



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000417913

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501195-90.2024.8.26.0070, da Comarca de Batatais, em que é apelante LUIS FABIANO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo para substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. Mantida, no mais, a r. sentença conforme proferida. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente), RODRIGUES TORRES E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 30 de abril de 2025.

XISTO RANGEL

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação: 1501195-90.2024.8.26.0070

Apelante: Luís Fabiano da Silva

Apelada: Justiça Pública

Comarca: Batatais

Magistrado: Pedro Costa Brahim Pereira

Voto: 16374

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. I. Caso em Exame. Luís Fabiano da Silva foi condenado a 3 meses de detenção em regime aberto por descumprir medida protetiva de urgência prevista na Lei 11.340/06, ao se aproximar da vítima, M. O. de S., sua ex-companheira, em 06 de outubro de 2024, na cidade de Batatais. II. Questão em Discussão. A questão em discussão consiste em determinar se houve revogação tácita das medidas protetivas, alegada pela defesa, e se a condenação deve ser mantida. III. Razões de Decidir. A materialidade delitiva está comprovada pelos documentos e depoimentos que indicam que o réu tinha ciência das medidas protetivas e as descumpriu. Não há evidências de consentimento da vítima para a aproximação do réu, que acionou a polícia e familiares para contê-lo. Justificativa apresentada pelo réu – no sentido de que estava no local apenas para a pedido de sua filha – que se revela como mera tentativa de furtar-se da aplicação da lei penal. IV. Dispositivo e Tese. Recurso parcialmente provido para substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade. Mantida a condenação. Tese de julgamento: 1. A substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade é admissível em casos sem violência ou grave ameaça. 2. A revogação tácita das medidas protetivas não foi comprovada. Legislação Citada: Lei 11.340/06, art. 24-A, Código Penal, arts. 44, 46, 59, 68. Jurisprudência Citada: TJSP, Apelação Criminal 1505039-64.2023.8.26.0270, Rel. Xisto Albarelli Rangel Neto, j. 02/07/2024, TJSP, Apelação Criminal 1502028-90.2022.8.26.0616, Rel. Xisto Albarelli Rangel Neto, j. 19/11/2023

Ao relatório de fls. 142 e seguintes acrescento ter a r. sentença julgado procedente a pretensão punitiva estatal para condenar Luís Fabiano da Silva à pena de 03 meses de detenção, em regime inicial aberto, por infração ao artigo 24-A da Lei 11.340/06.

Consta da denúncia que no dia 06 de outubro de 2024, por volta das 14h, na Rua Salomão João Mazum, nº 402, Jardim Adolfo Penholato,

cidade e comarca de Batatais, Luís Fabiano da Silva, de forma voluntária e consciente, descumpriu decisão judicial que deferiu medida protetiva de urgência prevista na Lei 11.340/06.

Relata o parquet que (...) segundo o apurado, o denunciado é ex-companheiro da vítima M. O. de S. e, na ocasião dos fatos, teve contato com ela, ciente de tal impedimento, uma vez que fora concedida medida protetiva de urgência, consistente na proibição de aproximação e contato com ela, deferida nos autos de nº 1501134-35.2024.8.26.0070 (fls. 23/26). O denunciado tomou ciência de tais medidas protetivas no dia 18 de setembro de 2024, às 19h43 (fls. 27). Na data, horário e local supracitados, o denunciado foi até a residência de M. O. de S. e lá ficou olhando para dentro da casa, por baixo do portão. Diante disso, a vítima acionou a guarnição policial que compareceu no local. O denunciado, então, foi conduzido à Delegacia de Polícia local em razão do descumprimento da medida outrora deferida em favor dela, ocasião em que foi preso em flagrante delito.

Por tais fatos Luís Fabiano foi denunciado, processado e, ao final, condenado na forma supramencionada.

Não se conformando com a r. sentença, sua defesa técnica apresenta recurso de apelação às fls. 186/193. Sustenta, em apertada síntese, que ocorreu a revogação tácita das medidas protetivas, eis que permitiu a aproximação e o contato do apelante. Pugna, assim, pela absolvição.

Contrarrrazões do Ministério Público às fls. 196/198.

Contrarrrazões da assistente da acusação às fls. 203/205.

Em parecer de fls. 217/223, a PGJ manifestou-se pelo improvimento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o breve relatório.

Em que pesem os argumentos defensivos, a solução absolutória não se mostra possível.

A materialidade delitiva decorre do documento de fls. 26/32 atestando que desde 19 de setembro de 2024 o réu tinha ciência das restrições impostas.

A prova oral foi bem resumida na r. sentença:

(...)

Em sede policial, o denunciado disse que na data de hoje estava próximo a casa da vítima, viu sua filha de três anos na rua e a criança ao vê-lo, chamou por ele e que apenas a pegou no colo, comprou-lhe um salgadinho e com isso a vítima ganhou tempo de acionar a GCM. Não tinha a intenção de descumprir medida protetiva, apenas passava ali próximo. Foi informado pelos agentes de que deveria acompanhá-los até esta delegacia na viatura da GCM e ao chegar na unidade tomou conhecimento que seria preso, por descumprimento de medida protetiva.

Ouvido em juízo, a vítima declarou que teve um relacionamento com o réu que durou quase 10 anos; que está separada do réu desde maio de 2024; que fez pedido de medida protetiva contra o réu e que ele não voltou a residir com a vítima; que o réu foi na casa da vítima por duas vezes, no dia 03/10 por volta de umas 19 horas; que a vítima procurou a delegacia, mas que nada fizeram. No domingo, dia 06/10, a vítima viu o réu olhando por baixo do portão; que a vítima ficou com muito medo, porque o réu já tentou lhe matar; que já tomou facada; que o réu falou que não foi para pedir desculpa e depois disse que foi para ver a menina; que a filha da vítima com o réu estava dentro da casa; que deseja que as medidas protetivas sejam mantidas já que ele a ameaça; que o réu disse no dia que o que ele fez iria terminar; que vítima chamou o irmão (Admilson) e o cunhado (Márcio Aparecido) para segurar o réu enquanto a polícia chegava, já que a vítima fez uso do botão do pânico.

A testemunha Márcio Aparecido de Oliveira, compromissada, disse que é cunhado da a vítima, casado com a sua irmã; que ele estava em casa e o réu estava no portão da casa da vítima, pela segunda vez; que foi ao local para contê-lo até a polícia chegar; que não deixaram o réu sair; que ao chegar o réu estava tranquilo; que ficou conversando com o réu até a polícia chegar; que o réu quis sair, mas não foi preciso usar força, apenas mantiveram ele no local, mediante conversa; que foi a GCM que compareceu; que foi no local por volta de 12h30min 13h; que a residência do depoente não é tão próximo; que demorou uns 10 a 15 minutos para chegar; que o réu estava sem filha na hora que

o depoente chegou; que não se recorda se a filha do réu e da vítima estava no colo; que o réu disse que só queria ver a filha;

*A testemunha Douglas Augusto Lança, GCM que respondeu ao chamado e participou da diligência disse que foi chamado pelo botão do pânico; **que o réu estava olhando por debaixo do portão da casa dela; que o réu foi capturado um pouco distante da casa, a aproximadamente um quarteirão de distância; que réu estava acompanhado com os parentes da vítima;** que no dia era eleição e segundo o réu afirmou estava a caminho do seu local de votação, que sentiu saudade da filha e foi no local; que o réu não estava agressivo quando conduzido para a delegacia.*

O réu, Luís Fabiano da Silva, em seu interrogatório disse que os fatos são verdadeiros; que no dia estava indo votar, o filho (Adriano) da vítima viu o réu e a avisou; que a vítima chamou a filha e o réu não conseguiu virar as costas; que nesse momento a vítima tirou foto do réu e chamou a polícia; que não olhou por baixo do portão; que não tinha intenção de ir na casa da vítima de forma nenhuma; que estava passando pelo local; que nunca ameaçou a vítima; que está arrependido.

Ao contrário do que sustenta a combativa defesa, não houve revogação tácita das medidas protetivas impostas, uma vez que inexistente qualquer elemento probatório que comprove o consentimento da vítima quanto à aproximação do réu.

Ao contrário. A vítima não apenas acionou prontamente os agentes públicos, como também solicitou o auxílio de familiares para conter o réu até a chegada da guarda municipal, com o intuito de impedir nova fuga do local — conduta essa já praticada por ele em 3 de outubro de 2024.

A alegação do recorrente, no sentido de que teria comparecido ao local apenas a pedido de sua filha, revela-se como mera tentativa de se eximir das consequências penais de sua conduta.

Afinal, conforme relatado pela vítima, o apelante espreitava por baixo do portão da residência, momento em que sua filha se encontrava no interior do imóvel. A testemunha Márcio, por sua vez, afirmou não ter visto, em momento algum, o réu na companhia da filha, reforçando a versão

apresentada pela ofendida.

Eventuais direitos que o réu tenha em relação à sua filha não justificam o descumprimento das medidas protetivas. Como sustentado pelo Ministério Público na origem: (...) *caberia ao réu requerer medidas adequadas, como a fixação de visitação e não se aproximar, em evidente descumprimento das medidas protetivas fixadas.*

Diante deste contexto, a condenação era mesmo de rigor.

A dosimetria da pena foi realizada da seguinte forma pelo Juízo de origem: (...) *com fundamento nos artigos 59 e 68, ambos, do Código Penal, passo à dosagem da pena: I - As circunstâncias judiciais do artigo 59 são favoráveis ao réu, conforme se verifica na folha de antecedentes (fls. 35/36). Em razão disso, fixo a pena base em três (03) meses de detenção. II - Na segunda fase, não existem agravantes, embora o réu tenha confessado, não é possível a redução para alguém da pena mínima, atenuantes a serem consideradas, razão pela qual mantenho o quantum anteriormente encontrado, qual seja três (03) de detenção. III - Na terceira fase, não há causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, assim sendo, fixo a pena em seja 3 (três) meses de detenção. Considerando-se a vedação de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos quando se trata de crime cometido com violência no âmbito doméstico e familiar, deixo de aplicar a previsão do artigo 44 do Código Penal. Inviável, também, a aplicação do artigo 77, do Código Penal. Para cumprimento da pena, fixo, o regime aberto.*

Inobstante, por não se tratar de crime cometido com violência ou grave ameaça propriamente dito, não há que se falar em aplicação da súmula 588 do STJ, de modo que é caso de substituir a pena de detenção por uma de prestação de serviços à comunidade, na forma a ser definida pelo juízo das execuções.

Lembrar que o art. 17 da Lei 11.340/06 veda substituição por multa, cestas básicas ou outras de prestação pecuniária, do que é natural inferir que as demais formas de penas substitutivas do art. 44 do CP, em não havendo violência ou grave ameaça, são admissíveis.

Não se diga com base em interpretação literal e isolada do art. 46 do Código Penal, que estaria vedada em nosso ordenamento jurídico a substituição da pena de prisão, igual ou inferior a seis meses, por prestação de serviços à comunidade. Bastando observar, por exemplo, que o art. 28 da Lei 11.343/06, o art. 17 da lei 11.340/06, os art. 9º e 23 da Lei 9.605/98, os art. 76 e 89, par. 2º, da Lei 9.099/95, o art. 4º da Lei 12.850/13, o art. 312-A da Lei 9.503/97 (este com redação da Lei 13.281 de 2016) e o art. 117 da Lei 8.069/90 não impõem aludida restrição temporal à aplicação dessa espécie de pena, **substitutiva de prisão ou não**¹. Confira-se:

A - Lei 11.343/06 - Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. [...] § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

OBS: como se vê, o legislador não considerou haver qualquer empecilho para que pena de prestação de serviços seja cumprida por tempo inferior a seis meses. De modo que tendo fixado o prazo máximo em meses, o mínimo haverá de ser, conforme inclusive entende a doutrina, de 1 (um) mês, no caso de réu primário, e de 2 (dois meses), no caso de reincidente: *Dispõe este parágrafo 3º que as penas previstas nos incisos II (prestação de serviços) e III (medida educativa) terão o prazo “máximo” de 5 (cinco) meses. Tendo o prazo sido estipulado em meses, o mínimo haverá de ser de 1 (um) mês* (DELMANTO, “Leis Penais Especiais Comentadas”, saraiva, 2015, p. 945).

¹ Nos casos do art. 28, II, da Lei 11.343/06, do art. 117 da Lei 8.069/90 e do art. 23 da Lei 9.605/98 a pena de prestação de serviços à comunidade é aplicada diretamente.

B - Lei 11.340/06 - Art. 17. *É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.*

OBS: como se vê o legislador só se preocupou com impedir, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem assim com a substituição de pena que venha a implicar somente o pagamento de multa. Não impôs qualquer restrição, pois, à substituição de pena de prisão (possível nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça - os contra a honra, por exemplo), pelas demais restritivas de direitos, dentre elas, é claro, a de prestação de serviços. Ou seja, ao regradar especificamente o que se pode e o que não se pode fazer no campo da aplicação substitutiva de penas restritivas de direitos, o legislador não entendeu como importante vedar, a exemplo do que aparentemente teria feito no art. 46 do CP, a substituição de pena não superior a seis meses por prestação de serviços à comunidade.

C - Lei 9.605/98 - Art. 8º. *As penas restritivas de direito são: I - prestação de serviços à comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - suspensão parcial ou total de atividades; IV - prestação pecuniária; V - recolhimento domiciliar. Art. 9º A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, e, no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível. Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade [...] Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I - custeio de programas e de projetos ambientais; II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III - manutenção de espaços públicos; IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.*

OBS: também aqui o legislador não só não impede como recomenda a prestação de serviços, especialmente, quando possível, com a realização da restauração da coisa conspurcada. E o faz sem exigência de que isto só se dê no

caso de a pena de prisão substituída ser superior a seis meses. Valendo conferir, a propósito, que a pena corporal cominada para o crime de pichação (art. 65), que é o crime que estaria a recomendar mais fortemente a providência, parte da **base de três meses**. E quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, de igual modo não se vê qualquer preocupação do Legislador quanto ao tempo mínimo de custeio de programa, de execução de alguma obra, de manutenção de espaço público ou, especialmente, de contribuições a entidades ambientais ou culturais.

D - Lei 9.099/95 - Art. 76. *Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Art. 89 [...] Parágrafo 2º. O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.*

OBS: para a transação penal o Ministério Público pode propor, como usualmente faz, prestação de serviços à comunidade ainda que por poucos meses e, segundo o **ENUNCIADO 20 do FONAJE**, **ainda que seja cominada somente pena de multa ao crime em consideração**. E o juiz pode impor como condição, para homologar suspensão condicional do processo, que o réu cumpra prestação de serviços à comunidade, sem necessidade de que isso se dê pelo mesmo prazo da suspensão ou por um prazo mínimo: *Processual penal – Habeas corpus – Suspensão condicional do processo – Prestação de serviços à comunidade ou pecuniária – Imposição – Possibilidade. 1. A Quinta Turma desta Corte, na linha externada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, admite a imposição de prestação de serviços à comunidade ou de prestação pecuniária como condição especial para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, desde que a medida se mostre adequada ao caso concreto, observados os princípios da adequação e da proporcionalidade. Precedentes (STJ – AgRg no HC 226743/BA – 5ª T – Rel Gurgel Guerra de Faria – j. 05.03.2015).*

E - Lei 12.850/13 - Art. 4º *O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal,*

desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados...

OBS: como se vê, nem o MP, ao propor o acordo, nem o juiz, ao homologá-lo, está adstrito a um mínimo de pena corporal como referência condicional à aplicação de pena restritiva de direitos. Ou seja, nada impede que na costura do acordo se estabeleça que, além (ou em vez) de cumprir tanto tempo de pena privativa de liberdade, o réu se comprometa a prestar serviços à comunidade por 1, 2, 3, 4, 5, 6 meses, por exemplo. Até porque onde cabe ao juiz perdoar, por qual razão não caberia aplicar somente prestação de serviços por poucos meses?

F - Lei 9.503/97 - Art. 312-A. *Para os crimes relacionados nos art. 302 a 312 deste Código, nas situações em que o juiz aplicar a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, esta deverá ser de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, em uma das seguintes atividades: [\(Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016\).](#)*

OBS: ao dizer de que modo se deve dar a prestação de serviços à comunidade por condenação pelos crimes do CTB, o legislador não se mostrou preocupado em restringir a substituição somente às penas que superarem a base, que é de seis meses de detenção para os crimes dos art. 303, 305, 306, 307, 308, 309, 310 e 312, ou seja, em todos os crimes, com exceção do homicídio culposo (art. 302 do CTB). De modo que, em todos esses crimes, imposta a pena base (seis meses), e sendo caso de substituí-la por restritiva de direitos (já que, conforme a situação, só a imposição de multa substitutiva não se mostra recomendável e confrontaria a súmula 171 do STJ²), não há como olvidar a **necessidade de que ela seja de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas** na forma dos incisos I, II, III e IV do art. 312.

G - Lei 8.069/90 (ECA) - Art. 117. *A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais. Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis,*

² **Súmula 171** – *Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.*

de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

OBS: como se vê, **no caso de ato infracional**, se o juiz escolher dentre as penas possíveis (art. 112) a de **prestação de serviços** (inciso III), deverá fixá-la em **até** seis meses, ou seja, justamente o contrário da letra do art. 46 do Código Penal.

Logo se vê que inexiste no ordenamento jurídico declarada preocupação com limitação de piso da prestação de serviços à comunidade. Havendo, pelo contrário, preocupação com o máximo no caso de se tratar de equivalente medida socioeducativa.

Como ensina **BRENNER DE MORAIS**, *quando uma regra jurídica é elaborada, e entra em vigor, passa a integrar a ordem jurídica, como conjunto de normas ordenadas em institutos e sistemas. Sua vigência e comandos se correlacionam com a vigência e comandos das normas preexistentes, podendo, eventualmente, umas influir sobre o sentido de outras, cabendo ao intérprete, em decorrência, visualizar e compreender o conteúdo das várias normas, garantindo o equilíbrio e a unidade do sistema jurídico. Nesta tarefa de descortinamento, ajusta a norma à realidade, de modo que, na busca de harmonizá-la com os comandos das demais normas que integram o ordenamento, ao intérprete cabe comparar o dispositivo com outros referentes ao mesmo objeto, estejam no próprio diploma interpretado, na Constituição ou nas leis esparsas, verificando e compreendendo o conjuntural tratamento jurídico.*³

Então, o que se exige do intérprete mais arguto é que ao menos desconfie do entendimento que crava singelamente que a alteração do “caput” do art. 46 do Código Penal (pela Lei 9.714/98) revela proibição peremptória a ser observada na estreiteza de sua formulação semântica, pois o ordenamento no qual referido dispositivo está inserido desautoriza tal compreensão especialmente ao fazer tábula rasa das mais difundidas explicações inventadas em sua homenagem: (1) **DAMÁSIO DE JESUS** - *o legislador entendeu que, se imposta a pena inferior a seis meses e um dia, sua duração não seria suficiente para produzir o desejado efeito ressocializador* (“**Penas Alternativas**” - Ed. Saraiva, 1999, pag. 154); (2) **JORGE DE FIGUEIREDO DIAS** - o sentido do limite mínimo residiria na

³ **BRENNER DE MORAES**, Carlos Otaviano, “Lei 9.714/98 e o Tráfico de Entorpecentes”. Extraído de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5405,

operacionalização da pena alternativa, possibilitando, inclusive, que o réu receba um treinamento para a execução das tarefas a ele atribuídas (“**Direito Penal Português**”, 2005, p. 374); (3) **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** – *exige-se o piso mínimo de seis meses para a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade, provavelmente para incentivar [não OBRIGAR] o magistrado a aplicar outras modalidades de restrição de direitos, como a prestação pecuniária ou a perda de bens ou valores, bem como para facilitar a fiscalização e o cumprimento. Afinal, é dificultosa a mobilização para cumprir apenas um ou dois meses de prestação de serviços, escolhendo o local, intimando-se o condenado e obtendo-se resposta da entidade a tempo de, se for o caso, reverter a pena em caso de desatendimento* (“**Manual de Direito Penal – Parte Geral**”, RT, 3ª edição, p. 422).

Daí serem:

(1) **bastante louváveis as ponderações doutrinárias**, ora advogando ter havido, na redação do art. 46 do CP, a consubstanciação de um equivoco por parte do legislador (**BITENCOURT**, Cezar Roberto – “**Penas alternativas**”, 2013, p. 161); ora sustentando a inadequação das razões invocadas para a limitação legislativa, em especial para o fundamento mencionado no item “2” acima (Figueiredo Dias): *essa justificativa não convence, primeiramente, porque as tarefas que deverá executar não lhe são estranhas, e sim atribuídas conforme a sua aptidão (CP, art. 46, parágrafo 3º) e, em segundo lugar, porque, ao fixar esse limite, o legislador reduziu o proveito político-criminal da alternativa que, nos dizeres do próprio FIGUEIREDO DIAS, é “a criação mais relevante até hoje verificada, do arsenal punitivo de substituição da pena de prisão”, bastando atentar que, em crimes de menor potencial ofensivo, alguns agentes ficarão órfãos desse substitutivo, pois a pena não superará os seis meses* (**MARTELLI**, João Paulo Orsini e **DE BEM**, Leonardo Schmitt – “**Lições Fundamentais de Direito Penal**”, parte geral, saraiva, 3ª edição, 2018, p. 916);

(2) **bastante inaceitáveis rasos comentários** como o de Fernando **CAPEZ** (“**Código Penal Comentado**”, saraiva, 2015, p. 129) no sentido de que a prestação de serviços à comunidade *é aplicável às condenações superiores a 6 meses de privação de liberdade*, de modo a não poder ser imposta a quem foi condenado a pena inferior: **STF, HC 85612/RJ, 1ª T, Rel. Min. Eros Grau, j.**

24-5-2005. Não bastasse não se apoiar em raciocínio justificado e próprio, reporta-se a julgado que, conquanto seja da lavra de eminente ministro do pretório excelso, não vai além de repetir a letra do art. 46, cingindo-se, pois, a análise excessivamente superficial: *4. Por outro lado, a pena privativa de liberdade – 4 meses de detenção – pela sua quantidade, não pode ser substituída por prestação de serviços à comunidade, eis que inferior ao limite mínimo previsto no caput do artigo 46 do CP [...] Ante o exposto, na linha do parecer da PGR, concedo a ordem, parcialmente, para anular a substituição da pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade e determinar ao juízo de origem que proceda à nova substituição por outra modalidade de pena restritiva de direitos.*⁴

Mais ilustrativo ainda da necessidade de que aqui a interpretação deva ser **menos isolada e gramatical, e mais sistemática e teleológica**, é o **art. 76 da Lei 9099/95**, que admite que o MP proponha transação com prestação de serviços por qualquer tempo ao apontado autor do fato - e sem qualquer vinculação a montante mínimo de pena privativa de liberdade cominada no tipo. O que leva a pensar que se o titular da ação penal pode fazê-lo – como de fato faz - sem periclitare o “desejado efeito ressocializador” (DAMÁSIO), a “operacionalização da pena alternativa” (FIGUEIREDO DIAS) ou a “facilidade de fiscalização e cumprimento” (NUCCI), por que não o poderia o magistrado que, incumbido de julgar, tem o dever - mais que ninguém - de individualizar a pena com consideração de sua suficiência e adequação para efeitos de reprovação e prevenção do crime (**art. 59 do Código Penal**)?

Com efeito, entende-se atualmente – como já mencionado acima - que nem há necessidade de cominação de pena privativa de liberdade para que, na forma de transação penal, ao autor do crime seja imposta pena restritiva de direitos, que nos juizados, como sói acontecer, é, geralmente, de entrega de cestas básicas ou de prestação de serviços por poucos meses. Confira-se **ENUNCIADO 20 do FONAJE – A proposta de transação de pena restritiva de direitos é cabível, mesmo quando o tipo em abstrato só comporta pena de multa.**

Quer dizer: se independentemente da escala hipotética de pena (cominada) pode-se aplicar (mediante homologação de transação) prestação de

⁴ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79996>

serviços por um, dois, três, quatro, cinco ou seis meses – como sói acontecer diuturnamente nos juizados criminais -, por qual razão não poderia o juiz, no momento da concretização da sanção penal (na SENTENÇA), avaliando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, ponderar e impor como mais adequada e eficiente a prestação de serviços à comunidade?

Que pena seria adequada à substituição, por exemplo, de seis meses de detenção aplicados a sujeito condenado por dirigir sem habilitação (art. 309 do CTB) ou de três meses de detenção aplicados por lesão corporal (art. 129, “caput”), e que, além de não ter renda suficiente para arcar com prestação pecuniária, trabalha aos fins de semana de modo a inviabilizar que lhe seja imposta, com alguma chance de ser cumprida, limitação de fim-de-semana?

Que pena seria recomendável, tomado o exíguo arsenal brandido pelo legislador no art. 8º da Lei 9.605/98, à substituição de três meses de detenção aplicados a morador de rua condenado por pichar edificação pública (art. 65 da mesma lei)?

E que pena seria de se aplicar a sujeito que, reincidente genérico, é condenado à pena de um mês e quinze dias de detenção e não tem condições de arcar com prestação pecuniária e não tem sábados e domingos livres?

Oportuna é a lição do saudoso Heleno Cláudio **FRAGOSO** que, citando BRÍCOLA, realça como condicionante de uma verdadeira e salutar individualização da pena, a conferência de poder discricionário ao juiz: *O ordenamento jurídico confere ao juiz o poder de aplicar a pena. Trata-se de saber para que fim esse poder foi atribuído ao juiz. Parece claro que o juiz possui esse poder para atuar os fins próprios do direito penal, que são, como já vimos, o de prevenir a prática de crimes. Conquanto se costume falar em “arbitrio judicial”, em realidade, o juiz não exerce aqui um poder arbitrário, mas sim um poder discricionário. Isso significa que o juiz não pode aplicar a pena, dentro dos parâmetros legais, segundo seu arbitrio. Como ensina Brícola, por discricionariedade não se deve entender o poder de adotar, com base na simples oportunidade, o tratamento mais idôneo, mas sim a renúncia, por parte do legislador em fixar abstratamente um conteúdo de valor, para deixá-lo em concreto à apreciação do juiz. O juiz está adstrito à aplicação da pena justa. O que separa o*

arbítrio da discricionariedade é a obrigação de motivar a aplicação da pena (“**Lições de Direito Penal**”, forense, 8ª edição, Rio de Janeiro, 1985, p. 334/335).

Aliás, mesmo que se tomasse por norma de comando proibitivo o “caput” do art. 46, caberia reforçar o que já foi considerado por BRENNER DE MORAIS com as lições de Norberto **BOBBIO** in “**Teoria do Ordenamento Jurídico**” no sentido de **ser impositivo ao juiz, interpretar as leis de modo a preservar a coerência do ordenamento que elas estão a compor. Eliminando aparentes antinomias** (também denominadas “solúveis”) que, entre normas do mesmo nível hierárquico sucessivas no tempo (ver, por exemplo, que a redação do art. 46 do Código Penal é de 1998, ao passo que a redação do art. 28 da lei 11.343 é de 2006, a redação do art. 312-A do CTB é de 2016, o art. 4º da lei 12.850 é de 2013 e o art. 17 da Lei 11.340 é de 2006), carecem ser resolvidas pelo critério cronológico da *lex posterior derogat priori* (derrogação imprópria, é bom que se diga).

Não valendo objetar, também, que tal critério não se aplicasse em função da especialidade das normas posteriores, já que a especialidade, aqui, não justifica a distinção de tratamento, especialmente na base dos argumentos utilizados para sustentação da limitação temporal imposta no art. 46, quais sejam, insuficiência da duração para consecução dos fins ressocializadores, necessidade para adequada fiscalização e/ou para operacionalização da pena mediante treinamento de quem deva cumpri-la.

Numa pergunta: o que haveria de especial, em comparação com os demais crimes do Código Penal, no cumprimento de pena restritiva de direitos por tempo não superior a seis meses calcada na lei de tóxicos, na lei dos crimes ambientais, na lei Maria da Penha, no Código de Trânsito Brasileiro, no âmbito de colaboração premiada e, ainda, por força de homologação de transação penal (art. 76 da Lei 9099/95) ou de suspensão condicional do processo (art. 89, parágrafo 2º, da Lei 9.099/95)?

Noutra: por que nos casos destacados não haveria problema em se cumprir prestação de serviços por tempo não superior a seis meses e nos crimes do código penal haveria o festejado empecilho?

E mais: o que explica tratar a pena de prestação de

serviços como inadequada para substituição de penas não superior a seis meses e como proibida como medida socioeducativa superior a seis meses?!

De mais a mais, não há como inferir abstratamente (sem considerar o real impacto na vida do específico condenado) uma correlação apriorística de maior gravidade – fosse essa a premissa distintiva - da prestação de serviços à comunidade em relação às demais restritivas de direitos, de modo a justificar reservá-la para substituição só de penas maiores que seis meses. Como se sabe, o juiz pode muito facilmente estabelecer, por exemplo, que a pena substitutiva à de prisão seja de vários salários-mínimos de prestação pecuniária, com regime inicial semiaberto para o caso de revogação. O que não implica dizer que isto seja mais benéfico ao condenado para quem o dinheiro seja mais escasso, de mais árdua obtenção.

Não à toa, tornou-se muito comum a formulação de propostas de transações penais com imposição de penas alternativas às alternativas, preservando a escolha do autor do fato conforme lhe parecer mais conveniente cumprir uma pena ou outra, valendo o exemplo que pode ser buscado no cotidiano dos, nos quais consta da maioria das homologações, aceitação de entrega de cestas básicas **OU** cumprimento de poucos meses de prestação de serviços à comunidade (geralmente em escola ou hospital).

Logo, a busca de vinculante escala de severidade que reservasse à pena de prestação de serviços caráter de maior gravidade que a justificasse, por correlação, à substituição somente de penas superiores a seis meses, ganha ares de bisonhice, já que, desapegada do que dispõe a lei (inclusive o Código Penal - antes e depois da alteração de 1998), e lastreada em mera abstração (exercício de futurologia com desconsideração do real impacto que cada pena concretizada acarreta na rotina e na vida do específico condenado - individualização).

Ora, já se parou para pensar que talvez a “reserva” da “prestação de serviços” à substituição de penas de prisão superiores a seis meses decorra mais de infeliz tentativa de harmonização do texto do caput do art. 46 com o do art. 60, parágrafo segundo, e 44, parágrafo segundo, depois de promovidas as alterações da lei 9.714/98? Já se considerou que onde o legislador disse, no “caput” do art. 46, “prestação de serviços à comunidade” ele pode ter se referido mais

propriamente a “pena restritiva de direitos” (tomando a espécie mais comum pelo todo) no ímpeto de reforçar a ideia de que, em sendo possível (presentes os requisitos legais e consideradas as circunstâncias do art. 59 do CP), deva ser observada **escala preferencial de substituições: só por multa** (até seis meses – art. 60, parágrafo 2º), **por multa ou por uma restritiva de direitos** (entre seis meses e um ano – art. 44, parágrafo 2º, primeira parte); e **restritiva de direitos cumulada com restritiva de direitos ou com multa** (se a pena for superior a um ano – art. 44, parágrafo 2º, segunda parte)? Já se observou, ademais, que a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana (obrigação de permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento – com possibilidade de atribuição de cursos e atividades – art. 48 e parágrafo único do Código Penal) podem ser, assim como a prestação pecuniária, mais severas ao apenado?

Não nos esqueçamos de que a “limitação de fim de semana” nada mais é do que “prisão de fim de semana” (FRAGOSO, ob. citada, p. 324), o que talvez explique quase nunca constar como objeto de propostas de transação penal ou como alvo da preferência do réu ou autor do fato que tiver de cumprir sanção alternativa à prisão.

Proponha ao réu cumprir quatro meses de prestação de serviços (sete horas semanais em horários e atividades a ajustar, conforme suas habilidades e disponibilidades) e cumprir o mesmo tempo de limitação de fim de semana (cinco horas no sábado e cinco horas no domingo em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, eventualmente sendo submetido a cursos, palestras ou outras atividades). Veja o que será de sua preferência.

E mais. O que é mais difícil de organizar e fiscalizar? A atribuição de trabalho em alguma escola ou unidade de saúde que já funciona habitualmente e onde atividades corriqueiras e de baixa complexidade são facilmente encontráveis? Ou a atribuição de realização de cursos, palestras e atividades em casas

de albergado ou estabelecimentos “adequados” que são praticamente inexistentes⁵?

Como se vê, a interpretação do direito merece ser mais sofisticada e abrangente. Não se recomendando ao exegeta verdadeiro aventurar-se à interpretação legal assistemática e de forma apartada das consagradas **regras de hermenêutica**, que remontam, em muitos casos, ao tempo de **Justiniano**: 1) só se as palavras da lei são conformes com a razão é que devem ser tomadas no sentido literal; 2) deve ser evitada a supersticiosa observância da lei que, olhando só a letra dela, destrói sua intenção; 3) os textos da mesma lei devem ser entendidos uns pelos outros, atentando-se para o fato de que as palavras antecedentes e subseqüentes declaram o seu espírito; 4) está na disposição da lei não só o que se enxerga em sua letra como também o que é conforme ao seu espírito; 5) na interpretação deve-se sempre preferir a inteligência que faz sentido à que não faz (fonte: **LIMONGI FRANÇA**, Rubens – “**Hermenêutica Jurídica**”, RT, 11ª edição, 2011).

Neste sentido, vale citar outros julgados de minha relatoria:

Apelação. Descumprimento de medidas protetivas. Pleito defensivo buscando a absolvição do recorrente. Não acolhimento. A incapacidade financeira do apelante não justifica o descumprimento da decisão judicial. Ademais, há relatos de que o réu profere ofensas e chuta a porta da residência, a denotar que tinha intenção de interferir na incolumidade psíquica da ofendida. Condenação mantida. Dosimetria da pena que merece reparo para substituir a reprimenda corporal por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. Inaplicabilidade da súmula 588 do STJ, já que não se trata de delito cometido com violência ou grave ameaça propriamente dita. Prequestionamento efetuado. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Criminal 1505039-64.2023.8.26.0270; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itapeva - 1ª Vara Judicial;

⁵ Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, inexistindo Casa de Albergado ou outro estabelecimento prisional adequado à fiel execução da sentença que condenou a ré à pena de **limitação de fim de semana**, concede-se, excepcionalmente, a prisão domiciliar. **Encontrado em:** RECURSO PROVIDO Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL 26/03/2013 - 26/3/2013 Agravo em Execução Penal AGEPN 10016120053406001 MG (TJ-MG) Rubens Gabriel Soares.

Data do Julgamento: 02/07/2024; Data de Registro: 02/07/2024)

Apelação. Descumprimento de medidas protetivas. Pleito defensivo buscando a absolvição do recorrente. Tese de que a reconciliação do casal afasta a necessidade de condenação. Não acolhimento. A retomada do relacionamento não é causa de exclusão da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade. Precedentes. Condenação mantida. Dosimetria da pena que merece reparo para substituir a reprimenda corporal por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. Inaplicabilidade da súmula 588 do STJ, já que não se trata de delito cometido com violência ou grave ameaça. Prequestionamento efetuado. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Criminal 1502028-90.2022.8.26.0616; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Poá - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/11/2023; Data de Registro: 19/11/2023)

Apelação. Descumprimento de medidas protetivas. Crime cometido no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher. Pleito defensivo visando a reforma da r. sentença diante da fragilidade probatória. Impossibilidade. Vítima que prestou relato coerente, narrando com detalhes a prática delitiva. Seu depoimento foi corroborado pelas testemunhas que presenciaram os fatos. Não há qualquer indício de que a vítima e as testemunhas tenham apresentado versão fantasiosa ou que tenham tido intenção de prejudicar o recorrente. Condenação mantida. Dosimetria da pena e regime inicial que não merecem reparos. Dá-se, contudo, provimento parcial ao recurso para, mantida a condenação, a pena e o regime, aplicar a substituição do art. 44 do CP e 17 da Lei 11.340/06: prestação de serviços comunitários pelo mesmo prazo da sanção corporal, ou seja, por três meses, na forma a ser definida pelo juízo das execuções (exegese do art. 46 do CP). (TJSP; Apelação Criminal 1500991-93.2020.8.26.0617; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher; Data do Julgamento: 17/12/2021; Data de Registro: 17/12/2021)

De modo que fica a pena corporal, portanto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Regime inicial aberto em caso de revogação do

benefício.

Consigno, por oportuno, que o Julgador não está obrigado a rebater ponto a ponto, todas as questões apresentadas em sede de recurso, quando já tenha apresentado fundamentação suficiente para expor seu ponto de vista. A propósito do tema, cito recente precedente do C. Superior Tribunal de Justiça que, inclusive, indicou não ser possível a interposição de embargos de declaração para tal fim:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ALEGADA OMISSÃO QUE NÃO SE VERIFICA. APARENTE IRRESIGNAÇÃO QUANTO AO RESULTADO DO JULGAMENTO QUE NÃO AUTORIZA O MANEJO DOS DECLARATÓRIOS. EMBARGOS DO MPF REJEITADOS. 1. O cabimento dos embargos de declaração pressupõe, nos termos do art. 619 do CPP, que se aponte ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no decisum, absolutamente não se admitindo que o recurso seja manejado para veicular simples irresignação quanto ao resultado do julgamento. 2. No caso ora sob exame, embora o embargante afirme que circunstâncias reveladoras da especial gravidade concreta do suposto delito de tráfico de drogas ilícitas não teriam sido enfrentadas - especialmente pela quantidade de entorpecentes e pelo vínculo com organização criminosa -, a leitura do acórdão objeto desta impugnação revela que tais questões foram devidamente relatadas e sopesadas, apenas resultaram em conclusão diversa da desejada pelo embargante. 3. Somado a isso, destaco que "o julgador não é obrigado a rebater cada um dos argumentos aventados pela defesa ao proferir decisão no processo,

bastando que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte" (AgRg no AREsp 1.009.720/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 05/05/2017). 4. Assim, resolvidas as questões com fundamentação satisfatória, acaso a parte não se conforme com as razões declinadas ou considere a existência de algum equívoco ou erro de julgamento, não são os embargos, que possuem função processual limitada, a via própria para impugnar o julgado ou rediscutir a causa. 5. Assim, apesar dos argumentos apresentados pelo MPF, não há elementos que justifiquem o acolhimento dos embargos de declaração. 6. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no RHC n. 156.423/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022.)

Por fim, analisados os fatos e o Direito apresentados, dou por prequestionada toda a questão trazida a Juízo, para o fim de eventual interposição de recursos às Cortes Constitucionais.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo para substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. Mantida, no mais, a r. sentença conforme proferida.

XISTO RANGEL

RELATOR