HABEAS CORPUS Nº 470.766 - SP (2018/0248739-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	MARISE FIGUEIREDO
ADVOGADO	:	MARISE FIGUEIREDO GUELERE - SP069136
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSE GLICERIO DE LIMA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de JOSE GLICERIO DE LIMA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no (Agravo em Execução n. 0016998-76.2017.8.26.0348).

O MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Mauá, que converteu a pena restritiva de direitos do paciente em privativa de liberdade, no regime semiaberto, pelo descumprimento daquela.

Inconformada, defesa interpôs agravo em execução arguindo que o paciente foi condenado à pena de 8 meses de serviços à comunidade, tendo cumprido a metade e deixado de comparecer em razão de problemas de saúde. Alegou que não foi intimado para justificar a falta, sendo de rigor a anulação da decisão de conversão. O Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO ALEGAÇÃO DF. QUE A DECISÃO DE RECONVERSÃO DA PENA ALTERNATIVA DEVE SER ANULADA. EXPEDINDO-SE CONTRAMANDADO DE PRISÃO EM FAVOR DO AGRAVANTE, POR AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA APRESENTAR JUSTIFICATIVA PARA O DESCUMPRIMENTO DESSA.*
>
> *CASO EM QUE O PLEITO DEFENSIVO NÃO VINGA. POR FALTA DE AMPARO LEGAL, EM RAZÃO DA EXPRESSA PREVISÃO LEGAI QUANTO A ACERTADA FORMA DE PROCEDER TOMADA NA R. SENTENÇA HOSTILIZADA, VERIFICANDO-SE NOS AUTOS A PLENA CIÊNCIA DO CONDENADO QUANTO ÀS CONSEQÜÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTOS DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS, PARA AS QUAIS NÃO APRESENTOU JUSTIFICATIVA SATISFATÓRIA.*
>
> *Recurso desprovido.*

Agora a defesa apresenta o presente *habeas corpus,* reafirmando a nulidade da decisão que converteu a pena restritiva de direitos do paciente em privativa de liberdade uma vez que ele não foi intimado para apresentar justificativas de sua ausência ao serviço.

Requer, em liminar e no mérito, que se declare nula a decisão de conversão, com a designação de audiência para a oitiva do paciente a fim de que possa apresentar as suas justificativas.

Liminar indeferida às fls. 18/19.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, conforme parecer de fls. 26/32.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria 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 que justifique a concessão da ordem de ofício.

O Tribunal de origem afastou a aventada nulidade mediante a seguinte fundamentação:

> *2 - No caso vertente, o presente recurso não pode prosperar. Por primeiro, imperioso observar que nada há de facultativo, como asseverado pela Defesa a fl. 04 de sua minuta recursal, em relação ao cumprimento de penas substitutivas das corporais, benefício concedido ao agravante até de maneira extravagante, já que se trata de reincidente, conforme reconhecido na decisão monocrática à fl. 104.*
>
> *Despicienda se mostra a reclamada intimação para justificação das reiteradas ausências no cumprimento da prestação de serviços à comunidade imposta, por ausência de previsão legal, somente havendo de se promover sua pura e simples reconversão em aflitiva, quando observado o não cumprimento nos termos em que foi estabelecida.*
>
> > "Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida emprivativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seusincisos do Código Penal.
> >
> > § 1º A pena de prestação de serviços à comunidade

seráconvertida quando o condenado:

b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ouprograma em que deva prestar serviço".

Dos documentos juntados aos autos, em especial o mandado de intimação de fl. 152, denota-se que o agravante, antes mesmo de iniciar a prestação de serviços que lhe foi imposta, já tinha ciência da consequência de REVOGAÇÃO da benesse em caso de desídia, e ainda assim, a cumpriu de forma irregular, prestando tão somente 20, ou 16 horas de serviços, a afrontar o acordado de 32 horas (fls. 160 e 162).

Por derradeiro, tem-se ainda, o minucioso relatório de fl. 165, no qual os responsáveis pela fiscalização da pena alternativa mencionaram sobre o irregular cumprimento das obrigações impostas, chegando ao ponto de comparecer ao local de trabalho na companhia de menor infante, sob a alegação de que não tivessem com quem deixá-lo.

Saliente-se que em tal ocasião, foi-lhe indagado sobre a guardada criança (seu neto), tendo se limitado a dizer que dela cuidava, porque os pais "estão por ai", oportunidade em que foi advertido novamente acercadas consequências de sua forma de proceder, quando de forma acintosa disse que "procuraria seus direitos".

Diante desse cenário, não há que se cogitar de que seja ofertada nova oportunidade para que justifique suas ausências, mormente porque durante todo o período em que o teve, para fazê-lo, não apresentou justificativa plausível que fosse apta a isentá-lo do cumprimento de pena alternativa, imposta por força de decisão condenatória criminal, já transitada em julgado.

Nem se mostra factível argumentar que sua prisão em regime fechado, à míngua de estabelecimento adequado ao semiaberto, na Comarca em que reside, lhe causará constrangimento ilegal, porque já terá atingido, em época futura, o lapso para progressão ao regime aberto novamente, já que tal argumento se eiva de suposições e projeções futuras, e somente no momento correlato deverão ser apreciados (fls. 8/14)

Em que pese as peculiaridades do caso concreto, ante o aparente descaso do recuperando com a execução da pena restritiva de direitos, o fato é que não houve intimação prévia para apresentar formalmente justificativa antes da decisão que converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

Ao não declarar tal nulidade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo divergiu frontalmente da jurisprudência dominante nesta Corte Superior acerca do tema.

Vejamos:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. REGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE OITIVA DO CONDENADO PARA POSSÍVEL JUSTIFICAÇÃO. NECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, para a conversão de medidas restritivas de direito em pena privativa de liberdade, é indispensável a intimação do condenado para que esclareça as razões do descumprimento, em audiência de justificação. assegurando-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa.

III - Na hipótese, ante a mera notícia de que o paciente retirou em cartório, pessoalmente, o ofício para dar início à prestação de serviços à comunidade, mas não compareceu ao local indicado, converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, determinou a regressão de regime e consignou que somente após o cumprimento do mandado de prisão, seria designada a audiência de justificação (fl. 125), o que configura constrangimento ilegal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar as decisões das instâncias ordinárias, e determinar ao Juízo da Execução que ouça previamente o sentenciado em audiência de justificação, antes de decidir acerca da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (HC 486.269/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/03/2019).

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA. IMPOSIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CUMPRIMENTO. CONVERSÃO DA RESTRIÇÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DO APENADO. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO.

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 certo que o descumprimento injustificado da restrição imposta autoriza a adoção dessa medida.

2. Em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa - assegurados pelo artigo 5º, LV, da Constituição Federal -,

é imprescindível que o magistrado, ao deparar com o não cumprimento de pena restritiva de direitos, determine, antes da conversão em privativa de liberdade, a intimação do reeducando para que este, acompanhado pelo seu defensor, esclareça as razões que o levaram a não cumprir a restrição. Precedentes.

3. O simples fato de o apenado, no momento da imposição inicial da pena restritiva de direitos, ter sido cientificado de que o descumprimento da restrição implicaria conversão desta em pena privativa de liberdade não exime o juiz de, ante o não cumprimento, determinar a intimação para fins de justificação.

4. Determinação de expedição de mandato de prisão - ainda que para o cumprimento de pena em regime aberto e mesmo que "para fins de justificação" - representa conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, medida condicionada à ouvida do condenado previamente intimado para apresentar sua justificativa.

5. No caso em exame, o recorrente, embora tenha iniciado o cumprimento da pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços gratuitos a instituição filantrópica, deixou de comparecer à instituição. Diante disso, o magistrado singular ordenou a expedição de mandado de prisão "para fins de justificação", bem como para o cumprimento da pena no regime aberto.

6. Conforme julgados desta Corte, não haverá ilegalidade em eventual conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade na hipótese em que o magistrado, ante o não cumprimento de pena restritiva de direitos, cumpra o dever de determinar a intimação do apenado com a finalidade de obter justificativa, mas este não seja encontrado, nos moldes do procedimento contido no Código de Processo Penal, o que não ocorreu na hipótese em exame.

7. Recurso provido para anular a decisão que determinou a expedição de mandado de prisão, bem como os atos subsequentes a esse, a fim de conceder ao recorrente a oportunidade, após intimação prévia, de apresentar justificativa acerca do não cumprimento da pena restritiva de direitos imposta a ele (RHC 91.925/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 23/05/2018)

De rigor, portanto, a concessão da ordem.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34,inciso XVIII, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração. Contudo, concedo a ordem de *habeas corpus*, de ofício, para anular a decisão que determinou a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, devendo ser o paciente intimado para apresentar justificativa a respeito do não cumprimento da pena alternativa antes da regressão definitiva.

Publique-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator