RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.451 - RJ (2018/0275753-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	RAFAEL OLIVEIRA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por **RAFAEL OLIVEIRA DA SILVA** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região assim ementado (e-STJ, fl. 331):

> "CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO NO CURSO DA EXECUÇÃO. FALTAS DISCIPLINARES DE NATUREZA GRAVE. ORDEM DENEGADA.
> I - O paciente foi condenado a uma pena privativa de liberdade de 03 (três) anos de reclusão (em regime aberto) – que foi substituída por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária – e ao pagamento de 30 dias-multa.
> II – A autoridade impetrada, num primeiro momento, substituiu a pena de prestação pecuniária por outra pena de prestação de serviço, em vista dos reiterados descumprimentos e das alegações da defesa, o que não impediu que persistisse no descumprimento, bem como alterasse, segundo robustos elementos de provas, as folhas de frequência apresentadas ao Juízo (fato definido como crime de falsificação de documento público).
> III – Não restou caracterizado no writ flagrante ilegalidade perpetrada pela autoridade impetrada que acompanhou o caso do paciente com cautela, lhe deu inúmeras oportunidades e, diante do cometimento de duas faltas disciplinares de natureza grave, converteu às penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, bem como regrediu o regime para o semiaberto.
> IV – Esta Corte Federal não tem competência para conhecer nem do pedido de transferência para unidade prisional compatível com o regime semiaberto nem do pedido de conversão da prisão em domiciliar (súmula n.º 192 do STJ).
> V – Ordem denegada."

Neste recurso, o recorrente alega, em preliminar, que o TRF da 2ª Regiaõ é competente para análise e julgamento do *habeas corpus* lá impetrado, pois o alegado constrangimento ilegal sofrido pelo paciente é atribuído ao Juízo da 9ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

No mérito, aduz que o sentenciado cumpria pena restritiva de direitos e que, em razão do cometimento de fato definido como crime, o Juiz de 1º grau determinou a regressão para o regime semiaberto.

Aponta violação ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/88), já que, apesar da confissão da prática do fato, não houve apuração criminal da conduta, condenação e nem mesmo processo administrativo

disciplinar para a apuração de falta grave.

Sustenta que o descumprimento da pena restritiva de direitos restabelece a pena privativa de liberdade, tal como lançada no decreto condenatório que, no caso, seria o seu retorno ao regime aberto.

Argumenta que faz *jus* à prisão domiciliar porque é pai de adolescente com 15 anos de idade, portador de doença incurável (osteogênese imperfeita).

Requer a reforma do acórdão combatido, bem como (e-STJ, fl. 353):

a)"nova chance ao paciente de voltar a cumprir a pena restritiva na modalidade de prestação de serviços"; b) "que ocorra a regressão do paciente para o regime prisional aberto, ao invés do semiaberto"; c) "autorizada a prisão domiciliar".

O Ministério Público Federal opina pelo provimento parcial do recurso (e-STJ, fls. 367-370).

É o relatório.

Decido.

Não se vislumbra a ocorrência de ilegalidade passível de reforma na decisão no que pertine à revogação das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade.

O Juízo monocrático não colheu as escusas apresentadas pelo apenado e determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme segue (e-STJ, fls. 23-24):

> "Trata-se de execução penal movida em face de RAFAEL OLIVEIRA DA SILVA.
> O apenado foi condenado a uma pena privativa de liberdade de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 30 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo, pelo crime previsto no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, c/c artigo 71, ambos do Código Penal.
> A pena corporal foi substituída por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação e serviços à comunidade e prestação pecuniária (fl. 69).
> Em 17/09/2013, foi realizada audiência especial neste Juízo, oportunidade em que o apenado foi cientificado das suas penas restritivas de direitos.
> À fl. 132, repousa Termo de Audiência de Advertência.
> Tendo em vista o endereço do apenado, foi expedida carta precatória ao Juízo competente de Niterói para cumprimento e fiscalização das penas restritivas de direitos.
> Às fls. 214/216, consta decisão do Juízo Deprecante determinando a devolução da referida carta precatória, em razão de verificação de alteração das folhas de frequência do apenado.
> É o que importa relatar. Passo a decidir.
> A pena alternativa, de fato, revela benefícios, mas requer irrevogável adesão do apenado, sem o que, o fato permanece sem qualquer resposta penal, situação evidentemente incompatível com a Constituição, por tornar desprotegidos bens jurídicos preservados pela norma penal incriminadora.
> Com efeito, os documentos originais juntados aos autos, a certidão do Juízo Deprecado e a própria confissão do apenado, exteriorizada, nesta data, tornam indene de dúvida que o apenado praticou crime no curso da execução penal.

> Como bem destacado pelo MPF, não apenas praticou novo fato delituoso, como o fez com o escopo de evitar a punição recebida por outro crime, ingressando em espiral de criminalidade que justamente a pena alternativa visa evitar.
> As justificativas apresentadas não isentam o réu de culpa. Ao contrário, ser responsável por uma criança portadora de necessidades especiais deveria gerar ao réu maior senso de responsabilidade, justamente por sua enorme carga familiar, por ser pai de família. Contudo, optou pela via fácil da prática de crime.
> Saliento que forma inúmeras as oportunidades conferidas ao apenado, desde 2013, tendo a primeira audiência de advertência se realizado há quatro anos atrás, em 2014 (fls. 102 dos autos físicos).
> Não obstante a renovação das chances para o cumprimento da pena, a situação de descumprimento perdurou por todos os anos em que tramitou esta execução penal, o que, por si só, é falta grave, nos termos do artigo 51, da LEP. O descumprimento foi, ao fim e cabo, coroado com novo ilícito penal, o que representa nova falta disciplinar de natureza grave, nos termos do artigo 52 da LEP.
> Sendo assim, não resta outra alternativa a este Juízo a não ser a sua conversão em pena privativa de liberdade, conforme requerido pelo MPF, em razão do cumprimento irregular da pena alternativa, bem como a regressão ao regime semi-aberto, em razão da prática de novo crime no curso da execução penal.
> Isto posto, com aplicação do art. 181 e 118 da Lei de Execução Penal c/c art. 44, § 4º do Código Penal, CONVERTO as penas restritivas de direitos em pena privativa de liberdade, regredindo, ainda, o regime ao semi-aberto."

O Tribunal de origem manifestou-se acerca da questão nos seguintes termos (e-STJ, fl. 329).

> “Note-se que o cometimento, pelo apenado, de fato definido como crime doloso no curso da execução, caracteriza falta grave, independentemente do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (súmula n.° 526 do STJ), por se tratar de procedimento administrativo, sendo certo que não se exige, igualmente, o refido trânsito em julgado para a regressão de regime, o que seria mesmo lógico, pois do contrário estaria completamente esvaziado o poder de coerção do Juízo da Execução, que diante do descumprimento nada poderia fazer para cumprir suas atribuições.
> Assim, não vislumbro flagrante ilegalidade perpetrada pela autoridade impetrada que acompanhou o caso do paciente com cautela, lhe deu inúmeras oportunidades e, diante do cometimento das duas faltas disciplinares de natureza grave, converteu às penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, bem como regrediu o regime para o semiaberto, nos termos dos artigos 51, 52, 66, III, b, e 118 da LEP."

Os arts. 51 e 181 da Lei de Execução Penal preceituam que:

> "Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:
> I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;

> II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;
> III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
>
> Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.
> § 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:
> a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;
> b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;
> c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;
> d) praticar falta grave;
> e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa."

O art. 44, § 4º, do Código Penal também disciplina a matéria:

> "Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
> [...]
> § 4º **A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta**. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão."

Vê-se que o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias se coaduna com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "o descumprimento das penas restritivas de direito acarreta a sua conversão em pena privativa de liberdade, nos termos delineados no art. 44, § 4º, do Código Penal - CP, e art. 51, inc. I, c/c o art. 181, da Lei de Execução Penal - LEP" (RHC 92.245/SP, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 2/10/2018, DJe 15/10/2018).

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. DECRETO N. 8.615/15. INDEFERIMENTO DE INDULTO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. PENAS AUTÔNOMAS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL - CP. CUMPRIMENTO DE UM QUARTO (PRIMÁRIO) OU UM TERÇO (REINCIDENTE) DE CADA UMA DAS PENAS RESTRITIVAS IMPOSTAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

> DESCUMPRIMENTO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ART. 44, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
> 2. Cada uma das penas alternativas aplicadas ao paciente possui finalidade distinta - prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade. De tal modo, não se pode permitir que o maior cumprimento de uma das penas restritivas compense o cumprimento da outra sob pena de se desvirtuar a natureza das medidas. Com isso, verifica-se que a exigência de que o sentenciado cumpra pelo menos 1/4 das penas deve ser verificada em relação a cada uma das penas impostas isoladamente. Precedentes. 3. **O descumprimento das penas restritivas de direito acarreta a sua conversão em pena privativa de liberdade, em qualquer dos regimes mais gravosos, nos termos do art. 44, § 4º, do Código Penal - CP e art. 51, inc. I, c/c o art. 181, § 1º, alínea "b", da Lei de Execução Penal - LEP. Habeas corpus não conhecido**." (HC 442.388/SP, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 21/8/2018, DJe 31/8/2018, grifo-se.)

Já em relação ao reconhecimento de falta grave, o constrangimento apontado é evidente.

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial 1.378.557/RS, sob o rito de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), decidiu que, "para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado" (rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 21/3/2014, grifou-se).

O tema, inclusive, encontra-se sedimentado por meio da Súmula n. 533/STJ.

Verifica-se, portanto, que o entendimento das instâncias ordinárias, especificamente nesse ponto, encontra-se dissonante da referida orientação jurisprudencial já sumulada, já que concluíram pela prática de falta grave cometida pelo paciente sem a devida instauração do PAD.

No mais, anoto que o pleito de prisão domiciliar para cuidar de filho menor de idade e acometido de doença incurável não foi apreciado na origem, o que impede a análise do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, para afastar o reconhecimento da falta grave, sem prejuízo de regular instauração do PAD, observado o prazo prescricional de 3 (três) anos, nos termos do art. 109, VI, do CP e, em consequência, **determinar que o recorrente seja colocado em regime aberto**, se por outro motivo não estiver preso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator