



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 37.854 - ES (2013/0145517-8)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
RECORRENTE : VALDIR BOLDT
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. EXECUÇÃO. REGIME ABERTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. CONDIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. REGIME DOMICILIAR. POSSIBILIDADE.

1. O art. 44 do Código Penal é claro ao afirmar a natureza autônoma das penas restritivas de direitos que, por sua vez, visam substituir a sanção corporal imposta àqueles condenados por infrações penais mais leves.

2. Diante do caráter substitutivo das sanções restritivas, vedada está sua cumulatividade com a pena privativa de liberdade, salvo expressa previsão legal, o que não é o caso dos autos.

3. Esta Corte Superior de Justiça tem entendido que a ineficiência do Estado em assegurar instituições em condições adequadas ao cumprimento de pena em regime aberto autoriza, ainda que excepcionalmente, a concessão da prisão domiciliar. Precedentes desta Corte.

4. Recurso em *habeas corpus* parcialmente provido para afastar, como condições especiais ao regime aberto, quaisquer das penas restritivas de direitos previstas no art. 43 do CP, bem como para que o recorrente possa aguardar em regime domiciliar o surgimento de vaga em estabelecimento prisional adequado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 37.854 - ES (2013/0145517-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto em benefício de Valdir Boldt, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem lá impetrada nos termos da seguinte ementa (e-fl. 195):

HABEAS CORPUS. PENAL. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS CONVERTIDA EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS. AUSÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO PARA CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO, POR ANALOGIA ÀS DISPOSIÇÕES DOS ARTS. 43 E 44 DO CP. SÚMULA 493 DO STJ.

I - Não implica agravamento da pena imposta ao réu que foi condenado a cumpri-la em regime aberto a sua substituição por duas penas restritivas de direitos quando inexistir, no distrito da pena, casa de albergado ou qualquer outro estabelecimento prisional adequado. Aplicação analógica dos arts. 43 e 44 do CP. Entendimento diverso significaria prestigiar a impunidade do réu condenado à pena privativa da liberdade.

II - Se o réu desperdiça a chance de cumprir de maneira menos gravosa a pena que lhe foi imposta, optando pelo descumprimento da medida restritiva de direitos substitutiva, nem por isso se pode cogitar de sua reconversão em pena privativa de liberdade.

III - A possibilidade de *bis in idem* que o Enunciado 493 da Súmula do STJ pretende evitar não ocorre na hipótese concreta de substituição de pena privativa de liberdade em regime aberto por restritiva de direitos nos casos de inexistência de casa de albergado, pois afastada, neste caso, a dupla apenação.

IV - Ordem de *Habeas Corpus* denegada.

Depreende-se dos autos que o recorrente, condenado pelo crime descrito no art. 168-A do Código Penal, descumpriu a pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços e prestação pecuniária, que fora aplicada em substituição à pena privativa de liberdade de 2 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, e 30 dias-multa.

Ante o descumprimento, foi determinada a reconversão da pena privativa de liberdade, devendo o recorrente cumpri-la em regime aberto. Todavia, em decorrência da ausência de Casa de Albergado no Estado do Espírito Santo, o Juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

federal determinou a aplicação de duas penas restritivas de direito como condição ao cumprimento da pena em regime aberto.

Sustenta o recorrente, em síntese, que "a pena privativa de liberdade e a pena restritiva de direitos têm natureza autônoma e não podem ser cumuladas. O preenchimento dos requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal autoriza a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Dessa forma, mostra-se totalmente incabível a sua utilização como condição para o regime aberto, ainda que se esteja diante da ausência de Casas de Albergado" (e-fl. 208).

Aduz, ainda, que se não existem Casas de Albergado no Estado do Espírito Santo com condições necessárias ao cumprimento adequado da pena privativa de liberdade em regime aberto, é imperioso que o recorrente cumpra a pena privativa de liberdade em prisão albergue domiciliar.

Requer, assim, o imediato recolhimento do recorrente em prisão domiciliar.

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, tão somente para que sejam afastadas, como condições especiais ao regime aberto, quaisquer das penas restritivas de liberdade previstas no art. 43 do CP, bem como para que o recorrente possa aguardar em regime domiciliar o surgimento de vaga em estabelecimento prisional adequado (fls. 224/229).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 37.854 - ES (2013/0145517-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Conforme relatado, o recorrente foi condenado pela prática de apropriação indébita previdenciária, por ter, na qualidade de presidente do Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários do Estado do Espírito Santo, deixado de recolher contribuições previdenciárias que foram descontadas dos salários de seus empregados.

Substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e descumpridas as condições, foi determinada a reconversão da pena privativa de liberdade, devendo o recorrente cumpri-la em regime aberto. Todavia, em decorrência da ausência de Casa de Albergado no Estado do Espírito Santo, o Juízo Federal determinou a aplicação de duas penas restritivas de direito - prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária - como condição ao cumprimento da pena em regime aberto.

Entretanto, o art. 44 do Código Penal é claro ao afirmar a natureza autônoma das penas restritivas de direitos que, por sua vez, visam substituir a sanção corporal imposta àqueles condenados por infrações penais mais leves. Diante do caráter substitutivo das sanções restritivas, vedada está sua cumulatividade com a pena privativa de liberdade, salvo expressa previsão legal, o que não é a hipótese dos autos. À propósito, transcrevo o que disse a Desembargadora convocada do TJ/MG Jane Silva, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 120.011/SP, *in verbis*:

Realmente tanto o artigo 115 da Lei de Execução Penal, assim como o 119 da mesma Lei, permite a imposição de outras normas para o regime aberto, mas nenhum deles possibilita ao Magistrado ou à Corregedoria de Justiça, ou ao Legislativo estadual estabelecer como condições do cumprimento do regime aberto outras penas, ainda que substitutivas.

As penas restritivas de direitos, no nosso ordenamento jurídico são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autônomas e substitutivas, mas não deixam de ser reprimendas que, de algum modo, limitam o direito de liberdade daqueles que devem cumpri-la, daí não poderem ser cumuladas com o cumprimento da pena privativa liberdade, isto por um mesmo crime, pois podem conviver uma com a outra se estabelecidas por crimes diversos.

Logo, inicialmente, deve ser estabelecido que os pacientes condenados por um mesmo crime podem cumprir pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, esta substitutiva da primeira, não podendo cumprir as duas ao mesmo tempo.

No que se refere aos argumentos de que a prestação de serviços está presente na suspensão condicional da pena, há de se convir, como já feito pela culta Subprocuradora, que, ali, a referida prestação não é pena, mas condição expressamente prevista pelo legislador no caso de **suspensão** da pena privativa de liberdade e, na hipótese, não será cumprida simultaneamente com a privação da liberdade.

Também não há que se falar que o livramento condicional é cumprimento de pena, ou estágio do cumprimento da pena, porquanto se trata de antecipação da liberdade e entre as suas condições, previstas no parágrafo 1º do artigo 132 da Lei de Execução Penal, não está a prestação de serviços à comunidade.

Podem, sem dúvida, determinarem-se outras condições para o regime aberto ou para no livramento condicional, desde que essas não restrinjam direito individual preservado pela Constituição Federal, no entanto, é vetado impor condição que constitua, em si mesma, pena a qual o paciente não foi condenado, sob o pretexto de que se está a lhe impor uma condição para o benefício. Teríamos, no caso, dupla apenação não prevista pelo legislador, nem imposta na condenação. (grifei)

No mesmo sentido, ainda o seguinte precedente:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO-LOCALIZAÇÃO DO RÉU. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ART. 44 DO CP. PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS COMO CONDIÇÕES ESPECIAIS AO CUMPRIMENTO DO REGIME ABERTO. NÃO-CABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. As penas restritivas de direitos, previstas expressamente no art. 43 do Código Penal, caracterizam-se por ser alternativas à privação da liberdade, tendo por objetivo evitar o encarceramento de sentenciados por infrações penais mais leves, promovendo-lhes a recuperação por meio da restrição a certos direitos.

2. O art. 44, *caput*, do CP estipula a natureza substitutiva e autônoma das penas restritivas de direitos.

3. Diante do caráter substitutivo e da ausência de expressa previsão legal, não podem as penas restritivas de direitos coexistir com as privativas de liberdade.

4. Havendo a conversão da pena restritiva de direito imposta na sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória em privativa de liberdade, inviável a preservação da pena alternativa, agora, como condição especial ao cumprimento da sanção mais gravosa.

5. Ordem concedida para restabelecer a decisão do Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(HC 118010/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 13/04/2009)

Para caso análogo, também eu escrevi esta ementa:

PENAL. EXECUÇÃO. REGIME ABERTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE COMO SUA CONDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO DAS REGRAS DO REGIME ABERTO COM AS PENAS SUBSTITUTIVAS. IMPOSSIBILIDADE. CUMULAÇÃO INDEVIDA.

1. O art. 44 do Código Penal é claro ao afirmar a natureza autônoma das penas restritivas de direitos que, por sua vez, visam substituir a sanção corporal imposta àqueles condenados por infrações penais mais leves.

2. Diante do caráter substitutivo das sanções restritivas, vedada está sua cumulatividade com a pena privativa de liberdade, salvo expressa previsão legal, o que não é o caso dos autos.

3. Ordem concedida para excluir a prestação de serviços à comunidade como condição especial para o cumprimento do regime aberto. (HC 138122/SP, de minha relatoria, DJ de 1º.2.10)

Aliás, a Terceira Seção desta Corte, ao julgar o recurso especial representativo de controvérsia (REsp n. 1107314/PR), firmou a seguinte compreensão:

É lícito ao Juiz estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, em complementação daquelas previstas na LEP (art. 115 da LEP), mas não poderá adotar a esse título nenhum efeito já classificado como pena substitutiva (art. 44 do CPB), porque aí ocorreria o indesejável bis in idem, importando na aplicação de dúplice sanção.

(REsp 1.107.314-PR, Rel. originária Min. Laurita Vaz, Rel. para acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 13.12.2010)

Sedimentando esse entendimento, destaca-se o enunciado de Súmula n. 493 desta Corte de Justiça, que assim dispõe, *in verbis*:

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

Logo, devem ser afastadas as condições especiais impostas ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrente, previstas nos arts. 43 e 44, do Código Penal, mantidas, contudo, as demais condições estipuladas pelo Juiz de primeiro grau.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que, tendo sido o reeducando condenado ou promovido ao regime prisional semiaberto ou aberto, constitui ilegalidade submetê-lo a local apropriado a presos em regime mais gravoso, em razão da falta de vaga em estabelecimento adequado.

Vejam-se os precedentes:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. DEFERIMENTO DE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. RÉU MANTIDO EM ESTABELECIMENTO INCOMPATÍVEL. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO. INADMISSIBILIDADE. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE.

I - Constitui constrangimento ilegal submeter o apenado a regime mais rigoroso do que aquele para o qual obteve a progressão. Vale dizer, é flagrante a ilegalidade se o condenado cumpre pena em condições mais rigorosas do que aquelas estabelecidas no regime para o qual progrediu. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter os detentos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico, *in casu*, o domiciliar. O que é inadmissível é impor ao apenado, progredido ao regime aberto, o cumprimento da pena em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado. (Precedentes).

II - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que aplica-se o art. 112 da Lei de Execução Penal aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 11.464/07, que, por ser *lex gravior*, não pode retroagir para atingir situações ocorridas antes de sua vigência.

Habeas corpus concedido.

(HC nº 123.468/SP, Rel. Min.Felix Fischer, DJe 1º.6.2009)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO PARA O DESCONTO DA PENA. PERMANÊNCIA EM PRISÃO COMUM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O condenado, agraciado com a progressão para o regime aberto, deve aguardar, em prisão domiciliar, o surgimento de vaga em estabelecimento adequado e compatível com aquele regime estabelecido para o desconto do restante da pena.

2. Caracteriza patente constrangimento ilegal a submissão do paciente a prisão comum, ainda que provisoriamente e na espera de solução de problema administrativo, quando comprovado que o mesmo obteve o direito de progredir para o regime aberto.

3. Evidenciada a inadequação do estabelecimento em que se encontra o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, deve ser concedida a ordem para, caso não seja possível sua imediata transferência para o regime aberto, que aguarde, em regime domiciliar, o surgimento de vaga em estabelecimento próprio, salvo se por outro motivo não estiver preso.

4. Em conformidade com o parecer ministerial, concede-se a ordem. (HC nº 91.321/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 7.4.2008)

Nota-se das disposições constantes do acórdão impugnado e da decisão proferida pelo Juiz federal que não há, no Estado do Espírito Santo, estabelecimento prisional compatível com o cumprimento da pena em regime aberto. Ora, diante da impossibilidade de que o recorrente cumpra a pena privativa de liberdade em local apropriado ao regime aberto, faz-se mister sua colocação em regime domiciliar.

Diante do exposto, acolhendo integralmente o parecer do Ministério Público Federal, dou parcial provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* a fim de afastar, como condições especiais ao regime aberto, quaisquer das penas restritivas de direitos previstas no art. 43 do CP, bem como para que o recorrente possa aguardar em regime domiciliar o surgimento de vaga em estabelecimento prisional adequado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0145517-8

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 37854 / ES

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00128175820084025001 200350010062138 200850010128172 201202010207178

EM MESA

JULGADO: 15/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VALDIR BOLDT

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita Previdenciária

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.