



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 238.060 - SP (2012/0067283-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **JOSÉ FRANCISCO DA SILVA**
ADVOGADO : **PATRÍCIA SIMEONATO - DEFENSORA PÚBLICA**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. **1.** SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA. FIXAÇÃO DE CONDIÇÃO ESPECIAL PARA O CUMPRIMENTO DO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 493/STJ. **2.** RECURSO IMPROVIDO.

1. A pena restritiva de direito, a teor do art. 44 do Código Penal, possui caráter autônomo e substitutivo, não podendo, portanto, ser cumulada com a pena privativa de liberdade, ante a ausência de previsão nesse sentido, uma vez que não pode o julgador inovar no ordenamento jurídico, em substituição ao legislador ordinário, criando hipótese não expressamente prevista na lei penal.

2. Questão que se encontra pacificada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, inclusive objeto do recente enunciado nº 493 da Súmula desta Corte Superior.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 238.060 - SP (2012/0067283-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra a seguinte decisão que, confirmando a liminar deferida, concedeu a ordem de **habeas corpus** nos seguintes termos (fls. 91/93):

Em 9 de abril de 2012, deferi o pedido liminar nos seguintes termos (fls. 18/20):

*Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de José Francisco da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.*

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, convertida em penas restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária a entidade privada com destinação social.

*O Juízo das Execuções, com base no art. 181, § 1º, alínea **b**, da Lei de Execuções Penais, converteu as penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, a ser cumprida em regime aberto, mediante do cumprimento das seguintes condições (fls. 5/6):*

- "1) Não alterar o seu endereço sem expressa autorização do Juízo competente para execução da pena;*
- 2) Recolher-se a sua residência até às 22:00 horas, salvo autorização expressa do Juízo competente para execução de pena;*
- 3) Apresentar comprovante de ocupação lícita, no prazo de noventa dias do compromisso;*
- 4) Não portar arma de qualquer espécie, tampouco objetos capazes de ofender a integridade física humana;*
- 5) Não freqüentar locais onde haja venda de bebidas alcoólicas ou reputação duvidosa;*
- 6) Apresentar-se, mensalmente, em Juízo para fiscalização de cumprimento de sua pena e comprovar suas atividades;*
- 7) Não se ausentar da Comarca do Juízo da Execução sem prévia autorização judicial.*

Insatisfeito, o Ministério Público recorreu da decisão alegando que ao não se fixar condições especiais ao regime aberto, o sentenciado estaria sendo premiando, pois sua reprimenda se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tornaria mais branda do que a então estipulada pela sentença condenatória.

O Tribunal impetrado deu provimento ao agravo para "reformular a r. decisão monocrática, determinando que se estabeleça condição especial para o regime aberto, diversa das previstas no Código Penal como substitutivas, mas adequadas às circunstâncias do caso" (fl. 11).

Alega a impetrante, em síntese, que o art. 115 da Lei de Execuções Penais autoriza que o juiz fixe condições especiais para o cumprimento do regime aberto, contudo, estas condições não podem ser outras penas previstas na legislação, considerando que a pena de prestação de serviços à comunidade só pode ser aplicada de forma autônoma e substitutiva, e não cumulativa.

Pede, assim, liminarmente, para restabelecer a decisão do Juízo singular.

Brevemente relatado, decido.

No caso, é possível visualizar, mesmo em análise superficial, a existência de constrangimento ilegal suportado pelo paciente, consistente na imposição de condição especial para o cumprimento da pena em regime aberto.

Com efeito, a pena restritiva de direito, a teor do artigo 44 do Código Penal, possui caráter autônomo e substitutivo, não podendo, portanto, ser cumulada com a pena privativa de liberdade, ante a ausência de previsão legal.

É da nossa jurisprudência:

(...)

Ante o exposto, defiro a liminar apenas para que o paciente possa cumprir a sua pena no regime aberto, sem a imposição da condição especial determinada pelo Tribunal **a quo**, até o julgamento de mérito da presente **habeas corpus**.

Prestadas as informações (fls. 40/52 e 56/64), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela extinção do **writ** sem resolução de mérito ou pela denegação da ordem (fls. 68/75).

Brevemente relatado, decido.

De efeito, a pena restritiva de direito, a teor do artigo 44 do Código Penal, possui caráter autônomo e substitutivo, não podendo, portanto, ser cumulada com a pena privativa de liberdade, ante a ausência de previsão legal.

Como ressaltado na decisão que deferiu o pedido liminar, a questão encontra-se já pacificada pela Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, em razão do julgamento do Resp n.º 1.107.314/PR, sob a égide do recurso repetitivo.

A propósito, vale mais uma vez, conferir a sua ementa:

REPETITIVO. SERVIÇO. COMUNIDADE. REGIME ABERTO. Não se admite impor a prestação de serviços à comunidade (pena substitutiva) como condição especial à concessão do regime prisional aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É certo que o juízo pode estabelecer condições além das gerais previstas na lei (art. 115 da LEP), mas não pode submeter o condenado a outra sanção penal (bis in idem) tal como no caso, mesmo que esteja lastreado em normas da corregedoria de Justiça estadual.

Ressalte-se ser possível, como é consabido, não impor o regime aberto em razão da substituição da pena. Esse entendimento foi acolhido pela maioria dos Ministros integrantes da Seção em julgamento de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC).

*(REsp 1.107.314-PR, Relator para acórdão Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIS FILHO**, DJe de 13/12/2010.)*

*Ante o exposto, ratifico a liminar e concedo o **habeas corpus** para cassar o acórdão atacado, afastando-se a imposição de condição especial ao apenado para o cumprimento da pena em regime aberto.*

Contra o julgado insurge-se o **Parquet** argumentando que ao contrário do que ficou assentado na decisão recorrida, "entende o Ministério Público que sendo descumpridas as condições impostas para a sanção restritiva de direitos, resultando em perda do benefício e consequente reversão da pena em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, b, LEP e art. 44, § 4º, CP) mostra-se plenamente cabível a imposição de condição especial para o cumprimento da sanção no regime aberto - consistente na prestação de serviços à comunidade - sem que isto consubstancie qualquer cumulação indevida de reprimenda (**bis in idem**) ou violação de ordem legal/constitucional" (fl. 107).

Após colacionar precedente do Supremo Tribunal Federal, conclui reafirmando o argumento do Tribunal **a quo** de que a simples conversão, em estabelecimento de condição especial acaba por premiar o sentenciado, equivalendo a um perdão da pena.

Pretende, assim, o provimento do agravo para denegar o **habeas corpus**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 238.060 - SP (2012/0067283-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Com efeito, a pena restritiva de direito, a teor do art. 44 do Código Penal, possui caráter autônomo e substitutivo, não podendo, portanto, ser cumulada com a pena privativa de liberdade, ante a ausência de previsão nesse sentido, uma vez que não pode o julgador inovar no ordenamento jurídico, em substituição ao legislador ordinário, criando hipótese não expressamente prevista em lei.

Por outra vertente, o precedente trazido pelo **Parquet** no agravo não se aplica ao caso em análise, pois aquele julgado versa sobre a possibilidade de o Juiz estabelecer outras condições além das elencadas no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, hipótese expressamente prevista no § 4º do aludido dispositivo daquela lei, situação não contemplada pelo art. 44 do Código Penal.

Ademais, como dito no provimento liminar e na decisão que concedeu a ordem, a questão encontra-se pacificada pela Terceira Seção deste Superior Tribunal, inclusive sendo objeto do recente enunciado nº 493 da Súmula desta Corte Superior, **in verbis**:

É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0067283-0

AgRg no
HC 238.060 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2232067920118260000 856391

EM MESA

JULGADO: 09/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PATRÍCIA SIMEONATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ FRANCISCO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : JOSÉ FRANCISCO DA SILVA
ADVOGADO : PATRÍCIA SIMEONATO - DEFENSORA PÚBLICA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.