

HABEAS CORPUS Nº 536.964 - SP (2019/0295614-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FLÁVIO DE ALMEIDA PONTINHA - SP269293
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON CARLOS FERREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de ANDERSON CARLOS FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravado em Execução n. 7000685-59.2019.8.26.0344).

Consta dos autos que o Juízo das Execuções Criminais converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, fixou o regime fechado e determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente.

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução perante a Corte estadual. Entretanto, o Tribunal negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 14):

Agravo em execução. Decisão que reconverteu em privativa de liberdade a pena restritiva de direitos imposta, fixou o regime fechado.

Pedido defensivo pleiteando a cassação do decisum, para que seja suspensa a pena restritiva de direitos. Não acolhimento. Verificada a incompatibilidade entre o cumprimento da pena alternativa e a reclusiva, impõe-se a conversão daquela em privativa de liberdade. Artigos 44, § 5º, do Código Penal, e 181, § 1º, alínea "e", da Lei de Execução Penal. Manutenção da decisão recorrida. Recurso não provido.

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega que o v. acórdão foi contrário às disposições expressas nos arts. 44, § 5º, do Código Penal e 181, § 1º, da LEP, nos quais não está prevista a reconversão da pena, quando a condenação à pena restritiva de direitos ocorre depois do início do cumprimento da pena

privativa de liberdade.

Dispõe, assim, sobre os pressupostos para a reconversão da pena:

(i) a condenação pela prática de outro crime que traga pena privativa de liberdade seja posterior à condenação ao cumprimento da pena restritiva de direitos e que
(ii) o sentenciado esteja efetivamente cumprindo a pena restritiva de direitos quando da prática do crime que acarrete condenação à pena privativa de liberdade, pois só assim, haverá descumprimento de condições da pena restritiva de direitos que justifique sua reconversão em privativa de liberdade (e-STJ fl. 6).

Registra, então, que deve ser aplicado o art. 76 do CP, postergando-se o início do cumprimento da pena restritiva de direitos para período subsequente ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

Com base no exposto, pretende, em liminar e no mérito, a sustação da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, adiando a execução da pena restritiva de direitos para período posterior ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

Liminar indeferida (e-STJ fls. 25/27).

Informações prestadas pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Marília/SP (e-STJ fls. 31/33).

O Ministério Público Federal opina "pelo não conhecimento ou, subsidiariamente, vencida a preliminar, pela concessão do *habeas corpus*" (e-STJ fls. 38/48).

É o relatório. **Decido.**

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 alinham-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 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 fls. 15/21):

[...]

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, pelo que se infere dos autos (fls. 13/21), o sentenciado estava a resgatar pena privativa de liberdade, em regime fechado (Processo nº 0007424-32.2016.8.26.0132 - Execução "05"), com término previsto para 15/04/2024 e, ante o registro de nova condenação à pena de 9 meses de reclusão, em regime aberto, substituída a pena corporal por restritiva de

direitos consistente em prestação de serviços à comunidade (Processo nº 0010979-62.2013.8.26.0132 - Execução "06"), sobreveio a decisão recorrida que converteu esta última em privativa de liberdade (fl. 12).

Ora, embora já tenha me posicionado em sentido contrário, entendo, agora, após melhor refletir sobre o tema, que a superveniência de nova condenação impondo pena restritiva de direitos a sentenciado que já estava a cumprir pena corporal em regime fechado, enseja a conversão da pena superveniente quando, como na espécie dos autos, se mostrar incompatível o cumprimento simultâneo, inexistindo distinção, nesse aspecto, se a pena substitutiva decorre de condenação anterior ou posterior à pena privativa de liberdade.

A propósito, assim vem se posicionando a jurisprudência mais atual... [...]

De fato, em casos envolvendo a conversão da pena restritiva de direitos, é preciso observar as regras dos artigos 44, § 5º, do Código Penal, e 181, § 1º, alínea "e", da Lei de Execução Penal, sendo certo que este último dispositivo é taxativo ao dispor que "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".

[...]

Assim, alterando meu anterior posicionamento, penso, agora, que o caso não comporta a aplicação do disposto no artigo 76 do Código Penal, existindo total incompatibilidade de cumprimento simultâneo da pena reclusiva em regime inicial fechado e da pena substitutiva.

[...]

Em suma, as penas restritivas de direitos devem, em regra, ser imediatamente descontadas, após a expedição do decreto condenatório. Na hipótese dos autos, todavia, estando o agravante também condenado à pena privativa de liberdade — regime inicial fechado, cuja execução não foi suspensa há total incompatibilidade entre o cumprimento da pena alternativa e a reclusiva, impondo-se a conversão daquela em privativa de liberdade, elaborando-se novo cálculo, com a necessária somatória das penas, inclusive para a adequação do regime prisional.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

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 CONDENAÇÃO 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.

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 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)

Na espécie, o ora paciente sofreu condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado. Durante o cumprimento da reprimenda, sobreveio nova condenação à pena privativa de liberdade (reclusão), em regime aberto, substituída a pena corporal por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, razão pela qual o Juízo da Vara de Execuções Criminais converteu a pena restritiva de direitos 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.

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.

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 deferimento, de ofício, da ordem postulada.

Diante do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus*.

Intimem-se.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator