

Pena restritiva de direitos - Conversão em pena
privativa de liberdade - Ausência de intimação da
defesa para justificação - Violação ao devido
processo legal, ao contraditório e à ampla defesa
- Constrangimento ilegal - *Habeas corpus* -
Concessão em parte

Ementa: *Habeas corpus*. Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Nulidade da decisão. Ausência de intimação da defesa para justificação. Violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida em parte.

- A conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, sem a intimação prévia da defesa para justificação, acarreta a nulidade da decisão, por violação às garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Habeas corpus concedido em parte.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.11.030015-9/000 - Comarca de Caratinga - Paciente: A.E.A.C. - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, de Execuções Penais e de Cartas Precatórias Criminais da Comarca de Caratinga - Relator: DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Duarte de Paula, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER EM PARTE A ORDEM.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2011. - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de A.E.A.C., condenado a 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, e ainda, a 6 (seis) meses de suspensão/proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pela prática do crime previsto no art. 302, *caput*, da Lei 9.503/97, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, de Execuções Criminais e de Cartas Precatórias Criminais da Comarca de Caratinga.

Informou que a pena restritiva aplicada foi convertida em pena privativa de liberdade, uma vez que o réu, por se encontrar em local incerto e não sabido, não compareceu às audiências admonitórias designadas.

Afirmou que, em que pese estivesse o paciente em local incerto e não sabido, não houve a nomeação de defensor para as audiências admonitórias, conforme dispõe o art. 564, inciso III, alínea c, do Código de Processo Penal, afrontando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Dessa forma, arguiu preliminar de nulidade por falta de nomeação de defensor dativo ou público ao paciente, pleiteando a anulação de todo o processo a partir da primeira audiência admonitória.

Arguiu, de igual sorte, nulidade por falta de intimação do defensor, pois também houve outro vício processual na decisão que converteu a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, uma vez que o defensor do paciente não foi intimado para a audiência admonitória, bem como da decisão proferida na referida audiência, ferindo o disposto no art. 370, §§ 1º e 4º, do Código de Processo Penal.

Eventualmente, caso não seja acolhida nenhuma das preliminares suscitadas, requereu a restauração da pena restritiva de direitos, já que não houve falta grave nem obstáculos justificáveis para a conversão, ressaltando que a pena não tem somente caráter de punição, mas também de ressocialização, a fim de que o condenado tenha condições psíquicas, físicas e profissionais de retornar ao meio social.

Pleiteou, ainda, em caso de entendimento diverso, que o paciente seja imediatamente colocado no regime de cumprimento de pena que lhe fora imposto, qual seja o regime aberto, uma vez que ele vem cumprindo a pena em regime fechado, no Presídio de Caratinga.

Asseverou que

fazer o paciente cumprir a pena em regime de severidade maior que a adequada, caracteriza flagrante ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena e desrespeito à sua integridade física e moral, devendo ser imediatamente promovido para o estágio mais benéfico, sendo este inclusive o regime ao qual fora condenado (f. 09).

Acrescentou que o paciente possui residência fixa e ocupação lícita.

Por fim, requereu o deferimento da liminar e, ao final, a concessão definitiva da ordem, com a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Juntou os documentos de f. 12/78.

A liminar foi por mim indeferida às f. 83/85.

Requisitadas as informações à autoridade impetrada, foram elas prestadas às f. 91/92, acompanhadas dos documentos de f. 93/117.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 119/122, opinou pela concessão parcial da ordem, encaminhando-se o paciente à casa de albergado da Comarca de Caratinga, para o cumprimento da pena em estabelecimento adequado ao regime prisional aberto.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento da impetração.

De fato, impõe-se a concessão parcial do *writ*, mas por fundamento diverso dos alegados pela defesa.

Primeiramente, vale ressaltar que não há falar em nulidade das audiências admonitórias realizadas sem a intimação prévia da defesa, ou mesmo sem que fosse nomeado ao paciente defensor *ad hoc*, até porque, em verdade, conforme consta dos termos de audiência de

f. 44 e 49, tais audiências não chegaram a se realizar, diante da ausência do sentenciado, de modo que não vislumbro, *in casu*, a ocorrência de prejuízo para a defesa.

Contudo, o presente feito encontra-se eivado de nulidade insanável.

Isso porque, conquanto tenham sido esgotados todos os meios para a intimação do paciente para a audiência admonitória, vindo ele a ser intimado por edital (f. 48), em conformidade com o disposto no art. 181, § 1º, *a*, da LEP, certo é que a defesa não foi intimada para se manifestar sobre o pedido do Ministério Público de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (f. 49-v.) e que culminou com a decisão de f. 50, em que foi o pleito ministerial acolhido, determinando-se a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Ora, a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, sem a prévia intimação da defesa, acarreta, por óbvio, a nulidade da respectiva decisão, havendo inegável violação às garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Não se concebe que o juiz, ao tomar medida tão gravosa e prejudicial ao sentenciado, não ouça antes o seu defensor, para que este possa justificar o descumprimento das penas restritivas impostas ao condenado ou, ao menos, como na hipótese dos autos, informar sobre o seu paradeiro.

Outro não é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Execução penal. *Habeas corpus*. Furto simples tentado. Intimação. Início de cumprimento de pena. Não localização do paciente. Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Ausência de intimação da defesa para justificação. Violação à ampla defesa. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

1. '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).

2. Ordem concedida para que, cassando o aresto impugnado, seja determinada a intimação da defesa, nos termos dos arts. 194/196 da LEP. (STJ, HC 97790/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 06.10.2009, p. no DJe em 03.11.2009.)

Este egrégio Tribunal de Justiça também assim já se manifestou:

Execução. Descumprimento da prestação pecuniária. Conversão da pena restritiva de direito para a pena privativa de liberdade. Ausência de oitiva do recuperando e do seu defensor. Cerceamento de defesa. Nulidade da decisão. - Se o condenado teve sua pena restritiva de direito convertida para pena privativa de liberdade ao fundamento de que descumpriu a reprimenda de prestação pecuniária, a decisão encontra-se eivada de mácula insanável consistente na ocorrência de cerceamento de defesa pela ausência de oitiva prévia do recuperando e de seu defensor (TJMG, Agravo em

Execução nº 1.0000.07.457363-5/001, Rel. Des. Vieira de Brito, j. em 06.04.2010, p. em 19.04.2010).

Importa frisar que a via eleita é apta a reparar o constrangimento ilegal detectado, *in casu*, uma vez que prescinde da análise de quaisquer requisitos que demandem dilação probatória, o que seria incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

Aliás, a jurisprudência tem admitido, de maneira cada vez mais ampla, a impetração do *writ* como substitutivo recursal, quando possível ser aferido de plano, sem a necessidade de discussão de matéria fático-probatória, o alegado constrangimento ilegal.

Quanto aos demais pedidos, consistentes na restauração da pena restritiva de direitos e na transferência do paciente para casa de albergado da Comarca de Caratinga, restam prejudicados em face desta decisão.

Com essas considerações, concedo a ordem, em parte, para cassar a decisão que deferiu a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, devendo o Magistrado *a quo* proferir outra, após a prévia intimação da defesa. Em consequência, determino a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por al não estiver preso.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DUARTE DE PAULA e HÉLCIO VALENTIM.

Súmula - CONCEDERAM EM PARTE A ORDEM.