

19/10/93

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 70650-9 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MINISTRO CELSO DE MELLO
PACIENTE : NICEPHORO COIMBRA DE OLIVEIRA
IMPETRANTE: CLAYDE LUIZ MARTINELLI
COATOR : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

E M E N T A: PENA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO REGIME PENAL ABERTO - POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO - CONDENADO PRIMÁRIO - ESTIPULAÇÃO DA PENA EM LIMITE SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL - ATO FUNDAMENTADO - VALIDADE - RECUSA DO SURSIS - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - PEDIDO CONCEDIDO EX OFFICIO.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o magistrado sentenciante fixar a pena em limite superior ao mínimo legal, desde que indique concretamente as razões justificadoras da exacerbação penal.

- O Código Penal não obriga o magistrado sentenciante, mesmo tratando-se de réu primário e sujeito a pena não superior a quatro anos de prisão, a fixar o regime penal aberto. O direito positivo brasileiro permite ao juiz impor ao sentenciado regime penal mais severo, desde que o faça em decisão suficientemente motivada. A opção pelo regime aberto constitui mera faculdade legal reconhecida ao magistrado sentenciante.

- O ato do Tribunal que deixa de fundamentar a decisão denegatória do sursis constitui situação configuradora de injusto constrangimento ao status libertatis do condenado.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de **habeas**



[Handwritten signature]

01732010
03490700
06501000
00000190

Supremo Tribunal Federal

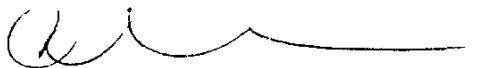
HC 70.650-9 ES

48

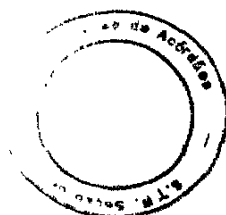
corpus, e conceder, ex officio, a ordem.

Brasília, 19 de outubro de 1993.

MOREIRA ALVES - PRESIDENTE



CELSO DE MELLO - RELATOR



19/10/93

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N° 70650-9 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MINISTRO CELSO DE MELLO
PACIENTE : NICEPHORO COIMBRA DE OLIVEIRA
IMPETRANTE: CLAYDE LUIZ MARTINELLI
COATOR : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

R E L A T Ó R I O

01732010
03490700
06502000
00000220

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Nicephoro Coimbra de Oliveira contra acórdão proferido pela Eg. Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no ponto em que este, ao julgar a apelação interposta pelo ora paciente, manteve o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Alega-se, para tanto, que o regime penal fixado carece da devida fundamentação e que o ora paciente preenche os requisitos para iniciar, desde logo, o cumprimento da pena em regime aberto.

O ora impetrante deduziu, em síntese, as seguintes alegações, com o objetivo de fundamentar a pretensão de direito material por ele manifestada (fls. 4/5), **verbis**:

"Justifica-se, também, o pedido a esta E. Corte posto que o Paciente respondeu processo crime por infração aos Arts. 129 e 329, § 1º, (concurso Material - art. 69), todos do Código Penal, com mandado de Prisão expedido pelo MM.



(1) (1) —

Juiz da 5ª Vara de Execuções Criminais - Comarca da Capital - Juizado de Vitória - Espírito Santo, constando como se pode ver, sentença de 03 (três) anos e 06 (seis) meses, sem todavia constar o regime, e isto veio contrariar o que na realidade decidiu o Venerando Acórdão, que fixará a pena total em 01 (um) ano e 06 (seis) meses em Regime semi-aberto (docs. anexos), sem contudo justificar a manutenção do referido regime.

Por outro lado, entende ser o paciente merecedor do Regime-Aberto em virtude do que dispõe o Art. 33 do Código Penal, § 2º, alínea "c" **in verbis**:

'O Condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 04 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em Regime-Aberto'.

Ora, a pena foi reduzida a 01 (um) ano e 06 (seis) meses, mas manteve-se o regime anterior, sem uma fundamentação que justificasse tal procedimento, fato incompatível, salvo melhor entendimento, com o disposto no diploma repressivo supra citado.

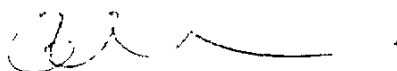
Como declarado, 'não houve antecedentes criminais' e o paciente goza de ótimo conceito social, é comerciante há vários anos, proprietário rural, e, radicado com sua família

(esposa e filhos) no foro da culpa, acrescentando ainda, ser portador de doença cardíaca (doc. anexo), que inspira cuidados e medicação no horário certo, às vezes sendo levado urgente para tratamento hospitalar."

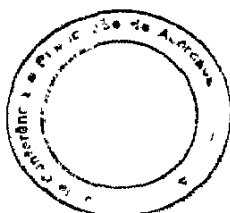
Prestadas as informações pelo órgão ora apontado como coator (fls. 38/44), manifestou-se o Ministério Público Federal pela **denegação da ordem** (fls. 46/48), em parecer assim ementado:

"EMENTA: **Habeas corpus** não é via adequada para reexame do reexame de regime inicial de cumprimento da pena, que depende de dados objetivos e subjetivos, não sendo estes últimos passíveis de ponderação na via estreita do **habeas corpus**."

É o relatório.



/olc.



V O T O

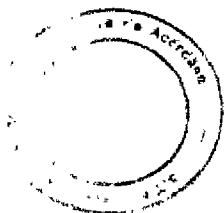
O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (RELATOR) - A
douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do
ilustre Subprocurador-Geral, Dr. HAROLDO FERRAZ DA NÓBREGA,
assim apreciou a pretensão deduzida pelo ora impetrante (fls.
46/48), **verbis**:

*"Nicephoro Coimbra de Oliveira, pelo delito
de resistência violenta, contra Fiscal de
Tributos Federais, fora condenado em 1ª instância
a 3 anos e 6 meses de reclusão, no regime
semi-aberto, correspondendo a pena imposta a 2
anos de reclusão pelo delito de lesão corporal
grave e a 1 ano e 6 meses de reclusão pela
resistência.*

*Em grau de apelação, o Colendo Tribunal
Regional Federal da 2ª Região desclassificou a
lesão corporal grave para leve - pela falta de
adequado laudo complementar - e reduziu a pena da
resistência para 1 ano de reclusão.*

Eis, sobre o tema, a conclusão do acórdão:

*'Sendo assim, não havendo antecedentes
criminais, a pena relativa à lesão corporal
deve ser fixada em seis meses de detenção*



4

(Handwritten signature)

(art. 129 do C.P.), e em um ano de reclusão pelo crime de resistência (art. 329, § 1º, C.P.), reconhecido o concurso material (art. 69 do C.P.), num total de um ano e seis meses, mantendo-se a sentença quanto ao regime semi-aberto.' (fls.20)

Agora, através do presente **habeas corpus**, insurge-se o impetrante contra o regime inicial de cumprimento da pena que lhe foi imposta.

Diz que não compreende a manutenção do regime na superior instância, apesar da sensível redução da pena que lhe foi imposta.

Salienta que o paciente tem bom conceito social e é portador de doença cardíaca - 'que inspira cuidados e medicação no horário certo, às vezes sendo levado urgente para tratamento hospitalar' (autos, fls. 05) - o que reforçaria a tese da aplicação ao caso do regime aberto.

O **habeas corpus** não se credencia ao deferimento. A questão da fixação do regime inicial de cumprimento da pena envolve ponderação de dados objetivos e subjetivos, sendo que estes últimos não se prestam ao reexame na via estreita do **habeas corpus**.

Sinale-se, ainda, que, embora reduzindo a



pena, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo não alterou o patamar onde ficara situada a pena do réu, quando da condenação em 1ª instância. Aliás, o paciente não poderia descer de patamar com relação à pena, pois a pena de 1ª instância ficara dentro do patamar mais baixo - pena não superior a 4 anos, art. 33, § 2º, c do CP - pelo que tanto o Magistrado, quanto o Tribunal poderiam ter fixado o regime aberto para início do cumprimento da pena. Se não o fizeram é porque não consideraram o regime possível (aberto) adequado como resposta ao comportamento do réu.

Pondere-se ainda que a lei determina assistência médica ao detento (art. 11, II), em qualquer dos regimes penitenciários em que se encontre.

O parecer, destarte, é pela denegação do writ."

O ora paciente foi condenado pela prática, em concurso material, dos delitos de lesões corporais leves e de resistência qualificada.

Essa condenação - proferida pela Justiça Federal - impôs-lhe a pena de seis meses de detenção (CP, art. 129, caput) e de um ano de reclusão (CP, art. 329, § 1º), num total, portanto, de um ano e seis meses de privação da liberdade individual.

Ficou consignada nos autos do processo penal de conhecimento a inexistência de antecedentes criminais do paciente, razão pela qual foi ele expressamente considerado réu primário (fls. 17/18).

A circunstância da primariedade do ora paciente não lhe assegura, **só por si**, o direito à estipulação da pena referente ao delito de lesões corporais leves em seu grau mínimo (três meses). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o magistrado sentenciante fixar a pena em limite superior ao mínimo legal, desde que indique concretamente - tal como no caso o fez - as razões justificadoras da exacerbação penal:

"A simples primariedade do acusado não obriga o julgador a fixar a pena-base no mínimo legal, especialmente se a decisão judicial, após valorar as circunstâncias referidas no art. 59 do Código Penal, considera-as, em ato fundamentado, de extrema gravidade, em ordem a justificar a sua definição e qualificação em limites juridicamente mais gravosos."

(HC 68.737, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 28.08.92)

Fixou-se, como regime inicial de cumprimento da pena, o regime semi-aberto, não obstante o explícito reconhecimento judicial de que o paciente, além de primário, possui bons antecedentes (fls. 18).

O regime penal cabível em tese seria, no caso, o regime aberto (CP, art. 33, § 2º, c). Contudo, o órgão ora apontado como coator - apoiando-se nas razões constantes da sentença condenatória (fls. 17/18) - impôs regime penal mais gravoso, em face do "elevado grau de censurabilidade da conduta do réu", da maior gravidade objetiva do fato e das condições pessoais da vítima.

O acórdão ora impugnado, ao manter o regime penal semi-aberto, incorporou ao seu texto os fundamentos constantes da sentença condenatória proferida pelo magistrado de primeiro grau (fls. 20).

O juízo sentenciante assim resumiu a peça acusatória formulada pelo Ministério Público Federal (fls. 11):

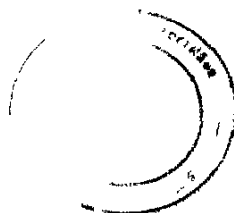
"O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, estribado no Inquérito Policial nº 128/86/SR/DPF/ES, ofereceu denúncia contra NICEPHORO COIMBRA DE OLIVEIRA, já identificado nos autos, dando-o como incurso nas sanções dos arts. 129, § 1º, inc. I, e 329, §§ 1º e 2º, c/c arts. 14, I, e 69, do Código Penal Brasileiro, porque, segundo a denúncia de fls. 02/03:

'No dia 11 de agosto de 1986, o Denunciado, no interior de seu estabelecimento comercial, agrediu violentamente YEDDA SILVA VALLS, com garrafas e engradados de bebidas,

provocando-lhe lesões corporais graves, uma vez que resultou na incapacidade da vítima para exercer suas ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias (v. laudo às fls. 08, do apenso). Saliente-se que a agredida, Auditora Fiscal do Tesouro Nacional, encontrava-se no cumprimento de seus deveres funcionais, tendo sido obstaculizada, mediante violência grave, de concluir a missão de fiscalizar o recolhimento aos cofres federais do imposto sobre produtos industrializados relativo à produção de bebidas (v. Of. DRF/ES nº 439/86, às fls. 25 do apenso)'."

A prolação do decreto condenatório e a fixação do regime penal semi-aberto constituíram objeto de expressa motivação pelo magistrado de primeira instância, que justificou o seu pronunciamento nos seguintes termos (fls. 13/15 e 17/18), **verbis:**

"No dia e hora assinalados na denúncia, os Auditores Fiscais do Tesouro Nacional, YEDDA SILVA VALLS e LUIZ CEZAR GARCIA estiveram no estabelecimento do Réu, situado na rua Jerônimo Monteiro, nº 285, no Município de Itarana, neste Estado, para realizarem uma fiscalização do recolhimento do imposto sobre produtos industrializados, relativo à produção de bebidas alcóolicas.



[Handwritten signature]

Ao adentrarem o estabelecimento, tiveram um primeiro contato com o empregado PAULO JOSÉ DO VALE, a quem indagaram se era o proprietário do estabelecimento, cientificando-o de que eram fiscais do Tesouro Nacional e que ali se encontravam em missão oficial, tendo o referido empregado lhes dito não ser o proprietário, mas que iria chamá-lo.

Entrementes, os auditores fiscais se encaminharam ao depósito de bebidas, uma das dependências do estabelecimento do réu, dando início à fiscalização. Pouco tempo depois chegou o acusado. Ao ver que os auditores haviam descoberto algumas garrafas sem o selo de controle do IPI, ficou transtornado e passou a agredir a ambos os fiscais, tendo inclusive apanhado duas garrafas, quebrando-as nos engradados, atingindo várias vezes a parte posterior da cabeça da Dra. YEDDA, causando-lhe as lesões corporais indicadas no exame de corpo de delito (fls. 13).

A prova oral incrimina frontalmente o denunciado. Afirmou a testemunha LUIZ CEZAR GARCIA que 'quando no estabelecimento comercial de NICEPHORO COIMBRA DE OLIVEIRA, encontraram algumas garrafas sem o referido selo, quando tal fato foi descoberto o proprietário NICEPHORO



COIMBRA DE OLIVEIRA ficou alucinado e começou a agredir a ambos (fls. 14). Aduziu ainda a testemunha que, com relação à vítima, 'o fato foi mais grave, pois a mesma foi violentamente agredida por NICEPHORO, tendo o declarante presenciado quando o proprietário do estabelecimento quebrou duas garrafas e pelas costas de dona YEDDA batia com os ditos cascos quebrados em sua cabeça, presenciando que dona YEDDA já sangrava abundantemente, caindo sobre uns engradados de bebidas' (fls. 14). Afirmou a testemunha ter visto quando o Réu suspendeu um engradado de bebidas para arremessá-lo contra dona YEDDA que 'já se encontrava caída ao solo, semi-consciente' (fls. 14). Disse mais, que dona YEDDA estava sem condições para se locomover, em face das agressões sofridas, e que 'na primeira oportunidade que teve após gritar para' que dona YEDDA saísse do local, conseguiu ajudá-la a se locomover, amparando-a em seu ombro, dirigindo-se para a rua, pedindo socorro e que chamassem a polícia' (fls. 14). Em Juízo, após confirmar as declarações prestadas na Polícia, essa testemunha acrescentou que a fiscalização fora concluída por outros auditores, já que nem ele, nem a Dra. YEDDA estavam em condições de fazê-lo (fls. 81). Outra testemunha, ALBERTO RIBEIRO, viu quando a vítima, amparada pelo colega, conseguiu sair do estabelecimento, 'toda ensanguentada e mancando', e que LUIZ CEZAR 'pedia aos gritos que os fiscais



que ali se encontravam o ajudassem, chamando inclusive a polícia, pois ambos tinham sido agredidos pelo proprietário do supermercado, e dona YEDDA precisava de socorros médicos urgentes' (fls. 28). Quando do depoimento em Juízo, após confirmar tudo o que havia dito na polícia, a testemunha acrescentou que 'a agressão feita a dona YEDDA impediu a continuação da ação fiscal feita no estabelecimento por ela e por LUIZ CEZAR, tendo sido concluída pelo depoente e seu colega FRANCISCO CLEMENTINO MARTINS, (fls. 83). Uma terceira testemunha, FRANCISCO CLEMENTINO MARTINS, teve oportunidade de assistir quando 'Luiz Cezar, seu colega, saía do estabelecimento de NICEPHORO, carregando nos ombros dona YEDDA, que se encontrava toda ensanguentada, e gritando para que se chamasse a polícia' (fls. 82). Aduziu também que a vítima e o Sr. Luiz Cezar não conseguiram concluir a fiscalização no estabelecimento do Réu, 'em face da resistência por ele oposta e porque dona YEDDA estava com um olho machucado e toda ensanguentada, tanto que ficou mais de quarenta dias com o olho vedado' (fls. 82).

.....

In casu, as provas incorporadas aos autos tornam certo que o réu, NICEPHORO COIMBRA DE OLIVEIRA, se opôs à execução de ato legal,

consistente na fiscalização do recolhimento de tributos federais, mediante violência contra funcionários competentes para executá-lo. Em face da resistência, a vítima e o seu colega LUIZ CEZAR GARCIA não puderam concluir a fiscalização.

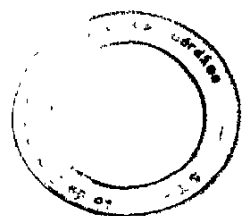
A violência praticada contra a Sra. YEDDA SILVA VALLS produziu as lesões descritas no exame do corpo de delito (fls. 13), de cujo laudo se vê ter a vítima sofrido lesões de que lhe resultou incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias.

Assim agindo, o réu praticou os crimes pelos quais foi denunciado.

O § 2º do art. 329 estabelece que haverá cúmulo material entre as penas cominadas à resistência e as que resultarem da violência(...).

.....

Passando à dosagem das penas, estou em que, apesar de não haver notícia de antecedentes, o elevado grau de censurabilidade da conduta do réu, notadamente em razão das condições pessoais da vítima, bem assim da desmotivação para tamanha crueldade; a maior gravidade do fato, posto que os funcionários tiveram que ceder em face da



violência praticada pelo Réu, são circunstâncias que aconselham, reprimenda acima do piso fixado para cada crime."

O juízo sentenciante, portanto - é o que se deduz da longa motivação do seu ato decisório -, ao estabelecer o regime penal semi-aberto, procedeu com rigorosa observância do art. 59, III, do Código Penal, fundamentando-se, para esse efeito, nas substanciosas razões que expôs para justificar a dosimetria penal.

O magistrado de primeiro grau, para definir o regime penal mais gravoso, considerou, **precisamente em face de sua concreta ocorrência**, os pressupostos legais concernentes à **conduta do paciente** (arbitrária, injustificável e violenta oposição ao regular cumprimento, por agente federal competente, de ato do seu ofício), **aos motivos do evento delituoso** (a inaceitável reação do agente que, de maneira cruel e covarde, atacou, pelas costas e a golpes de garrafa, a vítima, que é uma senhora idosa) e **às conseqüências do crime** (a frustração total do ato de fiscalização tributária, que não se realizou em virtude da resistência violenta manifestada pelo ora paciente).

Não procede, portanto, a meu juízo, a objeção de que o ato sentencial - neste ponto expressamente mantido pelo acórdão impugnado - não teria motivado, suficientemente, a fixação do regime penal semi-aberto imposto ao ora paciente.

O Código Penal, ao dispor sobre o tema em exame, prescreve que a determinação do regime inicial do cumprimento



da pena **deverá** fazer-se com estrita observância dos critérios previstos em seu art. 59, que define as circunstâncias judiciais pertinentes ao processo de aplicação das sanções penais.

E foi, precisamente, em face das razões consignadas na própria sentença condenatória o que no caso ocorreu. Sabemos que o Código Penal confere ao juiz a faculdade de, avaliadas as condições pessoais do condenado, determinar-lhe, fundamentadamente, o início do cumprimento da pena. Não se pode perder de perspectiva, sob tal aspecto, o que se contém no art. 33, § 3º, do Código Penal, que manda observar, na determinação do regime inicial de cumprimento da pena, também os critérios previstos no art. 59 do estatuto repressivo.

No caso, inobstante condenado o ora paciente à pena privativa de liberdade de 1 ano e 6 meses, nada impedia que o magistrado de 1º grau, em ato decisório devidamente fundamentado, impusesse ao réu o regime inicial semi-aberto.

O preceito inscrito no art. 33, § 2º, c, do Código Penal não obriga o magistrado sentenciante, mesmo tratando-se de réu primário e sujeito a pena não superior a quatro anos de prisão, a fixar o regime penal aberto. A norma legal em questão permite ao juiz impor ao sentenciado regime penal mais severo, desde que o faça em decisão suficientemente motivada. A opção pelo regime aberto constitui mera faculdade legal reconhecida ao magistrado sentenciante.

Supremo Tribunal Federal

HC 70.650-9 ES

64

Cumpre registrar, neste ponto, a decisão proferida por esta Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o HC 66.950-6, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJU de 10.02.89, deixou assentado que, **verbis**:

"O cumprimento em regime mais brando (...) não é decorrência automática da duração da pena, mas simples faculdade do juiz, que pode e deve evitá-lo, quando não satisfeitos os pressupostos estabelecidos no caput do art. 59 do Código Penal."

Vê-se, em suma, que, no caso, a determinação do regime inicial semi-aberto para o cumprimento da sanção privativa da liberdade, fixada pelo magistrado de 1º grau - e mantida pelo Tribunal **a quo** -, foi motivada adequadamente, atendendo aos critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, tornados de compulsória observância ante o que prescreve o § 3º, do art. 33, do estatuto penal, eis que, na espécie, as circunstâncias judiciais revelavam-se, à toda evidência, plenamente desfavoráveis ao ora paciente.

Anoto, finalmente, que o remédio constitucional do **habeas corpus** não se revela instrumento jurídico adequado ao exame dos critérios de índole subjetiva subjacentes à determinação do regime prisional inicial.

O juízo do magistrado que elege, com observância estrita da lei, em ato devidamente fundamentado, o regime de execução penal, não comporta revisão em sede de **habeas corpus**,



Supremo Tribunal Federal

HC 70.650-9 ES

65

desde que ausentes quaisquer situações caracterizadoras de ilicitude ou de abuso de poder.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"**Habeas Corpus. Regime de cumprimento da pena imposta. Faculdade do Magistrado de elegê-lo, atento às circunstâncias e conseqüências do crime. Juízo que não comporta revisão em sede de habeas corpus.**

Ordem denegada."

(RTJ 125/578)

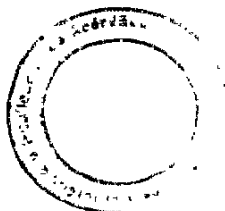
"**Habeas corpus. Pena. Regime de cumprimento. Questões insusceptíveis de se verem revisadas em Habeas corpus.**

Fixação da pena e do seu regime de cumprimento, segundo parâmetros legais e no âmbito da discricção legítima do magistrado singular. Hipótese estranha aos limites do Habeas corpus."

(RTJ 119/668)

"**Não é o habeas corpus instrumento adequado para reavaliação das condições subjetivas do paciente para efeito de regime de prisão, matéria, ademais, a ser submetida, primeiramente ao juízo da execução.**

Habeas corpus indeferido."



17

Supremo Tribunal Federal

HC 70.650-9 ES

66

(RT 666/388)

De outro lado, a eventual precariedade do estado de saúde do ora paciente não constitui obstáculo à execução de sua pena em regime semi-aberto, especialmente se se considerar que a Lei de Execução Penal - em norma plenamente compatível com as Regras Mínimas para Tratamento dos Presos, promulgadas pela Organização das Nações Unidas em 1958 - assegura ao condenado o direito à assistência médico-hospitalar.

Esse estatuto legal brasileiro, ao impor à administração penitenciária o dever de preservar a saúde dos presos e internados e de atendê-los em caso de enfermidade, prescreve, em seu art. 14, que, **verbis**:

"Art. 14 - A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

.....

§ 2º - Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento."

Nem se olvide, também, a norma inscrita no art. 120, II, da Lei de Execução Penal que garante ao condenado, que



[Handwritten signature]

cumpra pena em regime semi-aberto, a possibilidade de obter permissão de saída do estabelecimento a que se ache recolhido, em caso de necessidade de tratamento médico em instituição hospitalar externa.

É de ressaltar, portanto - **consoante atesta o magistério doutrinário** (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, "Execução Penal", p. 86/87, 2ª ed., 1988, Atlas) -, que o ordenamento positivo brasileiro, seguindo e ampliando o modelo consagrado nos vários sistemas de direito comparado, favorece e beneficia, ao longo da execução da pena, o condenado que ostente condições adversas de saúde, **verbis**:

"Permite a lei que a assistência médica necessária, quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado, seja prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento, medida também recomendada pelas Regras Mínimas da ONU (nº 22.2) e do Conselho de Europa (nº 21.2) e adotada por outras legislações (art. 36.2 da Lei Geral Penitenciária espanhola, artigos D.383 e D.384 do Código de Processo Penal francês, artigo 19.3 da Lei penitenciária canadense, artigos 97 e 98 do Regulamento belga, artigo 154 das Instruções Gerais desse país, artigo 65 da lei de execução alemã e artigos 103 e 104 da lei penitenciária portuguesa).

Entre os direitos legais está também a liberdade de contratar médico de confiança

peçoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento (art. 43 da LEP).

A assistência médica externa, só cabível quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prestá-la, pode ser autorizada pela direção do estabelecimento, ainda quando não se trata de casos de urgência. Afastou-se a legislação, nesse passo, da regra de judicialidade da execução penal, certamente porque a necessidade da exceção do tratamento especial deve ser preconizada pelo médico, único capaz de reconhecer a impossibilidade da assistência no presídio e recomendá-lo ao seu diretor. Além disso, haverá por vezes urgência no atendimento **extramuros** e a providência judicial, mais burocratizada, poderia ser tardia ou dificultar o atendimento necessário. Por isso, esclarece a lei que o atendimento médico externo é possibilitado através da permissão de saída, a ser concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso (art. 120 e parágrafo único, da LEP)."

Desse modo, não vejo como reconhecer, na espécie, situação configuradora de injusto constrangimento ao **status libertatis** do paciente. Sob tais aspectos, portanto, o pedido deve ser indeferido.

Observo, contudo, especialmente ante as observações feitas da Tribuna desta Corte pelo ilustre Advogado do ora paciente, que, não obstante o **quantum** penal imposto ao paciente se contivesse **dentro** dos limites do art. 77 do CP, o Tribunal ora apontado como coator deixou, efetivamente, de proceder nos termos do art. 157 da Lei de Execução Penal, que assim dispõe:

"O juiz ou Tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, na situação determinada no artigo anterior, deverá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue."

Essa norma legal impõe ao Tribunal o dever de pronunciar-se, motivadamente, sobre o **sursis**, sempre que o condenado, não sendo reincidente, tenha sofrido punição dentro dos limites em que é cabível a suspensão condicional da pena.

A obrigatoriedade desse pronunciamento - quer para conceder, quer para denegar o **sursis** -, além de constituir imposição do ordenamento positivo, é reconhecida pela doutrina como tópico indispensável que deve compor a estrutura formal da sentença ou do acórdão.

Daí, a advertência de CELSO DELMANTO ("Código Penal Comentado", p. 124, 3ª ed., 1991, Renovar), para quem

"O juiz ou tribunal fica obrigado a

pronunciar-se, motivadamente, sobre o **sursis**, sempre que a pena privativa de liberdade for aplicada dentro dos limites em que a suspensão é cabível (LEP, art. 157) e não for caso de substituição (CP, art. 77, III)."

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar esta questão, já teve o ensejo de acentuar que

"Deve a sentença pronunciar-se sobre a suspensão condicional da pena, ainda que não requerida pelo réu."

(Revista de Direito Penal, vol. 2/104, rel. Min. ELOY DA ROCHA)

Esta Suprema Corte, reiterando a orientação mencionada, explicitou, uma vez mais, a insuprimível obrigação judicial de o magistrado pronunciar-se, sempre fundamentadamente, sobre a concessão ou a denegação do **sursis**:

"Se o **quantum** da pena comporta, em princípio, o favor legal da suspensão condicional, deve o juiz pronunciar-se sobre a sua concessão, observados os pressupostos legais."

(RTJ 109/79, rel. Min. ALFREDO BUZAID, Primeira Turma)

Assim sendo, e para o efeito específico de o Tribunal apontado como coator pronunciar-se, **motivadamente**,

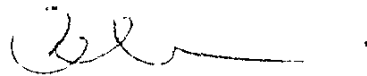
Supremo Tribunal Federal

HC 70.650-9 ES

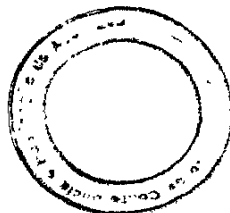
71

sobre a concessão ou denegação do **sursis**, entendo que deva ser deferida a ordem de **habeas corpus** em favor do paciente.

É o meu voto.



/jdm.



Supremo Tribunal Federal

72

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 70.650-9

ORIGEM : ESPIRITO SANTO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

PACTE. : NICEPHORO COIMBRA DE OLIVEIRA

IMPTE. : CLAYDE LUIZ MARTINELLI

COATOR : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2a. REGIAO

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus. Concedeu, porém, *ex officio*, a ordem, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pelo paciente o Dr. Domingos Batista dos Reis. 1a. Turma, 19.10.93.

01732010
03490700
06504000
00000400

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves.
Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda
Pertence, Celso de Mello e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio
Fernando Barrros e Silva de Souza.

Ricardo Dias Duarte
Secretário

