



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.098 - SP (2017/0194655-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **SILVIA EMBOABA DA COSTA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)**
ADVOGADO : **SILVIA EMBOABA DA COSTA - SP384646**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDERSON ADRIANO DE CASTRO LEITE (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE REPRIMENDAS. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM CUMPRIMENTO DA PENA ALTERNATIVA ANTERIORMENTE IMPOSTA.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a conversão poderá ocorrer quando houver incompatibilidade na execução da pena restritiva de direitos com a privativa de liberdade (art. 181, § 1º, alínea "e", da LEP e art. 44, § 5º, do Código Penal).

3. No caso concreto, o ora paciente cumpria pena privativa de liberdade (reclusão). Durante o cumprimento da reprimenda sofreu nova condenação à pena privativa de liberdade em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, razão pela qual o Juízo da Vara de Execuções Criminais converteu as penas restritivas em privativa de liberdade, em consonância com a legislação de regência da matéria. Decisão mantida pelo Tribunal de origem, em sede de agravo em execução penal.

4. Em hipóteses como a dos autos, conforme disposto no art. 111 da LEP, as penas devem ser unificadas. Inaplicabilidade, portanto, do art. 76 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Inexistência de constrangimento ilegal, a justificar a concessão da ordem de ofício.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.098 - SP (2017/0194655-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : SILVIA EMBOABA DA COSTA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : SILVIA EMBOABA DA COSTA - SP384646
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON ADRIANO DE CASTRO LEITE (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDERSON ADRIANO DE CASTRO LEITE contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Infere-se dos autos que o Juízo das Execuções Penais converteu as penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, fixando o regime prisional fechado.

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso (e-STJ fls. 39/42).

Na presente impetração, narra a defesa que "O paciente, já qualificado nos autos da execução penal em epígrafe, cumpria pena privativa de liberdade, foi condenado a pena restritiva de direitos pela prática de novo crime. Diante deste fato, o MM Juiz de primeiro grau converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, unificando as sanções e fixando o regime inicial fechado para seu cumprimento" (e-STJ fl. 4).

Sustenta que a legislação pátria permite a conversão da pena restritiva de direitos em sanção corporal quando houver condenação posterior à pena privativa de liberdade e incompatibilidade executória entre as sanções.

Aduz que o Juízo *a quo* "reconverteu a pena restritiva de direitos (execução n.º 4) em pena privativa de liberdade em razão da prévia condenação à sanção corporal (execuções 1, 2, 3), o que foi mantido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo " (e-STJ fl. 5).

Insiste que, "para conjugação das penas privativas de liberdade com a reprimenda substitutiva, o condenado deve cumprir, por primeiro, as sanções mais rigorosas, quais sejam, as penas privativas de liberdade, suspendendo-se a pena menos severa, qual seja,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena restritiva de direitos, e, após o desconto integral das sanções corporais, iniciar o cumprimento da pena alternativa" (e-STJ fl. 7).

Requer, liminarmente, seja concedida a ordem para suspender os efeitos do acórdão impugnado e recuperar a pena restritiva de direitos referentes à execução n. 4. No mérito, pugna pela concessão da ordem para confirmar a liminar concedida, ou para conceder em definitivo a ordem a fim de recuperar a pena restritiva de direitos, a qual será cumprida após a pena privativa de liberdade.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 60/61).

Informações prestadas pelo Juízo da 2ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP (e-STJ fls. 67/68).

O Ministério Público Federal opina "pelo não conhecimento do *writ*, caso conhecido, pela denegação da ordem"(e-STJ fls. 70/71).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.098 - SP (2017/0194655-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. (...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Na hipótese, não verifico manifesta ilegalidade, apta a justificar a concessão da ordem. Vejamos.

A Corte *a quo* negou provimento ao agravo em execução penal interposto, adotando a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 41):

[...]

A r. decisão que converteu as penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, fixando o regime prisional fechado como prevalente, está devidamente motivada com referência, em especial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à circunstância de estar o agravante cumprindo pena em regime mais gravoso, incompatível com o cumprimento de penas alternativas.

Importa ressaltar, neste aspecto, que, em conformidade com o parágrafo único do artigo 111 da LEP, havendo condenação por mais de um crime, a determinação do regime de cumprimento da pena, em sede de execução criminal, será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas.

Não se pode desconsiderar, a propósito, o disposto no § 5º do artigo 44 do Código Penal e no artigo 181, § Iº, "e", da LEP.

Assim sendo, apresenta-se como adequada e razoável a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, com a fixação do regime fechado, não havendo que se falar em violação aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Importa considerar, ainda, que o disposto no artigo 76, do Código Penal, não se aplica ao caso em tela, pois se refere às hipóteses em que há condenação a penas privativas de liberdade de espécies diversas, com regimes prisionais iniciais incompatíveis, o que impossibilitaria sua unificação.

[...]

Com efeito, acerca do tema, esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que a conversão poderá ocorrer quando houver incompatibilidade na execução da pena restritiva de direitos com a privativa de liberdade (art. 181, § 1º, alínea "e", da LEP e art. 44, § 5º, do Código Penal). Nesses casos, nos termos do art. 111 da LEP, deve-se proceder à unificação das penas, não sendo aplicável o art. 76 do Código Penal.

Confira-se:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PACIENTE QUE CUMPRIA PENA EM REGIME FECHADO. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENÇÃO A PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. UNIFICAÇÃO DE PENAS. SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS CONVERTIDA EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Independentemente de a condenação à pena restritiva de direitos ser anterior ou posterior à sanção privativa de liberdade, o único critério utilizável para manter a pena substitutiva é a compatibilidade de cumprimento simultâneo das reprimendas, quando da unificação.

3. Hipótese em que o paciente cumpria pena no regime fechado quando sobreveio nova condenação a duas penas restritivas de direitos.

Inviável a manutenção da pena alternativa à privação da liberdade, pois incompatível com o regime em que já cumpria pena por condenações anteriores.

4. Correta a decisão impugnada que, após a unificação, determinou a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, nos termos do que disciplina o art. 111, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, não havendo que se falar em aplicação do art. 76 do Código Penal, haja vista a incompatibilidade mencionada.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 285.152/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015)

RECURSO ORDINÁRIO. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DAS PENAS. RESTRITIVA DE DIREITOS. PRIVATIVA DE LIBERDADE. UNIFICAÇÃO. PRESCRIÇÃO. SUPRESSÃO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE.

1. O Juiz da execução pode converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando, sobrevindo nova condenação, o regime prisional fixado for incompatível com o cumprimento da pena restritiva de direitos. Precedentes.

2. Inviável o exame da alegação de prescrição, sob pena de supressão de instância, além de não estarem os autos instruídos com os elementos essenciais.

3. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, improvido. Prejudicado o agravo de fls. 107/109.

(RHC 47.011/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 03/02/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INCOMPATIBILIDADE COM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CUMPRIMENTO DA PENA ALTERNATIVA ANTERIORMENTE IMPOSTA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que, nos termos do art. 181, § 1º, alínea "e", da LEP, c.c. art. 44, § 5º, do Código Penal, o Juiz da execução pode converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade se, durante a execução da pena, sobrevier nova condenação que torne incompatível o cumprimento da restritiva de direitos anteriormente imposta.

- Diante da nova condenação no regime fechado, verifica-se a total incompatibilidade do cumprimento simultâneo com as restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária anteriormente impostas. Habeas corpus não conhecido.

(HC 259.204/RS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 10/09/2014)

No caso concreto, esclarece o Juízo das Execuções Criminais que: "o paciente foi condenado no processo 0000241-97.2007.8.26.0205, que tramitou perante o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Getulina-SP, a pena de 02 anos de reclusão, como incurso no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, em regime inicial aberto, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e multa, no valor de 10 dias-multa, gerando a execução n. 4. Assim, uma vez que o paciente se encontra cumprindo pena em regime mais gravoso (fechado), este Juízo, em 06.04.2016, converteu a pena restritiva de direitos do feito n. 0000241-97.2007.8.26.0205 (execução n. 4)" (e-STJ fl. 670).

Portanto, o ora paciente cumpria pena privativa de liberdade (reclusão).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Durante o cumprimento da reprimenda sofreu nova condenação à pena privativa de liberdade em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, razão pela qual o Juízo da Vara de Execuções Criminais converteu as penas restritivas em privativa de liberdade, em consonância com a legislação de regência da matéria. Decisão mantida pelo Tribunal de origem, em sede de agravo em execução penal.

De fato, em hipóteses como a dos autos, nos termos do art. 111 da LEP, deve-se proceder à unificação das penas, não sendo aplicável o art. 76 do Código Penal.

Colaciono, a título exemplificativo, o seguinte julgado:

PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. PACIENTE QUE CUMPRE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM REGIME SEMIABERTO. NOVA CONDENAÇÃO A SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO CONCOMITANTE OU DE SUSPENSÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS. CONVERSÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE QUE SE IMPÕE. NECESSIDADE DE UNIFICAÇÃO DAS PENAS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 76 E 111 DO CÓDIGO PENAL E DO ART. 181, § 1º DA LEP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - Esta Corte pacificou entendimento no sentido de que, no caso de nova condenação a penas restritivas de direito a quem esteja cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado ou intermediário, é inviável a suspensão do cumprimento daquelas - ou a execução simultânea das penas. Nesses casos, nos termos do art. 111 da LEP, deve-se proceder à unificação das penas, não sendo aplicável o art. 76 do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 346.851/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 05/05/2016)

Assim, não restou configurada flagrante ilegalidade, hábil a ocasionar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deferimento, de ofício, da ordem postulada.

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0194655-5

HC 411.098 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 70105351920168260482 747687

EM MESA

JULGADO: 19/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SILVIA EMBOABA DA COSTA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
ADVOGADO : SILVIA EMBOABA DA COSTA - SP384646
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON ADRIANO DE CASTRO LEITE (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.