

## STJ dá progressão da pena a condenado por crime hediondo

O Superior Tribunal de Justiça concedeu Habeas Corpus que permite a progressão de regime para um condenado por atentado violento ao pudor com violência presumida. A Lei de Crimes Hediondos, cuja constitucionalidade é contestada no Supremo Tribunal Federal, impede a progressão da pena para os condenados por este tipo de crime.

O réu, de 64 anos, foi condenado em Marília (SP) a 12 anos e seis meses de prisão por manter relações sexuais com uma garota 20 dias antes de ela completar 14 anos. Pelo Código Penal, quando a vítima de atentado ao pudor ou estupro é menor de 14 anos, a violência é presumida. Segundo as investigações, a vítima era prostituída pela própria mãe, que a agenciou para o acusado.

Por 3 votos a 2, a 6ª Turma do STJ entendeu que o condenado tem direito a progressão da pena, benefício que já havia sido negado, por decisão dividida, pela 2ª Câmara de Férias do Tribunal de Justiça de São Paulo. O advogado **Ronaldo Bretas Marzagão** fez a sustentação oral em favor do réu. Ele destacou que é importante que o juiz tenha autonomia para diferenciar a gravidade do delito conforme os fatos. Ele diferenciou o crime do qual seu cliente é acusado, daquele cometido contra "menor inocente, aliciada longe da possibilidade de proteção de sua família".

Marzagão defendeu que o atentado violento ao pudor por violência presumida não é crime hediondo e que a vedação de progressão de regime é inconstitucional porque fere o princípio da individualização da pena. Afirmou ainda que a garota recuou nas acusações em depoimento polêmico, acompanhado pelo Ministério Público. "Somente se pode afirmar que constitui crime hediondo o atentado violento ao pudor quando resulta lesão corporal de natureza grave ou a morte da vítima", justificou.

O criminalista disse que, como seu cliente está com 64 anos e tem problemas cardíacos, na prática ele foi condenado à prisão perpétua. "Se tivesse matado a ofendida, que estava prestes a completar quatorze anos e que já era iniciada sexualmente pela própria mãe, em vez de com ela praticar suposto ato libidinoso, teria sido menos severamente apenado, o que deve ser levado em consideração", explicou.

### Leia a íntegra do pedido de Habeas Corpus

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

URGENTE-LIMINAR

RONALDO AUGUSTO BRETAS MARZAGÃO, brasileiro, casado, advogado, inscrito na OAB/SP sob no 123.723, e RODRIGO OTÁVIO BRETAS MARZAGÃO, brasileiro, casado, advogado, inscrito na OAB/SP sob no 185.070, com escritório na Rua Riachuelo, 67, conj. 62, São Paulo - Capital, com fundamento nos artigos 5º, LXVIII, da Constituição Brasileira, e nos artigos 647 e 648, do



LXVIII).

## 2. DO DIREITO

No caso em exame, a condenação do paciente deu-se por atentado violento ao pudor, por violação ficta, que teria ocorrido vinte dias antes da suposta vítima completar quatorze anos de idade.

De outro lado, a pretensa vítima já era iniciada sexualmente, sendo prostituída pela própria mãe, a qual supostamente agenciou seu encontro sexual com o paciente. Como consequência, não há como negar a adolescente capacidade de aquiescência ao ato libidinoso, mediante paga.

Essa circunstância, é evidência, traz diversidade ao caso em exame, diferenciando-o daquele em que o agente pratica o ato com menor inocente, por ele aliciada, longe da possibilidade de proteção de sua família.

Demais disso, ressalte-se que a adolescente, em depoimento policial posterior acompanhado por membro do Ministério Público, retratou-se das acusações contra o apelante, dizendo, em síntese, que eram falsas e improcedentes (doc. 10).

Essas circunstâncias, por serem incontroversas nos autos, não necessitam exame de prova, bastando a mera leitura para a sua constatação. E devem ser consideradas na análise deste habeas corpus para que se possa fazer ao recorrente justiça sem preconceito.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se a matéria objeto do presente writ.

2.1. O r. voto vencido dos embargos infringentes fez profundo exame jurídico do artigo 1º, VI, da Lei nº 8.072/90, concluindo, com inequívoco acerto:

“Entretanto, se o legislador deu a conjunção o sentido aditivo, somente se pode afirmar que constitui crime hediondo o atentado violento ao pudor quando resulta lesão corporal de natureza grave ou a morte da vítima.

A interpretação do julgador não pode prejudicar o r. C. Ela deve seguir a intenção do julgador, mas nunca para prejudicar aquele que cometeu um crime. Se o legislador tivesse tido a intenção de considerar o atentado violento ao pudor simples como crime hediondo, ele teria adotado a redação dos incisos anteriores.

Ao estabelecer o homicídio qualificado como crime hediondo, o legislador afirmou que o crime hediondo o pertinente ao art. 121, § 2º, incs. I, II, III, IV e V, do C. Penal. Ao afirmar que o latrocínio o crime hediondo, ele mencionou o art. 157, § 3º, in fine, do C. Penal. Ao dizer que a extorsão o crime hediondo, mencionou o art. 158, § 2º, do C. Penal. Na extorsão mediante seqüestro, mencionou o art. 159, caput e § 1º, 2º e 3º, do C. Penal.

Em relação ao atentado violento ao pudor, o legislador não manteve a redação outorgada aos incisos anteriores do art. 1º da Lei nº 8.072/90. Se ele tivesse desejado afirmar que o atentado violento ao pudor simples seria considerado crime hediondo, ele teria mencionado no inc. V, atentado

violento ao pudor (art. 213, caput, e sua combinaçãocom o art. 223, caput e parágrafoônico).

O legislador teve o cuidado de, quando mencionou o art. 223, do C. Penal, inserir a palavra "caput" e parágrafoônico para não deixar nenhuma dúvida a respeito de que se a vítima de estupro sofrer lesão corporal grave ou vier a falecer, o delito é hediondo. Ele não teve esse cuidado quando mencionou o art. 214 do C. Penal e, assim, somente se pode reconhecer que a conjunção "e" foi aplicada em seu sentido aditivo, determinando-se que se reconheça crime hediondo somente quando o atentado violento ao pudor for seguido de lesão corporal grave ou morte.

2.2. Há farta jurisprudência no sentido de que o atentado violento ao pudor simples, sem resultado de lesão corporal ou morte, não é crime hediondo.

Do E. Supremo Tribunal Federal:

"Certo está que não se pode caracterizar como delito hediondo (Lei 8072/90) qualquer forma de atentado violento ao pudor, senão aquelas condutas qualificadas, como quer a Lei nº 8.072/90, nos termos do art. 223, caput e parágrafoônico, ou seja, se da violação resulta lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima." (Supremo Tribunal Federal, no v. acórdão que julgou o Habeas Corpus nº 78.305-4/MG, publicado no DJU de 01.10.99 – Ementário 1965-1).

Do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"Afasta-se a conceituação de crime hediondo, na esteira de recente decisão da colenda 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Hediondo o crime, quando resulta lesão de natureza grave ou morte." (Apelação Criminal nº 2000.050.01928).

Do E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Regime Prisional – Progressão – Indeferimento – Crime hediondo – Inadmissibilidade – Hipótese de atentado violento ao pudor simples – Inexistência de lesão corporal grave ou morte – Artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 que veda a progressão somente quando se tratar de crime tipicamente hediondo – Decisão insubsistente – Recurso parcialmente provido. O artigo 1º da Lei n. 8.072/90 é categórico no sentido de que o crime previsto no artigo 214 do Código Penal só se torna hediondo quando estiver irmanado ou combinado com o artigo 223, caput e parágrafoônico do mesmo diploma legal, sem o que, fica o delito despojado de caráter hediondo. (grifou-se – TJSP – Relator: Des. Silva Pinto – Agravo n. 164.181-3 – Pirajá – 15.08.94)

No mesmo sentido, Apelação Criminal n. 130.429-3 do São Paulo do Rel. Des. Silva Pinto, em 02.05.94; Apelação Criminal n. 157.072-3 do Santos do Rel. Des. Segurado Braz; e Apelação Criminal n. 138.210-3 do Pacaembu do Rel. Des. Luiz Pantaleão.

2.3. No julgamento do Habeas Corpus nº 81.288, a respeito do tema, manifestaram-se, no E. Supremo Tribunal Federal, os ilustres Ministros Marco Aurélio, Néri da Silveira e Sepúlveda Pertence.

Disse o eminente Ministro Marco Aurélio:

“A Lei nº 8.072/90, no artigo 1º, refere-se a outras figuras penais. É sintomático que, apenas em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, a norma utilize o vocábulo “combina-se”.

O ilustre Ministro Néri da Silveira, em aparte durante o julgamento, ponderou, com propriedade, a seus colegas:

“Quando chegamos à conclusão de que a forma simples não configura crime hediondo, mas se a qualificada, não estamos dizendo que o estupro, em sua forma simples, não seja crime grave; tanto o que a lei já o apena com o mínimo de seis anos de reclusão. É evidente que o nosso sistema penal o considera um crime tão grave como o homicídio, e o homicídio simples não é considerado um crime hediondo. Temos de ver qual o sentido dessa Lei que escolheu alguns delitos para considerá-los hediondos. O fato de um delito não ser assim considerado não significa que ele não seja grave. Todos sabemos que o crime de roubo é grave, mas, se for na sua forma simples, não na qualificada, não é crime hediondo.”

Tendo o eminente Ministro Sepúlveda Pertence dito, em seu voto, que:

“Não consigo entender, para incluir mais um delito nesse rol infeliz dos crimes hediondos, ser necessário fazer referência à ainda que com uma redação, confesso, infeliz à forma qualificada de um delito, se a forma simples já merecesse o fogo do inferno dos crimes hediondos.

Compreende-se a referência qualificada, por exemplo, no inciso III do art. 1º, quando se considerou crime hediondo o crime de extorsão qualificada pela morte. Se se referisse ao estupro simples como hediondo, obviamente não seria necessária a alusão à sua qualificação.”

Acrescentando:

“...continuo convencido de não podermos cair em certa discussão de que o antinimo de crime hediondo, depois dessa infeliz criação da Constituição, é um crime formoso ao que se atribuiu, na forma simples, a mesma pena mínima do homicídio não qualificado, que não é crime hediondo, segundo a prática do terrorismo penal da Lei nº 8.072. Não chego à anedótica inversão do conhecido conselho de um estadista brasileiro: “mata, mas não estupra”.

As palavras do eminente Ministro Sepúlveda Pertence servem, em seu espírito, para o caso em julgamento. Se o embargante tivesse praticado homicídio simples contra a ofendida, seria menos severamente apenado e teria direito à progressão de regime.

Mas, como desafortunadamente foi sentenciado por atentado violento ao pudor simples, crime considerado hediondo pelo r. voto vencedor, está condenado a prisão perpétua, pois tem 64 anos, problemas cardíacos, patologia psíquica e, nessas condições, dificilmente conhecerá a liberdade ainda em vida.

2.4. É certo que, no Habeas Corpus nº 81.288, do qual se extraíram os trechos dos votos acima mencionados, o Pleno do E. Supremo Tribunal Federal sufragou, por maioria, a tese que o atentado violento ao pudor simples é crime hediondo.

Contudo, a E. Suprema Corte, ante a sua nova composição, está reexaminando a questão da constitucionalidade da vedação de progresso de regime para os crimes considerados hediondos, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959-SP, sendo que, no momento, conforme informada obtida no site daquele Tribunal, está mudando de posição, por quatro votos a dois. Os ilustres Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Cezar Peluso e Gilmar Mendes votaram no sentido de modificar o entendimento da E. Suprema Corte, enquanto os ilustres Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa votaram pela manutenção. A ilustre Ministra Ellen Gracie pediu vista.

2.5. Recentemente, a Primeira Turma do E. Supremo Tribunal Federal concedeu, no HC 82.959, por unanimidade, medida cautelar para afastar o óbice do regime integralmente fechado para o paciente, condenado por crime hediondo, sobrestando o julgamento do writ, atendo decisão definitiva sobre a questão, pelo Tribunal Pleno (doc. 11).

2.6. Como se constata da evolução jurisprudencial, não se permite mais a negativa generalizada de progresso de regime ao condenado, tão somente sob a alegação de ter ele praticado crime hediondo. É preciso verificar caso a caso, para não se cometer injustiça.

Vale, neste ponto, lembrar a sempre preciosa lição de Hungria:

“O juiz deve ter alguma coisa de pelicano. A vida é variedade infinita e nunca lhe assentam com irrepreensível justiça as roupas feitas da lei e os figurinos da doutrina. Se o juiz não dá de si, para dizer o direito em face da diversidade de cada caso, a sua justiça será a do leito de Procusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes que terão de medir-se com ela.” (Nelson Hungria e Heleno Fragoso, Comentários ao Código Penal, Vol. I, Tomo I, pág. 76/77).

O Paciente, repita-se, foi, na prática, condenado a prisão perpétua, pois, pela idade e os problemas de saúde que tem, apenado a doze anos e seis meses em regime integralmente fechado, sem possibilidade de progresso, certamente terminará seus dias cumprindo a pena.

Se tivesse matado a ofendida, que estava prestes a completar quatorze anos e que já era iniciada sexualmente pela própria mãe, em vez de com ela praticar suposto ato libidinoso, teria sido menos severamente apenado, o que deve ser levado em consideração.

Daí porque o paciente roga a concessão da ordem, para que possa cumprir sua pena com possibilidade de progresso de regime prisional, nos termos do art. 112, da Lei nº 7.210/84.

### 3. LIMINAR



No caso, conforme demonstrado, está presente a fumaça do bom direito.

O Paciente encontra-se preso desde sua prisão em flagrante, em 4/8/01. A manutenção da prisão do paciente, que já se encontra preso há mais de quatro anos, em regime fechado, importará certamente danos irreparáveis ao seu estado de liberdade e à sua dignidade, protegidos constitucionalmente, pois já cumpriu mais de um sexto da pena em regime integralmente fechado. Se lhe for concedida a progressão de regime terá cumprido mais do que a lei exige no regime fechado.

Ademais, o paciente tem 64 anos, problemas cardíacos, patologia psíquica e, nessas condições, precisa receber, com a máxima urgência, tratamento clínico adequado. Eis o perigo na demora.

A liminar, se concedida, nenhum prejuízo trará ao processo, eis que o paciente é pessoa idosa, com problemas de saúde, que não se ausentará da Comarca de Marília, onde reside com sua família, de maneira que poderá retornar para o regime fechado se a liminar, ao final, for cassada.

Por todo o exposto, postula, respeitosamente, a liminar, a fim de que seja imediatamente determinada a progressão do paciente para o regime a que fizer jus, nos termos do art. 112, da Lei de Execução Penal, protegendo-se, assim, o seu status libertatis até o final julgamento deste writ.

#### 4. PEDIDO

Por todo o exposto e invocando os doutos suplementos desse E. Superior Tribunal de Justiça, os impetrantes, respeitosamente, rogam a concessão da ordem, com o deferimento da liminar, para que seja permitido ao Paciente o cumprimento da pena com progressão de regime prisional, nos termos do art. 112, da Lei 7.210/84, comunicando-se ao Juízo das Execuções Criminais de Marília.

São Paulo, 20 de julho de 2005.

Ronaldo Augusto Bretas Marzagão

– advogado –

OAB n. 123.723/SP

Rodrigo Otávio Bretas Marzagão

– advogado –

OAB n. 185.070/SP