



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.897 - SP (2010/0113761-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : ANAÍ ARANTES RODRIGUES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NEEMIAS ALVES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1.** NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **2.** PENA RESTRITIVAS DE DIREITOS CONVERTIDA EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DA DEFESA. NULIDADE. **3.** ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. Para que o Juiz das Execuções proceda à conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, como preceitua o § 4º do art. 44 do Código Penal, é imprescindível a oitiva prévia do condenado, em juízo, sob pena de ofensa ao direito de ampla defesa e contraditório. Precedentes desta Corte.

3. Ordem não conhecida. Concessão de *habeas corpus* de ofício, para anular a decisão monocrática que determinou a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, e que outra seja proferida após prévia oitiva do paciente.

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, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 05 de maio de 2016 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.897 - SP (2010/0113761-3)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : ANAÍ ARANTES RODRIGUES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NEEMIAS ALVES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO.SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(RELATOR):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ANAÍ ARANTES RODRIGUES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento do Agravo em Execução n. 990.10.052386-4, manteve a decisão que converteu pena restritiva de direito em privativa de liberdade.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 15/09/2008, à pena de 3 (três) anos de reclusão em regime aberto, convertida em duas penas restritivas de liberdade, pela prática da conduta descrita no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003.

Nada obstante, no dia 23/10/2009, o Juízo da Execução converteu a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, tendo em vista que "na r sentença condenatória ficou estabelecido que o regime inicial de cumprimento da pena é o aberto, e o sentenciado encontra-se preso por outro processo impossibilitando assim, de cumprir as condições impostas no regime aberto" (e-STJ fl. 17).

Demais disso, infere-se que sobreveio condenação à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito de roubo majorado.

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal Bandeirante, à unanimidade de votos, negou provimento ao recurso.

No presente *writ*, reafirma-se a nulidade da decisão de 1º grau, porque violou os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, e também porque não foi "*dada à defesa a possibilidade de se manifestar com relação ao pedido formulado pelo Ministério Público*" (e-STJ fl. 3).

De outra parte, sustenta a impetrante a impossibilidade de conversão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena restritiva de direito em privativa de liberdade, porque o sentenciado não foi intimado para dar cumprimento à pena, bem como não houve injustificado descumprimento da pena restritiva de direito visto que o paciente estava preso por outro crime.

Pugna pela cassação da decisão que determinou a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 41-88.

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (e-STJ fls. 91-93), opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.897 - SP (2010/0113761-3)

VOTO

**O EXMO.SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
(RELATOR):**

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

De se destacar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que negou seguimento ao prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na presente impetração, busca-se , em síntese, a declaração de nulidade da decisão do Juízo das Execuções Penais de São Paulo, que converteu a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, sem que a defesa tivesse oportunidade de se manifestar com relação ao pedido formulado pela defesa e, ainda, porque não é possível converter a pena restritiva em privativa de liberdade, por força do que determina o art. 44, § 5º, do Código Penal.

Para exata compreensão da controvérsia, trago à colação, no que interessa, a fundamentação do acórdão impugnado (e-STJ, fls. 8-10):

"[...]

A preliminar merece rejeição.

Embora não tenha o digno Magistrado dado a oportunidade de manifestação da defesa acerca do pedido de conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, que foi formulado pelo Ministério Público, inobservando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa, não há se falar em nulidade.

Deve ficar ressaltado que, para a ocorrência de nulidade, deverá haver comprovação efetiva do prejuízo sofrido pelo agravante, conforme a leitura do artigo 563 do Código de Processo Penal, que, em sede de execução penal, se aplica de forma subsidiária. Ademais, a própria interposição do presente recurso afasta qualquer hipótese de infringência aos princípios acima expostos. Portanto, não restou demonstrada qualquer espécie de irregularidade a ensejar a nulidade da decisão.

Em relação ao mérito, o pedido também não comporta acolhida.

Observa-se das guias de recolhimento provisórias que instruem o recurso (fls. 9-12), que o ora agravante ostenta duas condenações (porte ilegal de arma de fogo e roubo majorado), por fatos praticados em 10 de abril de 2007 (porte ilegal de arma de fogo - processo 866/2007 - 3ª Vara Criminal de Osasco - pena 3 anos de reclusão, em regime aberto, além de 10 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por 2 restritivas de direitos - prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 1 salário mínimo) e 29 de julho de 2009 (roubo majorado - processo 2064/2009 - 3ª Vara Criminal de Osasco - pena 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, além de 13 dias-multa).

Não há como se acolher a alegação de impossibilidade da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade pela simples razão de que o agravante sequer havia iniciado o cumprimento da pena.

Conforme certidão lavrada pela Oficiala de Justiça, Letícia Macri, às fls. 21, ele não mais residia no local em que declarou morar. Segundo seu pai, havia dali desaparecido, não declarando o seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atual paradeiro. Portanto, só não havia iniciado o cumprimento devido à sua evasão do distrito de culpa.

Ademais, tal questão, bem como a situação de prisão provisória em outro processo, restaram superadas ante a condenação sofrida no processo 2064/2009, da 3ª Vara Criminal de Osasco. Nestes autos, o agravante foi condenado, como acima já descrito, por sentença proferida no dia 29 de outubro de 2009.

Assim, o fundamento da conversão, diversamente daquele adotado pelo digno Magistrado, passa a ser aquele previsto no artigo 44, § 5º, do Código Penal.

Embora o dispositivo legal supra mencionado disponha, de forma geral, que a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade será decidida pelo juízo da execução, que poderá "deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior", o artigo 181, § 1º, da Lei de Execução Penal determina a conversão:

"A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:"

(...)

"e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa."

Conforme assinala Mirabete, a conversão da pena alternativa em carcerária, nesse caso, "É uma consequência lógica do sistema, já que, sofrendo nova condenação, agora à pena privativa de liberdade, devendo cumpri-la por não ter sido concedido o sursis, fica o condenado impedido de prestar serviços à comunidade."

Em face desses motivos, rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso".

Ao que se tem, não há nos autos, qualquer informação de que a defesa tenha sido intimada a manifestar quanto ao pedido de conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, o que, por certo, não se coaduna com a jurisprudência desta Corte Superior.

A propósito, confirmam-se dos seguintes julgados:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE OITIVA DO CONDENADO PARA POSSÍVEL JUSTIFICAÇÃO. NECESSIDADE.

Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, convertida a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, sem a prévia oitiva do condenado em audiência de justificação, e sendo expedido mandado de prisão, resta configurado o constrangimento ilegal (precedentes).

Recurso ordinário provido para anular a decisão que converteu a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, devendo outra ser proferida, mas com a prévia oitiva do condenado em audiência de justificação.

(RHC 55.684/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015)

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS CONVERTIDA EM PRIVATIVA DE LIBERDADE.

POSSIBILIDADE. RÉ DEVIDAMENTE INTIMADA. REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM CASA DE ALBERGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. As hipóteses de conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade estão previstas nos arts. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal, e 181 da LEP, sendo imprescindível, contudo, a prévia oitiva do condenado, em juízo, sob pena de ofensa ao direito de ampla defesa.

[...]

4. Recurso ordinário parcialmente provido para determinar a transferência da recorrente para estabelecimento prisional compatível com o regime aberto ou, na ausência de vaga em casa de albergado, que seja ela colocada em prisão domiciliar.

(RHC 34.792/BA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 03/03/2015)

Com efeito, o § 4º do art. 44 do Código Penal determina que a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta, o que, por certo, não é a hipótese dos autos. Este procedimento, entretanto, exige a oitiva prévia do condenado, em juízo, para que apresente sua justificativa, sob pena de ofensa ao direito de ampla defesa e contraditório.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO DOLOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO COMPARECIMENTO DO CONDENADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE SEM PRÉVIA OITIVA DO APENADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. ART. 44, § 4º, DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Do art. 44, § 4º, do CP, denota-se a imposição legal de se previamente ouvir o apenado em audiência de justificação para apresentar ao magistrado as razões do seu descumprimento que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eventualmente as julgando insuficientes ou não plausíveis, determinará a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

2. Com efeito, consoante pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "A conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade substituída, sem a oitiva do condenado, infringe o seu direito de defesa e de contraditório" (HC 31.682/RJ).

3. In casu, ao paciente não foi assegurada a oportunidade de se justificar, evidenciando-se, assim, o constrangimento ilegal ante a inobservância do princípio do contraditório e da ampla defesa.

4. Ordem concedida para, anulando a decisão que converteu a pena restritiva de direito pela privativa de liberdade, determinar a realização da audiência de justificação, nos termos do art. 44, § 4º, do CP.

(HC nº 162.248/RJ, Relator o Ministro JORGE MUSSI, DJe 29/08/2011.)

1. In casu, o paciente foi beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na modalidade de prestação de serviços à comunidade, deixando, em princípio, de cumprir a medida.

2. Como cediço, cuidando-se de decisão que determina a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, é necessária a prévia oitiva do paciente para se justificar quanto ao descumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade.

3. Constrangimento ilegal evidenciado na expedição de mandado prisional em desfavor do paciente, por ocasião da conversão da pena restritiva de direitos em reprimenda privativa de liberdade, sem audiência de justificação. Precedentes.

4. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, para anular a decisão monocrática que determinou a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a prévia oitiva do paciente, determinando-se o recolhimento do mandado de prisão contra ele expedido e a designação de audiência para sua ouvida junto à Vara de Execuções Penais.

(HC nº 129120/RJ, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho DJe 21/09/2009) (grifei).

Ante o exposto, não conheço da impetração. Concedo, contudo, *habeas corpus* de ofício, para anular a decisão monocrática que determinou a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, e que outra seja proferida após prévia oitiva da defesa do paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0113761-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 176.897 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 827172

990100523864

EM MESA

JULGADO: 05/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANAÍ ARANTES RODRIGUES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : NEEMIAS ALVES DOS SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

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, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.