

HABEAS CORPUS 229.007 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : -----
IMPTE.(S) : -----
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão, proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DEBILIDADE FÍSICA DO RECORRENTE QUE IMPOSSIBILITARIA O CUMPRIMENTO DE QUALQUER TIPO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE NÃO COMPROVADA. DECISÃO DO JUÍZO DE EXECUÇÃO QUE SALIENTOU QUE A PENA A SER CUMPRIDA SERÁ ADEQUADA ÀS LIMITAÇÕES FÍSICAS DO EXECUTADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, é vedada a substituição da espécie da pena restritiva de direitos nela estabelecida, apenas sendo possível que o Juízo das Execuções modifique a forma de cumprimento da pena definitivamente aplicada, adaptando-a às peculiaridades do caso concreto, a fim de possibilitar o regular cumprimento da medida pelo condenado. Precedentes. 2. No caso concreto, o Juízo de Execução indeferiu o pleito de substituição da pena, consignando que “os serviços atribuídos ao sentenciado irão observar suas aptidões e condições de saúde”. 3. Ademais, os documentos juntados aos autos, a despeito de atestarem que o paciente padece de limitações para se locomover após a amputação de seu pé esquerdo em agosto/2005 e o subsequente uso de prótese, não se prestam a demonstrar a incapacidade do paciente seja para se locomover, seja para realizar todo e qualquer tipo de atividade relacionada à prestação de serviços à comunidade. Tanto mais que a

leitura da denúncia revela que, a despeito de sua limitação, o recorrente foi flagrado, em 2014, conduzindo veículo objeto de receptação, atividade que vinha executando desde 2010. O fato de ser portador de diabetes, de hipertensão e de ter sido submetido a procedimento de cateterismo, em 2021, por si só não constitui impedimento ao cumprimento da pena restritiva imposta, tanto mais quando não se demonstrou que a tarefa designada ao paciente está acima de suas forças ou de sua capacidade ou mesmo que poderá vir a agravar seu estado de saúde. 4. De se observar, ainda, que, diante de eventual incompatibilidade entre a tarefa designada para o recorrente e sua atual capacidade física, poderá a defesa pleitear, junto ao Juízo de Execução, a realização de perícia médica destinada a comprovar a incapacidade do executado para qualquer tipo de trabalho, após o que a situação poderá ser revista. 5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no RHC 229.007/MG eDOC.02, p. 218/219)

Busca-se, em suma, a substituição da prestação de serviços comunitários, imposta em sentença condenatória por pena de prestação pecuniária, em razão de peculiaridades no quadro de saúde do ora paciente.

Segundo aduz, o paciente *“sofre de inúmeras doenças/limitações que o impossibilitam de prestar serviços à comunidade, sendo elas: a) teve seu pé esquerdo amputado, o que o levou a fazer uso de uma prótese; b) é portador de cardiomiopatia dilatada de etiologia isquêmica, vítima de infarto agudo do miocárdio em abril de 2021 (CID 125.5); c) Sofre Cardiomiopatia segmentar no ventrículo esquerdo (VE), com disfunção sistólica em grau leve; d) é Diabético de difícil controle (E11); e) sofre de Hipertensão (CID I10); f) é Dislipidêmico (CID E78.2)”, bem como “enfrenta dificuldade para se locomover devido às sequelas proveniente da amputação (doc. nos autos)” e ainda “de problemas no quadril (artrose acentuada no quadril (D/E) com dor acentuada que irradia para os membros- doc nos autos).”*

À vista de sua condição especial aduz que a manutenção da pena de prestação de serviços comunitários viola a individualização da pena e equivale a imposição de pena cruel, e que ofende a dignidade da pessoa humana, “*haja vista que recentemente o Paciente compareceu ao posto de trabalho, onde foi lhe proposto, por servidores da Prefeitura local, o serviço de capinar um local íngreme em uma praça*” e “*por lógico, não foi possível ao Paciente executar devido à condição narrada*”.

O Juiz de 1º grau prestou informações solicitadas por esta Suprema Corte (eDOC.05).

É o relatório. **Decido.**

1. Cabimento do *habeas corpus*:

O sistema de recursos e meios de impugnação previsto na Constituição Federal, lida enquanto regra de distribuição de competências, tem uma razão de ser. Até então, acompanhando entendimento fixado na Primeira Turma, sustentei que não há como se admitir *habeas corpus* impetrado em substituição a instrumento recursal constitucionalmente previsto, como é o **recurso ordinário**. Nesse sentido:

“A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido da **inadmissibilidade do uso da ação de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário** previsto na Constituição Federal.” (HC 128.617 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04.08.2015, *grifei*).

Contudo, a Segunda Turma desta Corte uniformizou posicionamento para admitir *writ* substitutivo de recurso ordinário constitucional. Nessa esteira:

“A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal **admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional** (art. 102, II, a, da Constituição Federal).” (HC 122.268, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24.03.2015, *grifei*).

Outrossim, o Tribunal Pleno, **por maioria**, assentou a admissibilidade de impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional no âmbito desta Suprema Corte (HC 152.752, de minha relatoria, julgado em 04.04.2018).

Sendo assim, ressalvado posicionamento pessoal sobre a matéria, em observância ao princípio da colegialidade, admito o *habeas corpus*.

2. No caso dos autos a ilegalidade pode ser aferida de pronto.

No julgamento do HC 82.959 (sessão de 23.02.2006), o Pleno do STF consolidou o entendimento de que não apenas a pena deve ser individualizada, como também a sua execução.

Com efeito, *“todo instituto de direito penal que se lhe aplique pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos há de exibir o timbre da personalização.”* (HC 110844, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 10.04.2012, *grifei*).

Desse modo, a análise de progressão de regime e, pela mesma razão, do pedido de alteração na forma de cumprimento da pena, consoante disposição do art. 148 da LEP, deve observar os critérios objetivos e subjetivos previstos na Lei de Execução Penal, fundando-se em dados concretos da execução da pena, em conformidade com os princípios da

individualização executória, da legalidade e do dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF e art. 112, §2º da Lei de Execução Penal).

No âmbito desta Suprema Corte, o juízo revisional da decisão que indefere pedido de alteração na forma de cumprimento da pena fica restrito aos requisitos legais, à motivação (formalmente idônea) de mérito, bem como à congruência entre os motivos declarados e a conclusão.

No caso concreto, a decisão exarada pelas instâncias ordinárias ao indeferir pedido de alteração de pena é desprovida de adequada fundamentação, na medida em que não examina o pleito do executado à luz do timbre da individualização da pena e por isso merece imediato reparo.

Com efeito, tanto o Juízo *a quo* como o TJMG indeferiram de plano o pedido defensivo, atendo-se a mencionar supostos entraves previstos na legislação - invocada ofensa à coisa julgada e art. 43 do CP - nada apreciando quanto ao quadro de saúde do apenado e peculiaridades relacionadas à prestação de serviços que lhe foi concretamente designada. Confira-se:

“ Indefiro o pedido de sequencial nº 12.1, tendo em vista que a pena não é uma opção, mas uma imposição do Estado em razão do delito praticado pelo apenado, não lhe cabendo decidir pelo cumprimento da pena da forma que entende mais conveniente. A pena de prestação de serviços à comunidade, diante da análise de todo o contexto fático e considerando as finalidades da pena, foi a suficiente e recomendável, sendo que os serviços atribuídos ao sentenciado irão observar suas aptidões e condições de saúde” (trecho da decisão de 1º grau - eDOC.02, p. 69)

“É cediço que não constitui direito subjetivo do acusado optar pela pena alternativa que mais lhe convém, cabendo ao Magistrado fixá-la conforme rol estabelecido no art. 43 do Código Penal, in verbis: (...)

In casu, observa-se que a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária) foi estabelecida em estrita observância ao previsto no art. 44 do CP.

(...)

Desse modo, não há violência ou coação à liberdade de locomoção do paciente que justifique a presente impetração do habeas corpus contra o suposto ato da autoridade apontada como coatora. “ (trecho do acórdão exarado pelo TJMG - eDOC.02, p. 159)

Mesmo instado por esta Suprema Corte a, expressamente, manifestar-se de forma individualizada quanto ao quadro de saúde do apenado (eDOC.05), e se procederia a informação de que recentemente o lhe teria sido designado o serviço de *“capinar um local íngreme em uma praça”*, atividade que segundo aduz o impetrante seria incompatível com sua condição de saúde (prótese em pé amputado e artrose acentuada no quadril), o Juízo *a quo* limitou a repisar a fundamentação antes proferida, afirmando que *“não constitui direito subjetivo do acusado optar pela pena alternativa que mais lhe convém”* (eDOC.07)

Nada obstante, em que pese a argumentação tecida pelas instâncias antecedentes, não se está a tratar, no caso concreto, de direito subjetivo do acusado a escolher a pena que lhe convém, mas sim de adaptar a forma de cumprimento da pena, à luz de condições individuais de saúde demonstradas pelo executado.

Em tempo, consigno que a jurisprudência dessa Suprema Corte consolidou-se no sentido de dar interpretação ampla à previsão do art. 148

LEP, autorizando a alteração na forma de cumprimento da pena, quando evidenciada peculiaridade que a justifique, tal como ocorre no caso concreto.

Nesse sentido:

“(...) quanto à substituição da pena de prestação de serviços à comunidade por limitação de fim de semana, com recolhimento no presídio, aos sábados e domingos, das 13h às 18h, é nítida, na espécie, a existência de flagrante ilegalidade a amparar a concessão da ordem de ofício.

Com efeito, consta dos autos que o paciente fora condenado a 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, pelo delito previsto no art. 313-A do Código Penal. Estou convencido de que a substituição nos termos em que operada mostra-se desproporcional e destituída de razoabilidade, considerado notadamente que o regime inicialmente fixado para cumprimento da pena fora o aberto.

A meu sentir, não houve a devida compatibilização, pois a imposição do recolhimento em estabelecimento prisional revela-se mais gravosa que o regime inicial que foi estabelecido no título condenatório, qual o seja, o aberto.

Essa circunstância vai de encontro ao princípio da proporcionalidade, dadas as circunstâncias do caso concreto e a resposta estatal suficiente à sua reprovação.

Vale destacar, no que se refere ao princípio da proporcionalidade, as precisas lições do Ministro Celso de Mello, para quem

“[o] exame da adequação de determinado ato estatal aoMG 5 princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.” (HC nº 11.844, Segunda Turma, DJe de 1º/2/13)

Ainda segundo Sua Excelência,

“[a] jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as limitações incidentes sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições ofensivas aos padrões de razoabilidade e destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140- 141, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).”

No caso dos autos, o recolhimento domiciliar, aos sábados e domingos, das 13h às 18h, como forma de efetivação da pena de limitação de fim de semana, melhor atende o princípio da proporção entre a pena originariamente imposta e as que a substituem.

Ao discorrer sobre a regra geral de proporcionalidade e a sua compatibilidade com a natureza e repercussão do delito, o saudoso Ministro Teori Zavascki consignou em voto-vista proferido

“[ser] indispensável (...) que a avaliação se dê caso a caso, até porque a pura e simples uniformização de tratamento não encontra justificativa na eleição de um padrão onde a homogeneidade não existe, até pelas dimensões territoriais do país, que oferecem realidades sociais, econômicas e culturais heterogêneas e inteiramente diferenciadas. Acertada, por isso, a orientação do STJ relativamente a réus reincidentes com penas inferiores a 4 anos, a quem aquela Corte tem deferido o regime semiaberto, subordinando assim uma interpretação literal da lei a uma necessária adequação ao princípio constitucional da devida individualização da pena.” (HC nº 123.108, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 1º/2/16)

Na sua visão

“(...) foge do senso de justiça colocar em situação

equivalente um sentenciado por crime de pequena significação, que tenha uma condenação anterior, a uma pessoa que feriu gravemente a sociedade com a prática de estupro, de tráfico de drogas ou de latrocínio. Com razão, pois, o Ministro Relator quando afirma que 'há situações que, embora enquadráveis no relato geral de enunciado normativo, não parecem merecer as consequências concebidas pelo legislador, aplicáveis a partir de um raciocínio meramente silogístico'."

Em arremate conclui sua Excelência pela necessidade de "mediação do intérprete, a fim de calibrar eventuais excessos e produzir no caso concreto a solução mais harmônica com o sistema jurídico". Outro não é o comando da Constituição Federal ao estabelecer uma escala de sanções aplicáveis aos crimes (CF, art. 5º, XLVI), de acordo com sua gravidade, ao mesmo tempo em que prevê a individualização da pena como fato determinante para a correta retribuição estatal suficiente pela violação perpetrada pelo infrator da norma." (HC 225767 / MG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 14/03/2023)

"Bem examinados os autos, verifico ser o caso de concessão da ordem de habeas corpus.

Isso porque a Lei de Execução Penal fixa a competência do Juízo da Execução para determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução (art. 66, V, a, da Lei 7.210/1984).

Em complemento, o art. 148 da LEP dispõe que "em qualquer fase da execução, poderá o Juiz, motivadamente, alterar, a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal".

Examinandos os autos, observo que o Juiz da Execução atuou dentro de sua competência legal, não havendo qualquer extravasamento a ser reparado.

A pena de prestação de serviços à comunidade, ainda que possa ser considerada pelas instâncias revisoras de maior eficácia retributiva e ressocializadora, foi substituída por outra, também restritiva de direitos, de forma fundamentada pelo Magistrado de primeiro grau.

(...)

Isso posto, concedo a ordem de habeas corpus para manter a substituição da pena de prestação de serviços comunitários pela perda de bens e valores (art. 43, II, do CP), nos termos em que fixada pelo Juízo da Execução Penal.” (HC 183358 / PR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 06/04/2020)

Portanto, à vista da consolidada jurisprudência deste STF, e examinadas as peculiaridades e documentação acostada no caso concreto, não verifico motivação idônea para a negativa da alteração da forma de cumprimento da pena pleiteada pelo impetrante.

Nessa toada, o vício de motivação configura, por si só, constrangimento ilegal, por consubstanciar ato violador do devido processo legal que, dentre outras consequências, subordina a decisão que analise pedido incidental na execução da pena, de forma expressa, à fundamentação escrita e exarada pela autoridade judiciária competente.

Diante do exposto, considerando que a decisão de 1º grau deriva de construção argumentativa despida de correspondência concreta, impõe-se a anulação da decisão que negou a alteração pleiteada e, conseqüentemente, resta autorizada a conversão da prestação de serviços comunitários em prestação pecuniária, nos termos pelo impetrante pleiteado.

3. Diante do exposto, com fulcro no art. 192 do RISTF, concedo a ordem para determinar a substituição da pena de prestação de serviços

comunitários por pena de prestação pecuniária, a ser fixada pelo Juízo da Execução Penal, nos termos do art. 148 da LEP c/c art. 45 do CP.

Comunique-se, **com urgência e pelo meio mais expedito** (inclusive com utilização de *fax*, se necessário), ao Juiz da Execução a quem incumbirá o implemento desta decisão.

Comuniquem-se, outrossim, o TJMG e STJ, para ciência.

Intime-se. Publique-se.

Brasília, 22 de junho de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente