 2º, c, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias do art. 59 C. Penal.

9. Os autos me vieram redistribuídos por prevenção, dada a relatoria de impetrações em favor de co-réus do paciente.

10. Indeferi a liminar (f. 106):



"À primeira vista, o próprio deferimento do habeas-corpus dificilmente induziria à imediata concessão do sursis ou do regime aberto, mas somente à ordem para que o Tribunal de origem reexaminasse, motivadamente, a postulação de um e outro dos benefícios: ora, é elementar que a medida cautelar não pode antecipar mais do que o eventual provimento definitivo favorável ao requerente.

Os cuidados devidos ao estado de saúde do paciente não são incumbência nem responsabilidade do STF, mas do juízo à disposição do qual está preso.

À vista da instrução do pedido, dispenso informações e abro vista à Procuradoria-Geral."

11. Opinou a Procuradoria-Geral com parecer do il. Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto pelo indeferimento da ordem, mas também pela concessão de **habeas-corpus** de ofício para anular os acórdãos impugnados, por vício de fundamentação.

12. Ontem, conclusos os autos com o parecer, os impetrantes juntaram prova do delicado estado de saúde do paciente e insistiram na liminar: viável a decisão do **habeas-corpus**, deixei de decidir o pedido.

É o relatório.



*Supremo Tribunal Federal*

HC 70.998-2 RJ

318

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (Relator):  
Senhor Presidente, profiro voto improvisado à vista da  
urgência.

2. O parecer do Ministério Público Federal assinala  
(fls. 111):

"O colendo Supremo Tribunal Federal, em  
diversos julgados já proferidos, entendeu que o  
julgador deverá sempre se pronunciar sobre a  
suspensão condicional, quando há previsão legal,  
concedendo-a ou não."

3. Transcreve o parecer, nesse sentido, a ementa do  
**Habeas-corpus** nº 62.278, da lavra do em. Ministro Néri da  
Silveira, e prossegue (f. 111):

"Julgando a apelação interposta por todos os  
condenados, o Colendo Tribunal de Justiça do Rio  
de Janeiro reduziu a pena do paciente para três  
anos e quatro meses, a ser cumprido em regime  
semi-aberto.

Diz o art. 33, § 2º, letra "c", do Código  
Penal que o condenado não reincidente, cuja pena  
seja igual ou inferior a quatro anos poderá,  
desde o início, cumpri-la em regime aberto.



01740020  
03490700  
09983000  
01540390

O paciente é primário, foi condenado a três anos e quatro meses de reclusão e tinha, em tese, o direito de iniciar o cumprimento da pena em regime aberto. Competia ao Tribunal, na forma do que dispõe o § 3º do citado art. 33 do Código Penal, apresentar as razões que o levaram a fixar o regime inicial semi-aberto, sob pena de nulidade, como aliás já decidiu a egrégia Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA - HABEAS-CORPUS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMI-ABERTO - DETERMINAÇÃO DE REGIME MAIS SEVERO, SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO - INOBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CONSTRANGIMENTO INJUSTO CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO.

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve ser feito, fundamentadamente, com estrita observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal. Não basta, para esse efeito, a genérica referência às circunstâncias judiciais indicadas na norma legal mencionada. Quando possível, em tese, o início do processo de execução penal em regime semi-aberto, impõe-se ao juiz sentenciante a concreta indicação de elementos cuja efetiva ocorrência torna recomendável, ante as razões constantes do ato decisório, a adoção



7



do regime fechado" HC 69.118-8/SP - Rel. Min. Celso de Melo - DJ 10.04.92 - pág. 4.799.

Na hipótese, o v. acórdão fixou o regime semi-aberto sem qualquer justificativa, padecendo assim de grave irregularidade, omissão que se repetiu no acórdão relativo aos Embargos de Declaração.

Eivada também de nulidade a decisão, porque não contém fundamentação suficiente quanto ao pedido de sursis, indeferido sem a adequada motivação.

Neste sentido, o julgado do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PROCESSO PENAL - SENTENÇA SEM FUNDAMENTAÇÃO.

Nula é a sentença proferida com a preterição dos requisitos do artigo 381 do Código de Processo Penal, que corresponde ao dever essencial da fundamentação das decisões jurídicas". Ap. Crim. 5.419 - Rel. Min. Carlos Madeira - DJ 19.05.83 - pág. 6.904.

Os acórdãos profligados são, a toda evidência, "nulos", cabendo ao Excelso Pretório declarar a eiva, sem conceder a ordem para que o paciente cumpra a pena em "liberdade provisória", como requerido na página 16, pois cabe ao



Tribunal a quo pronunciar, em primeiro lugar, e validamente, sobre a concessão ou não dos benefícios em evidência.

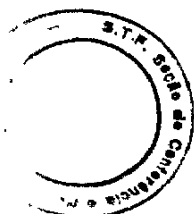
É que, anulada uma decisão por um Tribunal Superior, a instância a quo deverá proferir outro julgamento, a fim de que não seja suprimido um grau de jurisdição.

Eis porque opinamos pelo conhecimento e denegação do writ, na forma em que foi requerido, concedendo-se Habeas corpus ex officio para anular os acórdãos fustigados e determinar ao Colendo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que profira outro julgamento, pronunciando-se motivadamente sobre a possibilidade ou não da fixação do regime aberto e sobre a concessão ou não do chamado sursis etário".

4. Sr. Presidente, efetivamente também eu não me convenci da tese central da impetração, embora desenvolvida com muita inteligência.

5. O art. 77, § 2º, do C.Pen., efetivamente permite, se o condenado for maior de setenta anos e a pena não ultrapassa quatro, que se lhe possa conceder a suspensão condicional da pena.

6. Não me convenci, entretanto, de que essa permissão, não obstante a gravidade da pena, da concessão do sursis, dispense o exame dos pressupostos específicos da medida, previstos nos incisos do art. 77 do Código.



7. Isso posto, não tenho como, no âmbito de cognição do **habeas-corpus**, dar por satisfeitos ditos requisitos, que, **brevitatis causa**, se tem denominado subjetivos.

8. É que, se é certo que o paciente não é reincidente, a avaliação dos critérios do art. 59 do Código Penal, nas instâncias ordinárias, não lhe foi favorável, tanto que se partiu da pena máxima, só atenuada em razão da sua idade.

9. Por outro lado, no que toca à denegação do **sursis**, fundamentação existe, com a frase que transcrevi no relatório, segundo a qual seria apodítica a incompatibilidade do regime semi-aberto com o **sursis**. A fundamentação está aí.

10. O que sucede, de fato, é que, **data venia**, a fundamentação é patentemente equivocada. Concedido o **sursis**, porque atendidos os seus pressupostos, a medida substitui a execução da pena, que suspende condicionalmente. Logo, seja qual for o regime em que devesse a pena ser cumprida, não há falar que a sua suspensão é incompatível com o regime estabelecido para a execução suspensa.

11. No que toca ao regime de cumprimento de pena, têm razão os impetrantes; as decisões simplesmente se omitiram de considerar a hipótese concessão de regime aberto que, no caso, a pena aplicada tornaria, em tese, admissível.

12. No ponto, é de inteira pertinência a invocação,



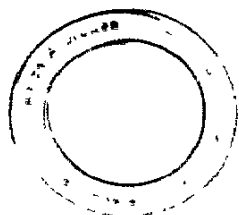
no parecer da Procuradoria-Geral, do **Habeas-Corpus** nº 69.118, da lavra do eminente Ministro Celso de Mello.

13. O caso é, pois, não de conceder o **habeas-corpus** para deferir o **sursis**, mas apenas para **que** o Tribunal de origem, motivadamente, decida sobre o pleito de cumprimento da pena em regime semi-aberto.

14. Não se trata, porém - **data venia**, do ilustre Subprocurador-Geral da República - de concessão de ofício, mas de deferimento parcial, até porque entre os fundamentos do pedido está explicitamente o de ausência de motivação, que leva não à concessão total, mas à devolução do caso ao Tribunal coator.

15. Nem fiquei insensível às ponderações dos impetrantes sobre o grave estado de saúde do paciente. No entanto, conforta-me saber, pela prova por eles trazida, um laudo do Hospital Central do Exército - que o paciente apresenta-se assistido, do ponto de vista técnico-médico especializado, em regime de prisão hospitalar, na 13ª enfermaria de presos, considerando-se a gravidade do seu estado clínico.

16. De resto, suponho ainda ser verdade que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não entra em recesso hoje, mas no dia 31 de dezembro, até quando pode haver tempo hábil para a complementação do julgamento da apelação, que não é complexo. E, ademais, existe uma Câmara de férias.



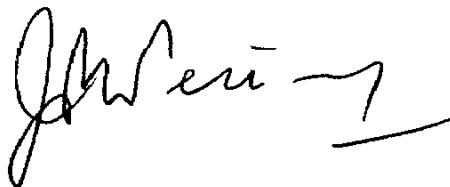
A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'J' followed by a vertical stroke and a horizontal stroke at the bottom.

17. Nestes termos, concedo parcialmente a ordem, nos termos do voto que acabo de proferir, para o fim de que, motivadamente, o Tribunal, nos autos da Apelação nº 623/93:

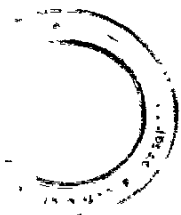
a) afastada a razão declarada no acórdão que julgou os embargos de declaração para indeferi-la, decida sobre ser, ou não, o caso de conceder a suspensão condicional da pena (Código Penal, art. 77 e § 2º);

b) acaso denegado o **sursis**, decida sobre ser, ou não, o caso de deferir o regime aberto para o cumprimento da pena (Código Penal, art. 33, § 2º, letra "c").

É o meu voto.



EBS/



17/12/93

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS    Nº 70.998-2 RIO DE JANEIRO

**V O T O**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, temos, no artigo 77, duas espécies de suspensão condicional da pena; a primeira, alusiva aos condenados em geral, impondo-se, como requisitos objetivos, que a pena não seja superior a dois anos e que o condenado não seja reincidente em crime doloso, e, também, os requisitos que possuem contornos subjetivos, atinentes à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, bem como aos motivos e circunstâncias que autorizem a concessão do benefício.

Em parágrafo lançado a seguir, cuida-se do segundo tipo de suspensão condicional da pena, que é o etário. O preceito revela que a execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, critério objetivo, poderá ser suspensa por quatro a seis anos, com aumento, portanto, do período relativo à suspensão, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade.

Senhor Presidente, no dispositivo atendeu-se a uma singularidade: o fato de estar envolvido um condenado maior de setenta anos. Não creio que houvesse necessidade do desdobramento levado a efeito. Diante da regra do artigo 77, seria muito fácil cogitar-se de um inciso ou mesmo de um parágrafo elastecendo o critério objetivo concernente à pena em

01740020  
03490700  
09983010  
01570490

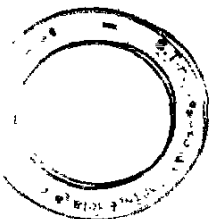
face de o condenado possuir idade superior a setenta anos.

No caso, houve, a meu ver, uma opção legislativa que se mostrou lastreada, que potencializou o fato de o condenado possuir mais de setenta anos e, aí, sem incidir em incoerência, creio que, ante essa circunstância, do fator idade, ficaram em plano secundário os aspectos subjetivos de que trata o inciso II do artigo 77. Preferiu-se, na espécie, o reconhecimento da idade, a conduzir à conclusão sobre a ausência de importância maior quanto à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente. Em vista desse critério objetivo, que é o fato do condenado possuir mais de setenta anos, não cabe, de início, porque não há remissão, entender-se pertinente a norma do inciso II do artigo 77 aludido.

Não posso inserir, no tocante às condições previstas especificamente para a hipótese, outras que não se contêm no dispositivo e, o que é pior, em prejuízo do próprio acusado. Assento, também, que o verbo utilizado não revela simples faculdade. Especialmente no campo penal, quando se tem o atendimento dos pressupostos estabelecidos em lei, cumpre ao juiz o reconhecimento do direito subjetivo; cumpre-lhe a observância da regra e a concessão do benefício. A atividade judicante é daquelas vinculadas ao que está na lei, não sendo, portanto, discricionária.

Peço vênias ao nobre Relator e aos Ministros que já votaram sobre a matéria para ir um pouco além, concedendo a ordem para reconhecer ao Paciente o direito ao sursis.

\*\*\*



# Supremo Tribunal Federal

PLENÁRIO

327

EXTRATO DE ATA

**HABEAS CORPUS N. 70.998-2**

**ORIGEM : RIO DE JANEIRO**

**RELATOR : MIN. SEPULVEDA PERTENCE**

**PACTE. : EMIL PINHEIRO**

**IMPTES. : ALCINO GUEDES DA SILVA E OUTROS**

**COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**Decisão:** Por maioria de votos, o Tribunal deferiu, em parte, o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia em maior extensão. Falou, pelo paciente, o Dr. Alcino Guedes da Silva. Plenário, 17.12.93.

01740020  
03490700  
09984000  
00000570

Presidência do Senhor Ministro Octavio Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

  
LUIZ TOMIMATSU  
Secretário

