

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5000496-25.2022.8.19.0500

AGRAVANTE: MAYCON DE LIMA ROCHA

AGRAVADO MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATORA: DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. EXISTÊNCIA DE DUAS CARTAS DE EXECUÇÕES EM TRÂMITE NA VEP. UMA CONDENAÇÃO IMPONDO PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E OUTRA A RESTRITIVA DE DIREITO NA MODALIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. APENADO ENQUADRADO NO REGIME FECHADO. CONVERSÃO DA PENA SUBSTITUTIVA EM PRIVATIVA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA QUE NÃO SE ACOLHE. PRESENÇA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS SANÇÕES. *DECISUM* ESCORREITO. REGRAS DO REGIME FECHADO POSITIVADAS NO ARTIGO 34 DO CÓDIGO PENAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 44, §5º DO *CÓDEX* PENAL E 181, §1º, “E”, DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA E DE PREVISÃO LEGAL PARA EVENTUAL SUSPENSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO ATÉ O TÉRMINO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU SUPERVENIÊNCIA DE COMPATIBILIDADE. EXECUÇÃO PENAL É DINÂMICA, PODENDO SER MODIFICADA. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA UNIFICAÇÃO.

Inicialmente, mister consignar que o apenado possui em seu desfavor duas Cartas de Execuções que estão em trâmite na Vara de Execuções Penais, registrando-se que as reprimendas foram unificadas (artigo 111 da Lei de Execução Penal), insurgindo-se o agravante

contra a decisão do Juízo de 1º grau que converteu a prisão restritiva de direito imposta no processo 0180903-95.2018.8.19.0001 em privativa de liberdade, porém, não lhe assiste razão, porquanto: (1) O apenado estava cumprindo, no regime FECHADO, a reprimenda de **09 (NOVE) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO** pela prática dos delitos de tráfico e associação para tal fim, quando sobreveio nova condenação transitada em julgado, em razão do injusto previsto no artigo 33, §4º da Lei nº. 11.343/06, com o estabelecimento da pena de **01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO**, operada a substituição por duas restritivas de direitos, consistentes em **prestação de serviço à comunidade**, havendo incompatibilidade para que o condenado cumpra, simultaneamente, a pena substitutiva e a privativa de liberdade, pontuando-se que o cumprimento da reprimenda nos regimes fechado ou semiaberto em estabelecimento prisional, torna inviável que o apenado preste serviços à comunidade, autorizando sua conversão em privativa de liberdade, consoante a seguinte lição doutrinária: ***(...) Os regimes semiaberto e fechado, por sua vez, são compatíveis apenas com determinadas modalidades de penas restritivas de direitos, como a de prestação pecuniária e a de multa, sendo evidentemente inconciliáveis com a as demais formas de pena restritiva de direitos, como a prestação de serviços à comunidade. (...)***; (2) Examinando as regras do regime FECHADO positivadas no artigo 34 do Código Penal, verifica-se que o trabalho externo do apenado deve ocorrer em serviços/obras públicas ou no interior do estabelecimento prisional, o que, igualmente, inviabiliza o cumprimento da pena privativa de liberdade de prestação de serviços à comunidade, quando o apenado estiver no referido regime, tudo em consonância com o positivado nos artigos 44, §5º do citado Diploma Legal e artigo 181, §1º, “e”, da Lei de Execuções Penais; (3) Não há ofensa à coisa julgada, uma vez que a execução penal é dinâmica, ou seja, pode ser modificada sempre que houver nova condenação, com a conseqüente alteração do tempo da pena a ser cumprida e/ou regime prisional, por força da aplicação do instituto da unificação. Precedente do Superior Tribunal de Justiça e (4) Inexiste previsão legal para eventual suspensão da pena restritiva de direito até o término da privativa de liberdade ou superveniência de compatibilidade entre as duas decorrente, por exemplo, *de progressão do regime para o aberto, livramento condicional ou concessão de prisão domiciliar albergue*, porquanto a regra do artigo 111 da Lei de Execução Penais determina a unificação das penas aliado ao fato de que não se coadunam com a teleologia da Lei de Execução Penal.

DESPROVIMENTO DO RECURSO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução nº **5000496-25.2022.8.19.0500**, em que são Agravante **MAYCON DE LIMA ROCHA** e Agravado **MINISTÉRIO PÚBLICO**, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, **CONHECER O RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Agravo interposto contra a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais (fls. 27/28 - item 000002), que converteu a prisão restritiva de direito imposta no processo 0180903-95.2018.8.19.0001 em privativa de liberdade.

Aduziu o agravante, em suas razões recursais (fls. 37-41 - item 000002), que: 1) a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade somente deve ocorrer quando houver incompatibilidade absoluta entre o cumprimento concorrential daquelas espécies de sanções penais; 2) o agravante sofreu condenação criminal à pena privativa de liberdade de 01 ano e 08 meses de reclusão por violação ao artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, a qual restou substituída por 02 penas restritivas de direito de prestação de serviços à comunidade; 3) nem toda pena restritiva é incompatível com o cumprimento simultâneo de penas privativas de liberdade; 4) somente a pena de limitação de fim de semana revela-se totalmente incompatível com o cumprimento da pena privativa de liberdade e 5) é faticamente possível que o condenado, ainda que encarcerado para o cumprimento de pena privativa de liberdade, cumpra esta pena restritiva de direitos no interior do aparelho prisional.

Por fim, requer a **manutenção da higidez das penas restritivas de direito fixadas no Processo nº. 0180903-95.2019.9.19.0001**.

Contrarrazões ofertadas (fls. 69/70 - item 000002), requerendo o desprovimento do recurso.

Em sede de retratação às fls. 71 - item 000002, o Juízo *a quo* manteve a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

A Procuradoria de Justiça (item 000077), assim, manifestou-se: 1) considerando a unificação das penas na Vara de Execuções Penais, que somam 11 anos, evidente que não era possível ao Juiz da execução deixar de converter a pena restritiva de direitos substitutiva da pena de 1 ano e 11 meses de reclusão, porque não há como o condenado cumprir a pena substitutiva e 2) pelo desprovemento.

É O RELATÓRIO.

VOTO

O recurso será conhecido, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade, e desprovido.

Veja-se:

Inicialmente, mister consignar que o apenado possui em seu desfavor duas Cartas de Execuções que estão em trâmite na Vara de Execuções Penais:

CONDENAÇÕES

Ação Penal	Pena Original	Vara	Trânsito em Julgado
Artigos			
0211617-38.2018.8.19.0001	9a4m0d - APELAÇÃO	2 VARA CRIMINAL DE NOVA FRIBURGO	
Art. 33, CAPUT, Lei 11343/06 - Lei de Drogas ; Art. 35, CAPUT, Lei 11343/06 - Lei de Drogas ;			
0180903-95.2018.8.19.0001	1a8m0d - APELAÇÃO	2 VARA CRIMINAL DE NOVA FRIBURGO	
Art. 33, § 4º, Lei 11343/06 - Lei de Drogas ;			

, registrando-se que as reprimendas foram unificadas (artigo 111¹ da Lei de Execução Penal), em cumprimento ao despacho datado de 02 de julho de 2021:

- 1) Cumpra-se o v. acórdão de seq. 8.3.
Retifique-se o *quantum* da pena.
- 2) Cumpra-se o v. acórdão em anexo.
Atualize-se o cálculo.
- 3) À Defesa para manifestação sobre o requerimento de conversão da PRD em PPL.
Após, conclusos para decisão.
- 4) Aguarde-se o cumprimento dos itens anteriores para apreciação da progressão de regime

Rio de Janeiro, 02 de junho de 2021.

Ana Paula Abreu Filgueiras
Juíza de Direito

¹ Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

(sequencial 18.1), constando do Atestado de Pena Gerado em 11/07/2022 10:06:11 o seguinte **RESUMO DA SITUAÇÃO EXECUTÓRIA:**

Pena Total:	11a0m0d
Pena Cumprida Até Dt Atual:	3a10m29d
Pena Remanescente:	7a1m1d
Total Detração:	0a0m0d
Total Interrupções:	0a0m15d
Total Dias Remidos:	0
Regime Atual:	Fechado - ATIVO
Harmonização:	Não

Feito este breve introdutório, insurge-se o agravante contra a decisão do Juízo da Execução que converteu a prisão restritiva de direito imposta no processo 0180903-95.2018.8.19.0001 em privativa de liberdade, sob o seguinte fundamento: 1) Trata-se de requerimento de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, na forma do art. 44, § 5º, do CP. A Defesa se opôs ao requerimento à seq. 25, argumentando que é faticamente possível que o condenado, ainda que encarcerado para o cumprimento de pena privativa de liberdade, cumpra esta pena restritiva de direitos no interior do aparelho prisional. É o relatório. **Dispõe o parágrafo 5º do artigo 44 do Código Penal que: § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998).** No caso em tela, além da condenação a 1 ano e 8 meses de reclusão que foi substituída por penas restritivas de direitos, o executado foi condenado a 9 anos e 4 meses de reclusão no processo 0211617-38.2018.8.19.0001. Incabível o cumprimento da pena restritiva durante o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto, visto que o trabalho no interior dos estabelecimentos prisionais está sujeito a regime jurídico próprio, não se confundindo coma prestação de serviços à comunidade. Assim, com base no art. 44, § 5º, do CP, converto a PRD imposta no processo 0180903-95.2018.8.19.0001 em privativa de liberdade. (fls. 27/28 - item 000002).

Pois bem. Não merece prosperar o pleito da combativa defesa de manutenção da higidez das penas restritivas de direito fixadas no Processo nº. 0180903-95.2019.9.19.0001 ao se considerar que a conversão da pena substitutiva da prisão está escorreita pelas razões que passo a expor:

(1) O apenado estava cumprindo, no regime **FECHADO**, a reprimenda de **09 (NOVE) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO** que lhe foi imposta nos autos do processo nº. 0211617-38.2018.8.19.0001 oriundo da 2ª Vara Criminal de Nova Friburgo pela prática dos delitos de tráfico e associação para tal fim, quando

sobreveio nova condenação transitada em julgado, em razão do injusto previsto no artigo 33, §4^o da Lei nº. 11.343/06 - feito de origem 0180903-95.2018.8.19.0001 - , no qual restou estabelecida a pena de **01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO**, com sua substituição por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução, havendo incompatibilidade para que o condenado cumpra, simultaneamente, a pena substitutiva e a privativa de liberdade.

E isso, porque o cumprimento da reprimenda nos regimes fechado ou semiaberto em estabelecimento prisional, torna inviável que o apenado preste serviços à comunidade, autorizando sua conversão em privativa de liberdade, com a devida unificação, nos termos do artigo 111 da Lei nº. 7.210/84, consoante a seguinte lição doutrinária: (...) **Os regimes semiaberto e fechado, por sua vez, são compatíveis apenas com determinadas modalidades de penas restritivas de direitos, como a de prestação pecuniária e a de multa, sendo evidentemente inconciliáveis com a as demais formas de pena restritiva de direitos, como a prestação de serviços à comunidade.** (...)³

Destaca-se, ainda, ser irrelevante que a condenação com a imposição da sanção de reclusão seja anterior ou posterior àquela que aplicou a medida alternativa, registrando-se que o §2º do artigo 75 do Código Penal, assim, estabelece: Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(2) Ademais, examinando as regras do regime **FECHADO** positivadas no artigo 34 do citado Diploma Legal - Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante

² Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

³ NUCCI. Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, Editora Forense, 14ª edição, Rio de Janeiro, 2014, página 363.

o repouso noturno. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). § 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). § 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) -, **verifica-se que o trabalho externo do apenado deve ocorrer em serviços/obras públicas ou no interior do estabelecimento prisional, o que, igualmente, impede o cumprimento da pena privativa de liberdade de prestação de serviços à comunidade, quando o apenado estiver enquadrado no referido regime.**

(3) **É o que se depreende dos artigos 44, §5º do Código Penal e artigo 181, §1º, “e”, da Lei de Execuções Penais.**

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

(...)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

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: (...)

e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

Gize-se que quanto ao teor do último dispositivo legal *suso* transcrito - artigo 181, §1º, “e”, da Lei de Execução Penal - é mister destacar que ao sentir desta Magistrada a conversão decorre de imposição legal, porquanto o legislador infraconstitucional faz

menção à expressão - “**será convertida**” - , indicado não ser uma faculdade do Julgador, cumprindo, aqui, colacionar os ensinamentos do processualista Guilherme de Souza Nucci: (...) **Se o condenado cumpri pena restritiva de direitos terminar recebendo pena privativa de liberdade cuja execução não foi suspensa, por exemplo pela concessão de sursis, é natural que, em regime carcerário, não possa exercer a contendo a prestação de serviços à comunidade.** Entretanto, em alguns casos excepcionais, tal possibilidade se daria. Imagine-se alguém condenado a pena privativa de liberdade e inserido no regime aberto. Poderia encontrar algum período do seu dia ou do fim de semana, autorizado pelo juiz da execução penal, a cumprir a referida prestação de serviços à comunidade. (...).⁴

(4) Outrossim, não há ofensa à coisa julgada, uma vez que a execução penal é dinâmica, ou seja, pode ser modificada sempre que houver nova condenação, com a conseqüente alteração do tempo da pena a ser cumprida e/ou regime prisional, por força da aplicação do instituto da unificação, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça: (...) 5. O direito subjetivo do sentenciado ao cumprimento da pena prisional em regime inicial diverso do estabelecido no decisum condenatório, produzido pela inexistência de vaga em estabelecimento adequado, tem como elemento de seu suporte fático a sua prisão, sem a qual, por óbvio, não se constitui, **até diante da dinâmica da execução das penas prisionais**, na força da incoincidência das suas durações. (...) (HC 20667/SP. HABEAS CORPUS. Processo 2002/0009772-2. RELATOR: Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112). ÓRGÃO JULGADOR. T6 - SEXTA TURMA).

(5) Finalmente, por amor ao debate, cumpre consignar que inexistente previsão legal para eventual suspensão da pena restritiva de direito até o término da privativa de liberdade ou superveniência de compatibilidade entre as duas decorrente, por exemplo, de progressão do regime para o aberto, livramento condicional ou concessão de prisão domiciliar albergue, porquanto a regra do artigo 111 da Lei de Execução Penais determina a unificação das penas aliado ao fato de que não se coadunam com a teleologia da Lei de Execução Penal.

Em igual sentido, colaciono aresto recente do Superior Tribunal de Justiça: EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONVERSÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DE PENA ALTERNATIVA COM PENA CORPORAL EM REGIME FECHADO. TESE FIRMADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O

⁴ NUCCI. Guilherme de Souza. Curso de Execução Penal, 3ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2020, página 238.

entendimento a que chegaram as instâncias ordinárias está em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte, que se firmou no sentido de que, "sobrevindo condenação por pena privativa de liberdade no curso da execução de pena restritiva de direitos, as penas serão objeto de unificação, com a reconversão da pena alternativa em privativa de liberdade" (REsp n. 1.918.287/MG - repetitivo - relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022). 2. Tendo o agravante sido condenado à pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, é incompatível seu cumprimento simultâneo com pena alternativa, a qual foi corretamente convertida em privativa de **liberdade**. 3. Agravo regimental desprovido.⁵

DISPOSITIVO

VOTO, ASSIM, NO SENTIDO DE CONHECER O RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2022.

DENISE VACCARI MACHADO PAES
DESEMBARGADORA RELATORA

⁵ BRASIL. STJ. AgRg no HC 737925 / SP. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. Processo 2022/0118636-8. RELATOR Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (1182). ÓRGÃO JULGADOR - T6 - SEXTA TURMA. Julgamento: 21/06/2022. DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJe 24/06/2022.