

A inconstitucionalidade do art. 88, II, letra a do CPM – ofensa ao princípio da isonomia

CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA
PEREIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Crimes de deserção - gravidade. 3. "Sursis" - tratamento diferenciado - ofensa ao princípio da isonomia 3.1. Parâmetro - tipo de injusto. 3.2. Parâmetro - enfoque fenomenológico. 3.3. Parâmetro - ampliação das restrições de benefícios previstos na CP. 4. Conclusão.

1. Introdução

Foi submetido ao STM interessante discussão, em processo por crime de deserção – art. 187 do CPM (Apelação n.º 47.025 -7/SP) – cujo tema principal dizia respeito à constitucionalidade ou não do art. 88, inciso II, letra a do CPM, mais especificamente sobre a impossibilidade da concessão de *sursis* nesse delito, cuja limitação atinge também outros crimes.

O crime de deserção, importa antes analisá-lo, vem assim definido em sua forma básica, *verbis*: "Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de 8 dias: Pena – detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada." Como se pode observar é um crime de mera conduta e omissivo próprio. A sanção é reduzida em comparação com outros delitos propriamente militares, como por exemplo o motim, pena de reclusão de 4 a 8 anos (art. 149 do CPM); a revolta (motim armado), pena de reclusão de 8 a 20 anos, ou então o crime de operação militar sem ordem superior (art. 169 do CPM), cuja pena de reclusão é de 3 a 5 anos.

Entretanto, existem outros crimes propriamente militares mais graves que a deserção, levando em consideração a punibilidade, que admitem o *sursis*, seja porque se enquadram nas

regras genéricas do art. 84 do CPM¹ e seja também por não sofrerem o impedimento do art. 88, II, do CPM, poderíamos citar, por exemplo: assunção de comando sem ordem ou autorização (art. 167 do CPM), pena de 2 a 4 anos; a conservação ilegal de comando (art. 168 do CPM), pena de detenção de 1 a 3 anos; omissão de providências para evitar danos (art. 198 do CPM), cuja pena de reclusão é de 2 a 8 anos.

Como se não bastasse a restrição à suspensão condicional da pena, o infrator da deserção está sujeito a uma prisão provisória obrigatória, caso seja capturado ou se apresente voluntariamente. Não é crime permanente como se costuma afirmar. Estando dentro da classificação de delito de mera conduta, é ele, como quase todos dessa espécie, instantâneo e unissubistente, não admitindo por isso tentativa, até porque é omissivo próprio.²

¹ Art. 84 do CPM: A execução da pena privativa da liberdade não superior a 2 (dois) anos, pode ser suspensa, por 02 (dois) anos a 06 (seis) anos, desde que:

I - o sentenciado não haja sofrido no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no parágrafo 1.º do art. 71;

II - os seus antecedentes e personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Parágrafo único. A suspensão não se estende às penas de reforma, suspensão do exercício do posto, graduação ou função ou à pena acessória, nem exclui a aplicação de medida de segurança não detentiva.

Art. 88 do CPM: a suspensão condicional da pena não se aplica.

I - ao condenado por crime cometido em tempo de guerra.

II - em tempo de paz:

a) por crime contra a segurança nacional, de aliciamento e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior, de insubordinação ou de deserção;

b) pelos crimes previstos nos arts. 160, 161, 162, 235, 291 e seu parágrafo único, n.ºs. I a IV.

² As demais modalidades de deserção são as seguintes:

Art. 188. Na mesma pena incorre o militar que:

I - não se apresenta no lugar designado dentro de 08 dias, findo o prazo de trânsito ou férias;

II - deixa de se apresentar à autoridade competente, dentro do prazo de oito dias, contados daquele

Os argumentos que vamos aqui expor, desde logo adiantamos, concluem pela inconstitucionalidade da restrição do *sursis*, sem nenhuma dúvida, pensamos nós, em relação ao delito em comento. Quanto aos demais incluídos na relação do citado inciso II do art. 88 do CPM é preciso fazer-se uma reflexão específica. É que, por exemplo, no crime de violência, que sofre a mesma restrição supracitada, em uma de suas formas, a pena mínima é superior a 2 anos e, de plano, está afastada a possibilidade da concessão do benefício ante a regra genérica do art. 84 *caput* do CPM, que exige que a condenação não seja superior a 2 anos, ou seja, indepen-

em que termina ou é cassada a licença ou agregação ou em que é declarado o estado de sítio ou de guerra;

III - tendo cumprido a pena, deixa de se apresentar, dentro do prazo de 08 dias;

IV - consegue exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade, criando ou simulando incapacidade.

Art. 189. Nos crimes dos arts. 187 e 188, números I, II e III:

I - se o agente se apresenta voluntariamente dentro de 08 dias após a consumação do crime, a pena é diminuída de metade; e de um terço, se de mais de 08 dias e até sessenta;

II - se a deserção ocorre em unidade estacionada em fronteira ou país estrangeiro, a pena é agravada de um terço.

Art. 190. Deixar o militar de apresentar-se no momento da partida do navio ou aeronave, de que é tripulante, ou da partida ou do deslocamento da unidade ou força, em que serve:

Pena - detenção, até três meses, se após a partida ou deslocamento, se apresentar, dentro de vinte e quatro horas, à autoridade militar do lugar, ou, na falta desta à autoridade policial para ser comunicada à apresentação a comando militar do lugar, ou, da região, distrito ou zona.

Parágrafo 1.º. Se a apresentação se der dentro de prazo superior a vinte e quatro horas e não excedente a cinco dias:

Pena - detenção de dois a oito meses.

Parágrafo 2.º. Se superior a cinco dias e não excedente a dez dias:

Pena - detenção de três meses a um ano.

Parágrafo 3.º. Se se tratar de oficial, a pena é agravada.

Art. 191. Concertarem-se militares para a prática da deserção:

I - se a deserção não chega a consumir-se:

Pena - detenção de três meses a um ano;

dentemente da limitação do art. 88, inciso II do CPM, não podem aqueles crimes nem mesmo se enquadrar nas regras genéricas do art. 84 citada acima.

Vê-se, pois, o que nos causa perplexidade é o fato de o crime de deserção, em sua forma simples, ter a pena máxima de 2 anos que é o tempo máximo de condenação para a concessão do *sursis*, de acordo com o art. 84 do CPM, e, apesar de se adequar a este requisito, que é básico, não pode ser passível desse benefício.

2. Crimes de deserção

Inicialmente vamos enfrentar essa discriminação do legislador ordinário procurando os

II -- se consumada a deserção:

Pena - reclusão de dois a quatro anos.

Art. 192. Evadir-se o militar do poder da escolta, ou de recinto de detenção ou de prisão, ou fugir em seguida à prática de crime para evitar prisão, permanecendo ausente por mais de 08 dias:

Pena - detenção de seis meses a um ano.

Art. 193. Dar asilo a desertor, ou tomá-lo a seu serviço, ou proporcionar-lhe ou facilitar-lhe transporte ou meio de ocultação, sabendo ou tendo razão para saber que cometeu qualquer dos crimes previstos neste capítulo:

Pena - detenção, de quatro meses a um ano.

Parágrafo único - Se o favorecedor é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

Art. 194. Deixar o oficial de proceder contra desertor, sabendo ou devendo saber que encontra-se entre os seus comandados:

Pena - detenção, de seis meses a um ano.

Em tempo de guerra a deserção vem assim tipificada:

Art. 391. Praticar crime de deserção definido no capítulo II, do Título III, do Livro I da Parte Especial (os acima transcritos):

Pena - a cominada ao mesmo crime, com aumento da metade, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único - Os prazos para a consumação do crime são reduzidos de metade.

Art. 392. Desertar em presença do inimigo:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Art. 393. Deixar o convocado, no caso de mobilização total ou parcial, de apresentar-se dentro do prazo marcado, no centro de mobilização ou ponto de concentração:

Pena - detenção de um a seis anos.

Parágrafo único - Se o agente é oficial da reserva, aplica-se a pena com aumento de um terço.

motivos de tão inusitada restrição. Lendo a exposição de motivos do CPM, no seu item 9, concluímos que o *sursis* foi negado em razão da gravidade do delito para a ordem e disciplina militar.

Se o motivo do discrimen é a gravidade do delito deverá essa ser analisada, pois não se pode concluir pela ofensa ao princípio da isonomia sem analisar-se o porquê do tratamento diferente a um crime, que poderia ser enquadrado nas hipóteses de suspensão condicional da pena, dada a quase todos os delitos no CPM. Isso vale para qualquer situação do Direito, ou seja, deve-se analisar a situação concreta para se averiguar se houve ofensa ou não à lei no tratamento desigual.

3. "Sursis" tratamento diferenciado - ofensa ao princípio da isonomia

Dessa forma, deve-se indagar se este delito realmente é grave ao ponto de ter sido restringido o benefício supracitado, implicando em cumprimento da pena no regime fechado, igualmente a um crime hediondo, pior ainda, porque este delito, não importando em condenação superior a 2 anos, deve ter a sanção imposta executada no âmbito da Justiça Castrense, onde não se aplica a Lei de Execução Penal, e assim nem mesmo há progressão de regime.

A análise da gravidade para se concluir pela ofensa ao princípio constitucional em exame importará em três níveis: do ponto de vista do tipo de injusto, comparando-se com outros delitos; do ponto de vista fenomenológico e em face da Constituição Federal.

3.1. Parâmetro - tipo de injusto

O delito em tela tem uma pena por demais leve para merecer tratamento tão draconiano, e assim concluímos comparando com outros delitos. Temos que o legislador não fez bom uso do critério da gravidade para impor o tratamento discriminatório.

É bem verdade que adverte Carlos Cossio, *verbis*:

"... no hay criterio racional alguno para determinar por qué la pena dura tanto para este delito y cuanto para aquel otro. No siquiera se puede decir, tomando líneas más generales, que el homicidio en sí mismo, es más grave que el hurto o la violación, pues hurto sacrilego y violación de sacerdotisas se han castigado a veces con más severidad que la muerte

del prójimo. En conclusión: no hay relación entre entuerto y sanción, ni tampoco en las penas entre sí (Teoría de la Verdad Jurídica, Editorial Losadas, S.A. – Buenos Aires, 1954, p. 296)”.

Refere-se o eminente jusfilósofo ao ponto de vista racional porque, em sua concepção filosófica, o Direito é a conduta e não as normas, posto que estas últimas são apenas conceitos-objetos, idéias, formas de pensar juridicamente aquela. Traduzindo para o positivismo jurídico penal, pensamos nós, seria o mesmo que dizer que a antijuridicidade não admite graduação, o mesmo não acontecendo com o injusto que pressupõe fato típico e antijurídico (para nós devem-se incluir também as causas de justificação, a culpabilidade e também a punibilidade, em vista da forma estrutural de crime resultante da Teoria Ecológica). Vale ressaltar, sobre o que foi dito, a lição de Assis Toledo, *verbis*:

“... A distinção conceitual entre injusto e ilicitude tem importância para o direito penal, visto como, conforme ressaltam Schönke, Schröder e Lenckner, somente o injusto possui qualidade e quantidade, pelo que pode ser diferenciado qualitativa e quantitativamente. Já a ilicitude é sempre a mesma, não ensejando diferenciações materiais ou escalonamentos. Assim – prosseguem os autores por último citados – um assassinato não é mais antijurídico do que uma lesão corporal, um homicídio culposo não menos antijurídico do que um doloso, inexistindo, pois, “graus da antijuridicidade”, como equivocadamente supôs Kern. Já no que diz respeito ao injusto, existe distinção qualitativa entre um homicídio qualificado e um furto, entre uma lesão grave e uma leve, entre um fato doloso e um culposo. Tais considerações apresentam-se evidentes por si mesmas, dispensando maior demonstração.” (*Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 1991, pp. 119/120).

Do ponto de vista do injusto, não temos dificuldades de levar em consideração a pena como critério para se aferir a gravidade de um crime, comparando com outros delitos. É que,

como dito acima, para nós, o tipo de injusto inclui também a punibilidade, em face da concepção estrutural do crime, como defendia com acerto Enrique Aftalión (cf. *La Escuela Penal Técnico-Jurídica*) Ed. Libreria Jurídica, 1952, Buenos Aires). Por outro lado, não há dúvida de que a pena é um critério para se avaliar a gravidade dos delitos, pois no mundo fenomênico é impossível se erigir uma pauta de valores, distinguindo delitos mais graves e menos graves. Para tanto é necessária a ordem jurídica, que distingue os delitos mais graves dos menos graves, na concessão e vedação de benefícios aos infratores e, principalmente, pela pena fixada nos tipos penais. Apenas para citar um exemplo que confirma o acima dito, a própria ordem constitucional, quando elevou vários crimes à condição de gravíssimos, no art. 5.º incisos XLII, XLIII e XLIV – o que será objeto de desenvolvimento mais à frente – retirou muitos benefícios normalmente concedidos pelo sistema penal e, pelo menos quanto ao racismo (inciso XLII), fez indicação segura de que a pena é critério seguro de gravidade do crime, pois sujeitou-o à pena de reclusão.

Se o cerne do problema está na ordem e disciplina, basta ver que foi deferido o benefício do *sursis* àquele que desatara superior (art. 298 do CPM) que é crime duas vezes mais grave que a deserção, em razão não apenas da pena abstrata, mas também pela ofensa direta não só à disciplina mas também à hierarquia. O delito de deserção diretamente não ofende esses bens jurídicos: é praticamente uma conduta moral que se pune em tempo de paz, sendo realmente grave em tempo de guerra. Acrescente-se a tudo isso a observação, que fizemos logo no início, de que existem crimes propriamente militares bem mais graves, que admitem o *sursis*.

Voltando ao caso que deu ensejo a este trabalho, o MPM disse que “não se há falar no caso de inconstitucionalidade daquele dispositivo legal, pois dada a natureza propriamente militar do crime de deserção, nada obsta que se vede aos desertores os benefícios do *sursis*, haja vista as razões da exposição de motivos que ele citou:” “Medida de política criminal de longo alcance é a introdução da suspensão da pena no novo direito penal militar. Embora não seja aplicável em casos que atingem gravemente a ordem e disciplina militar...” Vê-se, pois,

que o Eminentíssimo Promotor atribuiu a diferenciação ao fato de ser o crime propriamente militar, e ter sido considerado de grande gravidade para a ordem e disciplina militar.

A Defensoria Pública, ao contrário, asseverou que o dispositivo legal que restringe a concessão do *sursis* é inconstitucional porque ofende o princípio da isonomia. Aduziu que o art. 84 do CPM, ao falar da suspensão condicional da pena, não fez nenhuma exceção, e que a Constituição Federal não autoriza tal discriminação.

Concordamos com esse posicionamento, ou seja, o art. 88, II, letra a do CPM afronta o princípio da isonomia.

O princípio da isonomia é talvez o mais difícil de compreender, dada a sua abrangência e a total ausência de critérios para se distinguir quando uma diferenciação é discriminatória e quando não é, pressupondo que tratamento desigual obviamente haverá porque a própria realidade humana é desigual. O princípio surgiu por ocasião da Revolução Francesa e visava coibir os privilégios que a lei dava aos que exerciam o poder com exclusividade. Na época, não era difícil o entendimento do princípio, porque a desigualdade era total e, como assevera Celso Ribeiro Bastos, "O que se pretendia era fazer cair um castelo de privilégios erigido a partir da inserção do indivíduo numa dada classe social" (*Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 1994, 15.^a ed., p. 166). Não se tem hoje uma sociedade de estamentos, como bem lembrou o autor citado (muito embora seja indiscutivelmente injusta), e com o exercício da democracia e a complexidade das relações sociais o princípio necessita a todo momento ser invocado. O problema é que ele continua com a mesma abstração de quando foi criado. A tarefa da criação de critérios para aferir da ofensa ao princípio ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência, e não tem sido fácil.

Vamos nos socorrer dos ensinamentos do grande constitucionalista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho, que parece mais se adequar às idéias que defendemos.

Para o grande mestre a igualdade implica em primeiro lugar na igualdade da aplicação do direito, no sentido de ordenamento positivo. A fórmula em si sintetiza o seu conteúdo. Não há dúvida no que está aí expressado, e facilmente se detecta uma aplicação desigual da lei. O problema ocorre na segunda acepção do termo isonomia, que é a igualdade na criação do direito.

Quando se faz direito igual? Quando a lei dá

tratamento igual a todos os cidadãos?

Há direito igual quando a lei trata de forma igual, vale dizer, dá os mesmos resultados jurídicos para indivíduos que têm as mesmas características. Aparentemente o problema estaria resolvido, mas acrescenta o professor que "o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite a discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os indivíduos da "raça negra" devem ser tratados igualmente em "escolas" separadas dos brancos)". (*Direito Constitucional*, Ed. Almedina, 5.^a ed., 1992, p. 575).

Defende o festejado autor um critério material, na conhecida fórmula "deve-se tratar igualmente os iguais ou desigualmente os desiguais". Mas é preciso avançar mais, segundo assevera, e buscar um juízo de valor sobre a relação de igualdade ou desigualdade que, em si, a fórmula mencionada não contém. O juízo de valor está na proibição de arbítrio que deve ser sempre ligado a um *critério material objetivo*. Dessa forma, "existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear em um: (I) fundamento único; (II) não tiver um sentido legítimo; (III) estabelecer diferenciação jurídica sem fundamento razoável" (*op. cit.*, p. 577).

Terá sido justa a diferenciação feita pelo legislador ordinário? Não, posto que foi arbitrária, no nosso modo de entender, sem o menor sentido. E isso mesmo sob a égide da Constituição Federal de 1967/69. Com a atual essa ofensa ainda é maior, como veremos.

Ora, tanto o CPB como o próprio CPM admitem o *sursis*, aquele indiscriminadamente, e este com a ressalva que aqui se discute. Como diz o constitucionalista lusitano "se determinada regulação está em contradição intrínseca com a concepção global do sistema jurídico, isso pode ser forte indício da violação do princípio da igualdade" (*op. cit.*, p. 582).

O argumento de que se justifica a discriminação por ser crime propriamente militar não tem fundamento jurídico e é, por isso mesmo, arbitrário. É como se dissesse: a partir de hoje nenhum crime contra o patrimônio pode ter o benefício do livramento condicional. A simples classificação legal-doutrinária da figura delitiva não autoriza a desigualdade de tratamento, é preciso algo mais como é o caso dos crimes hediondos, cuja lei fez algumas restrições de benefícios (algumas inconstitucionais) atendendo a maior gravidade dos delitos nela elenca-

dos, em relação a outros delitos. Além de que, como já foi dito logo de início, existem delitos propriamente militares que admitem o *sursis* e até mais graves.

Não foi esse o critério seguido pelo legislador e sim o da pretensa gravidade do delito, como resulta claro pela leitura da exposição de motivos: "Embora não seja aplicável em casos que atingem gravemente a ordem e a disciplina militar..."

Ora, será que o legislador baseou-se em critério sério? Teve isso sentido legítimo? A diferenciação teve fundamento razoável? Conforme vimos no início desse item, o benefício foi deferido a crimes propriamente militares bem mais graves que atingem o Estado, do ponto de vista do injusto, levando-se em consideração a pena aplicada. E até mesmo fizemos referência ao delito do art. 298 do CPM que, diretamente, atinge a hierarquia e disciplina militares.

Parece que o critério da gravidade não foi utilizado corretamente, e, por isso, afrontou a isonomia. A distinção, aplicando-se os ensinamentos de Canotilho, é arbitrária e completamente desarrazoada. A interpretação aqui utilizada segue os critérios normativos do tipo de injusto. No plano fenomênico a ofensa fica mais evidenciada.

Continuando, assevera Celso Ribeiro Bastos, "... só se tem por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontre a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (*op. cit.* p. 166). Que finalidade foi atingida com essa discriminação?"

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que "é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardar relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício e com a inserção ou arredamento do gravame imposto". (*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Ed. Malheiros, 3.ª ed., 1993, p. 38). Pergunta-se, da forma como o crime de deserção foi tipificado no CPM, com pena extremamente leve em face de outros delitos, tem pertinência lógica a exclusão do benefício da suspensão condicional da pena? Pensamos que não.

3.2. *Parâmetro enfoque fenomenológico*

Na análise da realidade também vamos encontrar fundamento para entender como discriminatório a exclusão do benefício a que se alude. A desigualdade de tratamento normativo só se admite quando encontra amparo em desigualdade fenomênica, que justifique um trata-

mento não uniforme. Isso porque, como já acen-tuamos, a regra na vida humana é a desigualdade no plano fenomênico. E como saber-se quando será legítimo o tratamento discriminatório, em face das desigualdades existentes? Isso só é possível pela observação da realidade, captando-se o sentido de justo ou injusto, que o tratamento legislativo pode proporcionar. Talvez, há 20 anos atrás o problema que aqui se levanta não fosse passível de questionamento; ninguém duvidasse realmente que a restrição do benefício se impusesse.³

Pensamos que, no decorrer do tempo, o crime de deserção, em tempo de paz, foi perdendo a gravidade que originou tratamento tão austero.

3.3. *Parâmetro ampliação das restrições de benefícios previstos na CF*

Com o atual Texto Maior, e aqui temos a terceira razão da inconstitucionalidade, o tratamento dado ao crime de deserção quanto à concessão do *sursis*, mais ainda evidencia a ofensa ao princípio da isonomia. É que a atual Carta

³ Gilmar Ferreira Mendes, em auxílio ao que dissemos, admite que uma lei pode tornar-se inconstitucional em vista da mudança na situação fática, que deu ensejo à elaboração normativa. Dessa forma, quando da elaboração do tipo incriminador da deserção, justificava-se o tratamento discriminatório quanto ao *sursis*, porém tal não acontece hoje, porque este delito perdeu a gravidade que antes possuía, haja vista que o país não é beligerante, e a ausência de um militar implica na substituição por outro sem maiores dificuldades. A reprovabilidade da conduta do desertor, por isso, quase que se situa num plano moral, haja vista que quase sempre não acarreta prejuízo à administração militar (observe-se que o abandono de função art. 323 do CPB, delito semelhante à deserção, exige para a sua configuração, ao contrário deste delito propriamente militar, probabilidade de dano, como sustenta a doutrina e a jurisprudência, de tal maneira que a possibilidade de substituição do faltoso impede a consumação do crime). Em tempo de guerra o mesmo não acontece, e este delito talvez seja um dos mais graves do CPM. Voltando então ao ensinamento do constitucionalista supracitado, assim ele se refere sobre a inconstitucionalidade superveniente, *verbis*: "Seção IV Inconstitucionalidade Originária e Inconstitucionalidade Superveniente".

Procede-se à distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente, tendo em vista os diversos momentos da edição das normas constitucionais. Considere-se, igualmente, que a lei editada em compatibilidade com a ordem constitucional pode vir a tornar-se com ela incompatível em virtude de mudanças ocorridas nas relações fáticas (*Änderung der tatsächlichen Verhältnisse*) ou

trouxe a si a tarefa de definir que condutas seriam graves, a ponto de merecerem tratamento diferenciado das demais figuras delitivas, no que diz respeito à restrição de alguns benefícios genérica e abstratamente previstos na legislação penal brasileira (CPB, CPM e legislação específica sobre algumas matérias). Dessa forma, o legislador constituinte restringiu o alcance de alguns institutos como a prescrição, graça, anistia e a fiança nos incisos XLII, XLIII, XLIV, do art. 5.º nas seguintes condutas tidas pelo legislador como mais graves que as demais: racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, ação de grupos armados contra a ordem constitucional, crimes hediondos.

O parâmetro de gravidade, do ponto de vista do ordenamento jurídico, surge não apenas no plano da legislação ordinária, mas basicamente tem suas raízes na própria Constituição, de maneira que só as condutas acima referidas podem sofrer restrição de alcance de benefícios, por ela enumerados. Todos os demais benefícios continuam valendo para todos os outros crimes, inclusive para os delitos que sofreram a restrição constitucional acima aludida. Com a atual Constituição criou-se um teto máximo de gravidade, no que diz respeito não às penas, mas aos benefícios concedidos aos infratores pela lei ordinária. Esta, em matéria desses benefícios (*sursis*, livramento condicional, anistia, graça, indulto etc.) não pode restringir mais que a Constituição.

Todos os demais benefícios existentes no atual sistema penal, que não estiverem arrolados pela restrição supracitada, aplicam-se aos delitos enumerados pela Constituição, e com mais razão a todos os outros a que a Lei Maior não fez referência. Dessa forma, um torturador pode ser beneficiado pelo *sursis*, o mesmo não acontecendo com um desertor. A violação à Constituição parece-nos clara.

Não podem, portanto as leis ordinárias penais restringir mais do que a Constituição. Dessa forma, a doutrina, acertadamente, vem considerando inconstitucional a restrição feita pela lei de crimes hediondos, no que diz respeito aos benefícios da liberdade provisória e do indulto, não incluídos no texto constitucional⁴.

na interpretação constitucional (Wandlung im Verfassungsverständnis). (*Controle de Constitucionalidade, Aspectos Jurídicos e Políticos*, Ed. Saraiva, 1990, pp. 73/74).

⁴ Leciona sobre esse assunto o professor Alberto Silva Franco, *verbis*: "3.02 A Lei n.º 8.072/90 e a

4. Conclusão

De tudo que foi exposto vê-se em clarividência solar que realmente o princípio da isonomia, quanto à restrição da suspensão condicional da pena no crime de deserção, foi desrespeitado, mesmo na vigência da CF de 1967/69. Com a atual Carta Magna o princípio foi ainda mais vulnerado. Tudo isso se conclui pela interpretação que busca salvaguardar o princípio e, portanto, a própria Constituição. Como anota o professor Manoel Gonçalves de Ferreira Filho, *verbis*: "Da consagração constitucional da isonomia resulta a regra de hermenêutica, de que sempre se deverá preferir a interpretação que iguale, não a que discrimine (*Comentários à Constituição Brasileira*, v. I, Saraiva, 1980, p. 27).

Para que o crime de deserção tenha tratamento isonômico dentro do sistema penal, e também em face da atual Constituição, de maneira que não resulte mais grave que as condutas que o legislador constituinte considerou abomináveis, impende que lhe seja devolvido o benefício da suspensão condicional da pena.

liberdade provisória - Inconstitucionalidade.

O art. 5.º, inciso XLIII, dispõe que "a lei considerará como crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem". Em consequência, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos pela lei como crimes hediondos são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Mas ocorre que a Lei n. 8.072/90, depois de definir os crimes hediondos, passou a considerá-los juntamente com os demais mencionados, no seu art. 2.º, como insuscetíveis de: I anistia, fiança e indulto e II fiança e liberdade provisória. É fácil constatar que, fugindo do princípio da subordinação da lei à Constituição, o legislador acrescentou o impedimento ao indulto e à liberdade provisória, sem que a Constituição contivesse qualquer proibição a respeito. (grifo nosso)". (...) A propósito, a mesma lei também exorbitou os limites da Constituição quando incluiu a vedação ao indulto para os crimes nela regulados, o que mereceu do ilustre Antônio Scarance Fernandes a correta observação de que não podia o legislador ordinário aumentar a restrição (grifo nosso), ainda mais que, nos termos do art. 84, XII, a Constituição dá ao Presidente da República poderes para conceder indulto, sem limitações (...). Mais à frente, no mesmo sentido, cita ensinamentos do professor César de Faria Júnior da UFBA (*Crimes Hediondos*, Ed. RT, 1991, pp. 62/63).

Bibliografia

- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo, 3.ª ed; 2.ª tiragem, 1993, p. 48.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 5.ª ed., Coimbra, 1992, Ed. Almedina, p. 1214.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 15.ª ed. ampl. e atual. Saraiva, 1994, p. 136.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e políticos*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 371.
- AFTALIÓN, Enrique R.. *La Escuela Penal Técnico-Jurídica y otros Estudios Penales*, Buenos Aires. Libr. Jurídica, 1952, p. 131.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios Básicos de Direito Penal*, 4.ª ed., rev. atual e ampl., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 362.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*, notas sobre a Lei n.º 8.072/90, São Paulo, 1991, RT, p. 173.
- COSSIO, Carlos. *Teoría de La Verdad Jurídica*, Buenos Aires. Losada, 1954, p. 332.