

TESE 78

Proponente: Alexandre Orsi Netto

Área: Execução Criminal

Súmula: A imposição de pena restritiva de direitos como condição especial de cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto importa dupla punição pelo mesmo fato.

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, VI, I, e VII, da Lei 988/06, *in verbis*:

*"Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:*

...

**VI - promover:**

...

*l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, **cumprimento de pena**, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;*

**VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;"** (grifo nosso)

Fundamentação jurídica

É cediço que o artigo 115 da Lei das Execuções Criminais[1] faculta ao magistrado a fixação de condições especiais, além das legais ali mencionadas, para o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto.

Todavia, referido dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, devendo o hermeneuta analisá-lo combinadamente com a legislação penal, notadamente o artigo 44 do Código Penal[2].

Neste contexto, verifica-se que a pena restritiva de direitos, de que é espécie a prestação de serviços à comunidade, é pena autônoma em relação à pena privativa de liberdade e não perde esta característica apenas pela tinta da caneta do magistrado que entende possível transformá-la em "mera" condição de cumprimento de pena do regime aberto.

Esse é o entendimento predominante nas cortes brasileiras, *in verbis*:

"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.

Assim, 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].”

“Como é cediço, o artigo 115, da LEP, reza que o Magistrado poderá estabelecer condições especiais para o regime aberto, além das obrigatórias ali enumeradas. Como parâmetro dessas condições, estão as estabelecidas para o livramento condicional e para o sursis, elencadas no artigo 132, da LEP e no artigo 78, § 1º, do Código Penal. Entretanto, por óbvio, ficam excluídas as condições que constituam modalidade de pena autônoma, como o é a prestação de serviços à comunidade, dada a impossibilidade de fixação concomitantemente com a pena privativa de liberdade[4].”

“De outra parte, nos termos do *art. 44 do Código Penal*, a pena restritiva de direito tem caráter substitutivo da pena privativa de liberdade: não há, portanto, aplicá-las cumulativamente[5].”

“Tal interpretação está arrimada no *art. 44, do Código Penal*, que estabelece que *“as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade...”*, vale dizer, sendo autônomas, não podem ser fixadas concomitantemente como condição especial da pena privativa de liberdade[6].”

Do contrário, subvertido restaria o arcabouço jurídico penal pátrio, podendo o juiz, a seu sabor ou dissabor, impor para o usufruto do regime aberto a pena pecuniária, a pena de multa e tantas outras concomitantemente, aplicando ao mesmo fato punitivo mais de uma pena não prevista em seu preceito secundário.

Assim, a imposição de prestação de serviços à comunidade como condição especial para usufruto do regime aberto viola irremediavelmente o princípio do *ne bis in idem*.

Neste sentido, a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça:

“A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é prevista como pena autônoma, restritiva de direitos, e sua aplicação conjunta com a pena privativa de liberdade constituiria *bis in idem*[7].”

“Admitir a possibilidade de fixar a prestação de serviços como condição do regime aberto implica também, por via reflexa, em permitir que o sentenciado cumpra duas modalidades de pena pela mesma prática delitiva sem que haja cominação iei para tanto. Daí decorre a afronta ao princípio da legalidade, com assento constitucional no XXXIX, do artigo 5º, da CF, também previsto no artigo 1º, do Código Penal[8].”

Por todo o exposto, mostra-se ilegal a imposição de prestação de serviços à comunidade no cumprimento de pena privativa de liberdade no regime aberto.

## Fundamentação fática

É tema corrente na atuação em processos de execução penal a fixação pelos magistrados da prestação de serviços à comunidade como condição para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, seja quando a pena restritiva de direitos é convertida em privativa de liberdade, seja quando o sentenciado é progredido do regime semiaberto ao aberto.

## Sugestão de operacionalização

Aplicação nos processos de execução penal, quando o juiz impuser aludida condição para que o sentenciado possa permanecer em cumprimento de sua pena no regime aberto, seja através de agravo em execução penal, seja através de habeas corpus, notadamente por ser matéria essencialmente de direito, perfeitamente perscrutável pelo remédio heróico.

## MODELO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR**

**IMPETRANTE: ALEXANDRE ORSI NETTO**

**PACIENTE: JONAS ROBERTO ALMEIDA GONÇALVES**

**IMPETRADO: JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE SOROCABA - PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL Nº 767.935**

Alexandre Orsi Netto, brasileiro, solteiro, **Defensor Público do Estado de São Paulo** lotado na Regional de Sorocaba, onde exerce suas atribuições legais, vem respeitosamente perante Vossa Excelência impetrar a presente ordem de **HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR** em favor de ***Jonas Roberto Almeida Gonçalves (Processo de Execução Criminal nº 767.935)***, em face do em face do **E. Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba**, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos:

## **CABIMENTO DO HABEAS CORPUS**

É notória a celeuma acerca do cabimento de Habeas Corpus nos casos em que exista recurso específico para tanto. Uma corrente jurisprudencial entende que nestes casos o *writ* não deve ser conhecido.

*Data venia*, referida posição é equivocada uma vez que a própria origem do remédio heróico remonta à sua possibilidade sempre que houver coação à liberdade de locomoção de qualquer pessoa.

Outrossim, tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Penal não há qualquer óbice em preferir a impetração do *writ* ao processamento de eventual recurso, quando a decisão combatida for violadora da liberdade de ir e vir do paciente e esta estiver devidamente comprovada documentalmente.

Outra não é a posição do Augusto Superior Tribunal de Justiça:

“Esta Corte tem se posicionado no sentido de que, não obstante a previsão de recurso específico para o caso em tela, qual seja, o agravo em execução (art. 197 da Lei de Execuções Penais), é admissível a utilização do *mandamus* na espécie, dada a possibilidade de lesão ao direito do paciente (Precedentes)” [9].

No mesmo sentido, julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“O *habeas corpus* constitui ação autônoma de impugnação a decisões proferidas no âmbito da Justiça Criminal. Como observam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes ‘o *habeas corpus* é remédio constitucional de maior amplitude, destinado à proteção do direito de liberdade de locomoção contra toda a espécie de ilegalidade’ (Recursos no Processo penal, SP: RT, 1996, p. 345).

Trata-se de instrumento mais ágil, que visa assegurar a tutela do direito que se quer garantir. Nem mesmo a previsão de recurso específico impede a impetração de *habeas corpus* desde que a ilegalidade tenha o respaldo de prova pré-constituída(...).

Assim sendo, por votação unânime, conheceram a presente da impetração e, convalidada da liminar, concederam a presente ordem de *habeas corpus* para assegurar em definitivo ao paciente o direito à progressão de regime(...)”[10].

Também esclarecedor sobre o tema é julgado *in verbis*:

“O Judiciário deve afastar digressões burocráticas, principalmente quando se tratam de casos concretos onde a situação vivenciada pelo cidadão tem o vício da inconstitucionalidade. **Daí a soberba natureza do HC, para corrigir, sem delongas, a ilegalidade de um ato**”[11].

Como se vê, o conhecimento do presente *writ* nada mais é do que dar vigência ao artigo 5º, LXVIII, da Constituição da Federal, pois o que se pretende aqui é apenas o afastamento de uma condição ilegal fixada pela autoridade coatora para que o paciente usufrua do regime aberto de cumprimento de pena, matéria estritamente de direito, perfeitamente perscrutável, portanto, por meio do presente *mandamus*.

## PEDIDO LIMINAR

### DOUTO DESEMBARGADOR-RELATOR

É cediço que a medida liminar em ação de Habeas Corpus longe está de ser a regra, pois decorre de fatos excepcionais, somente possível quando a violência praticada ao direito de locomoção do paciente está sobejamente comprovada por documentos que instruem o *writ*, bem como na configuração de risco de a demora no julgamento final da ordem trazer um prejuízo de impossível ou difícil solução.

Contudo, no caso em testilha estes dois requisitos restam demonstrados nos autos.

Com efeito, o *fumus bonis juris* está configurado, consoante se depreende da análise da prova documental em anexo.

Já o *periculum in mora* mostra-se evidente, haja vista que o paciente teve convertida a pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade em **regime inicial ABERTO**, com a fixação da condição especial de prestar serviços à comunidade, o que, *data venia*, constitui *bis in idem* vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Logo, diante dos fatos acima expostos, constata-se que a demora no julgamento do presente *writ* acarretará grave violação ao direito de locomoção do paciente.

Outrossim, caso descumpra essa condição, que em sua gênese é ilegal, durante o trâmite do presente writ, será regredido de regime, o que demonstra a urgência no deferimento da liminar.

Sendo assim, presentes os requisitos para a antecipação dos efeitos do *writ*, requer-se a concessão da medida liminar pleiteada, antes mesmo da requisição de informações à autoridade coatora, a fim de que a condição especial de o paciente prestar serviços à comunidade durante o cumprimento de sua pena em regime aberto fique suspensa até o julgamento final desta ordem.

### DOS FATOS

O paciente teve convertida a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade no regime aberto em 15 de abril de 2009. Ocorre, no entanto, que o Douto Juízo da Vara das Execuções Criminais da comarca de Sorocaba, ora autoridade coatora, impôs como condição especial para o usufruto do regime mais brando a prestação de serviços à comunidade.

É cediço que o artigo 115 da Lei das Execuções Criminais autoriza o magistrado a prescrever condições especiais, além das legais ali mencionadas. Todavia, referido dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, devendo o hermenauta analisá-lo combinadamente com a legislação penal, notadamente o artigo 44 do Código Penal.

Neste contexto, verifica-se que a pena restritiva de direitos, de que é espécie a prestação de serviços à comunidade, é pena autônoma em relação à pena privativa de liberdade e não perde esta característica apenas pela tinta da caneta do magistrado que entende possível transformá-la em "mera" condição de cumprimento de pena do regime aberto.

Neste diapasão, vejam o entendimento esposado por este E. Tribunal de Justiça:

"Como é cediço, o artigo 115, da LEP, reza que o Magistrado poderá estabelecer condições especiais para o regime aberto, além das obrigatórias ali enumeradas. Como parâmetro dessas condições, estão as estabelecidas para o livramento condicional e para o sursis, elencadas no artigo 132, da LEP e no artigo 78, § 1º, do Código Penal. Entretanto, por óbvio, ficam excluídas as condições que constituam modalidade de pena autônoma, como o é a prestação de serviços à comunidade, dada a impossibilidade de fixação concomitantemente com a pena privativa de liberdade[12]."

"De outra parte, nos termos do *art. 44 do Código Penal*, a pena restritiva de direito tem caráter substitutivo da pena privativa de liberdade: não há, portanto, aplicá-las cumulativamente[13]."

"Tal interpretação está arrimada no art. 44, do Código Penal, que estabelece que "*as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade...*", vale dizer, sendo autônomas, não podem ser fixadas concomitantemente como condição especial da pena privativa de liberdade[14]."

Do contrário, subvertido restaria o arcabouço jurídico penal pátrio, podendo o juiz, a seu sabor ou dissabor, impor para o usufruto do regime aberto a pena pecuniária, a pena de multa e tantas outras concomitantemente, aplicando ao mesmo fato punitivo mais de uma pena não prevista em seu preceito secundário. Evidente, portanto, que restou violado *in casu* o princípio do *ne bis in idem*.

Neste sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

"A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é prevista como pena autônoma, restritiva de direitos, e sua aplicação conjunta com a pena privativa de liberdade constituiria *bis in idem*[15]."

Como se vê, patente a ilegalidade praticada pela autoridade coatora que restringiu a liberdade de locomoção do paciente.

## **DO PEDIDO**

Ante o exposto, requer sejam concedidas a medida liminar pleiteada e, ao final, a ordem definitiva, julgando-se procedente a pretensão impetrada no presente *writ*, para anular a condição especial de prestação de serviços à comunidade imposta pela autoridade coatora para que o paciente usufrua do regime aberto de cumprimento de pena privativa de liberdade a que tem direito.

Termos em que,

Espera deferimento.

Sorocaba, 03 de novembro de 2009.

**Alexandre Orsi Netto**

**Defensor Público**

---

[1] Art. 115. "O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado".

[2] [Art. 44](#) - "As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade".

[3]STJ - HC 139.448/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 27.11.2009.

[4]TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.184272-6 - 16ª Câmara Criminal - Rel. Des. Newton Neves.

[5]TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.027222-5, 5ª Câmara Criminal - Re. Des. Carlos Biasoti.

[6]TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.077023-3 - 11ª Câmara Criminal - Re. Des. Oliveira Passos.

[7]TJ/SP - Agravo em Execução Penal 990.08.056494-3 - 16ª Câmara Criminal - Rel. Des. Leonel Costa.

[8] TJ/SP - HC 990.09.128269-7 - 2ª Câmara Criminal - rel. Des. Francisco Orlando.

[9]HC 50099/MS - Relator Min. Félix Fischer - Quinta Turma - julgado em 02/02/2006 - publicado em 27/03/2006.

[10] TJ/SP - HC 1.045.142.3/0-00 - 12ª CCrim, Rel. Dês. Angélica de Almeida, VU.

[11]TJ/SP - HC nº 1.017.043-3/8, 7ª C. Crim., Rel. Des. Cláudio Caldeira, VU (sem destaque no original).

[12] TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.184272-6 - 16ª Câmara Criminal - Rel. Des. Newton Neves.

[13] TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.027222-5, 5ª Câmara Criminal - Re. Des. Carlos Biasoti.

[14] TJ/SP - Agravo Em Execução Penal nº 990.08.077023-3 - 11ª Câmara Criminal - Re. Des. Oliveira Passos.

[15]TJ/SP - Agravo em Execução Penal 990.08.056494-3 - 16ª Câmara Criminal - Rel. Des. Leonel Costa.2