

RECURSO ESPECIAL Nº 1.830.885 - RS (2019/0234026-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : C DE M M
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado, em primeira instância, à pena de 4 meses de detenção, em regime inicial aberto, negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e concedido o *sursis* pelo prazo de 02 anos, pela prática do crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal (lesão corporal no âmbito das relações domésticas - fls. 103/108).

Interposta apelação, pela Defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso. O acórdão recebeu a seguinte ementa (fl.154):

APELAÇÃO CRIME. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. MÉRITO. PALAVRA DA VÍTIMA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. Nos crimes praticados em ambiente doméstico, onde há apenas a convivência familiar, dificilmente existe alguma testemunha ocular, afora as partes diretamente envolvidas no ocorrido. Assim, em se tratando de fatos relativos à lei Maria da Penha, a palavra da ofendida assume especial relevância probatória, sendo suficiente, se coerente, para ensejar condenação, a menos que haja algum indicativo de que possui interesses escusos em eventual condenação do acusado. No caso, a palavra da vítima ainda restou corroborada pelo AECD. SUBSTITUIÇÃO DA PPL POR PRD DO ART. 44 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. Atual Súmula 588 do STJ inviabiliza a substituição da pena quando se trata de crime cometido com violência e grave ameaça à pessoa. CUMULAÇÃO DAS CONDIÇÕES DO SURSIS. Possível a cumulação das condições dos parágrafos 1º e 2º do art. 78 do CP. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.

Diante disso, a Defesa interpôs recurso especial alegando violação aos arts.

46, *caput* e 78, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal - CP.

Sustenta que, embora a pena privativa de liberdade imposta seja inferior a 6 meses, o Tribunal de origem determinou como condição à concessão do *sursis* a prestação de serviços à comunidade. Entretanto, o art. 46, *caput*, do CP permite a aplicação de prestação de serviços à comunidade apenas em condenações a penas privativas de liberdade superiores a 06 (seis) meses.

Alega, ainda, que as condições do *sursis* especial (art. 78, § 2º, do CP) são substitutivas das condições do *sursis* simples (art. 78, § 1º, do CP), sendo inviável a cumulação das condições.

Requer seja conhecido e provido o recurso especial para reformar o acórdão impugnado.

Contrarrazões às fls. 183/184.

Decisão de admissibilidade às fls. 186/194.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento e, se conhecido, pelo desprovimento do recurso especial (fls. 206/209).

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar.

O voto condutor assim se posicionou quanto à controvérsia, no que importa, *verbis* (fls. 153/162):

Inviável, ainda, a substituição da PPL por PRD requerida nos termos do art. 44 do CP, inclusive em razão da recente Súmula 588 do STJ, que assim dispõe:

Súmula 588: A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

De outro lado, em relação à suspensão condicional da pena, quanto à alegada impossibilidade de cumulação das condições dos parágrafos 1º e 2º do art. 78 do Código Penal, não assiste razão à defesa.

O art. 78, "caput", do Código Penal estabelece que, durante o prazo da suspensão, ficará o condenado sujeito ao cumprimento das condições que forem fixadas pelo juiz'.

O seu § 1º especifica que, no primeiro ano, dentre as condições, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana.

*O seu § 2º se limita a criar exceção à regra do § 1º, possibilitando, **quando as circunstâncias judiciais forem favoráveis**, a substituição da prestação de serviços ou da limitação de fim de semana pelo cumprimento cumulativo das condições que arrola em suas alíneas.*

Não há, nesses dispositivos, qualquer vedação ao cumprimento cumulativo da condição do § 1º com as do § 2º, que, somente, deverão obrigatória e cumulativamente ser fixadas quando for dispensada a condição do parágrafo 1º.

Além disso, como se verifica do art. 79 do Código Penal, outras condições, além daquelas enumeradas no art. 78, poderão ser fixadas pelo juiz.

[...]

Assim, mesmo no caso de aplicação do § 1º do art. 78 do Código Penal, outras condições podem e devem ser fixadas pelo juiz, podendo ser algumas ou todas dentre aquelas mencionadas no § 2º ou outras (art. 79 do Código Penal).

No caso, não há qualquer reparo a fazer na fixação do sursis pelo juízo de origem, considerando a gravidade dos fatos e as lesões produzidas na vítima, pelo que vão mantidas as condições estabelecidas.

A controvérsia revela-se pela incompatibilidade – na suspensão condicional da pena – da prestação de serviços à comunidade diante das infrações penais perpetradas mediante violência ou grave ameaça, com pena *in concreto* inferior a 6 meses.

Eis o teor dos dispositivos, *verbis*:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

[...]

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas

cumulativamente:

- a) proibição de freqüentar determinados lugares;*
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;*
- c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.*

Da análise das normas acima mencionadas, denota-se que a imposição de prestação de serviços à comunidade, como condição para a concessão do *sursis* estabelecido no art. 78 do Código Penal, no caso de condenação a pena inferior a 6 meses, não encontra fundamento jurídico.

A propósito:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

AMEAÇA PRATICADA CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO OU FAMILIAR. AUSÊNCIA DE EXAME PELO TRIBUNAL ESTADUAL DE TESE SUSCITADA PELA DEFESA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MATÉRIA NÃO ALEGADA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

[...]

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. IMPOSIÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE POR 1 (UM) ANO. ACUSADA CONDENADA À PENA DE 1 (UM) MÊS DE DETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 46 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA POR LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ainda que inexistia nulidade na ausência de exame do tema pela autoridade apontada como coatora, o que também impediria este Sodalício de se manifestar sobre a questão, sob pena de incidir em indevida supressão de instância, verifica-se a existência de ilegalidade manifesta, passível de ser corrigida por meio da concessão da ordem de ofício.

2. A suspensão condicional da pena, prevista no artigo

76 do Código Penal, tem como condições a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana, consoante se depreende do artigo 78 do mesmo diploma legal, que, por sua vez, remete ao artigo 46 do Estatuto Repressivo, que estabelece que a prestação de serviços à comunidade "é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade".

3. No caso dos autos, a paciente foi condenada à pena de 1 (um) mês de detenção, o que revela a impossibilidade de que lhe seja imposta a prestação de serviços à comunidade como condição do sursis, já que sua sanção imposta foi inferior à 6 (seis) meses de privação de liberdade.

4. A prestação de serviços à comunidade, na espécie, se mostra mais gravosa até mesmo do que o cumprimento da reprimenda detentiva pela paciente, tratando-se de medida desproporcional, e que não atende às finalidades da suspensão condicional da pena.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a prestação de serviços à comunidade pela limitação de final de semana como condição da suspensão da pena imposta à paciente (HC 307.103/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/03/2015).

Ante o exposto, com fundamento na súmula 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para determinar que a prestação de serviços à comunidade seja substituída por outra medida, devendo os autos retornarem à origem para a fixação da medida mais adequada.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator