

Agravos de Execução Penal n. 0002729-66.2016.8.24.0075 e 0002989-46.2016.8.24.0075, de Tubarão

Relator: Des. Sérgio Rizelo

RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE RECONHECE FALTA GRAVE, DECRETA A REGRESSÃO DE REGIME, REVOGA DIAS REMIDOS, ALTERA DATA-BASE, CONVERTE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS EM PRIVATIVAS DE LIBERDADE, SOMA PENAS E FIXA REGIME ABERTO PARA A PENA REMANESCENTE. RECURSOS DO APENADO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. INTERESSE (CPP, ART. 557, PAR. ÚN). 1.1. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E ISENÇÃO DE CUSTAS. DEFENSORIA PÚBLICA. REPRESENTAÇÃO GRATUITA (LC 80/94, ART. 1º, *CAPUT*). EXECUÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE COBRANÇA DE CUSTAS. 1.2. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PROGNÓSTICO. 2. REVOGAÇÃO DOS DIAS REMIDOS. FRAÇÃO (LEP, ART. 127). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NULIDADE (CF, ART. 93, INC. IX). 3. CONVERSÃO. 3.1. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM EXECUÇÃO. REGIME FECHADO. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO A PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E LIMITAÇÃO DE FINAIS DE SEMANA. INCOMPATIBILIDADE. 3.2. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. OITIVA DO APENADO. CONVERSÃO POR INCOMPATIBILIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, INC. LV). AÇÃO PENAL. 4. SOMA DE PENAS. REGRESSÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE EM REGIME FECHADO. PENA REMANESCENTE INFERIOR A QUATRO ANOS.

1.1. Não se conhece, por ausência de interesse-necessidade, dos pedidos de concessão de assistência judiciária gratuita e isenção de custas em favor de apenado representado pela Defensoria Pública Estadual, em processo de execução penal, pois não há cobrança de tal taxa, e a atuação daquele órgão dá-se de forma gratuita.

1.2. Não há interesse-utilidade na análise do fundamento utilizado para previsão acerca do benefício do livramento condicional, uma vez que tal prognóstico não faz coisa julgada e não vincula decisão futura.

2. É nula a decisão na qual não se fundamenta concretamente, com base nos elementos elencados no art. 57 da Lei de Execução Penal, a razão para a escolha da fração de revogação dos dias remidos.

3.1. Ainda que não se trate de hipótese prevista nos arts. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal e 118 da Lei 7.210/84 (LEP), é possível, dada a incompatibilidade de resgate simultâneo, a conversão das reprimendas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e limitação de finais de semana impostas em condenação superveniente a apenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime fechado.

3.2. Não há violação à ampla defesa e ao contraditório, já observados na ação penal, se não ocorre a oitiva do apenado e a apresentação de defesa escrita, antes da conversão de penas restritivas de direitos supervenientes em privativa de liberdade, quando a medida decorre da incompatibilidade de cumprimento simultâneo com sanção corporal em execução no regime fechado.

4. Decretada a regressão do regime de cumprimento de pena do semiaberto para o fechado no curso da execução da pena, e sobrevindo nova condenação, em que o regime inicialmente fixado é o mais gravoso, as penas devem ser somadas e estabelecido o regime fechado para o resgate da sanção remanescente, ainda que esta seja inferior a quatro anos de reclusão e o apenado não seja reincidente.

RECURSO DO APENADO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE, E DO MINISTÉRIO PÚBLICO, CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0002729-66.2016.8.24.0075 e Agravo de Execução Penal n. 0002989-46.2016.8.24.0075, da comarca de Tubarão (2ª Vara Criminal), em que são Agravantes e Agravados Ministério Público do Estado de Santa Catarina e José Vicente do Santos Carvalho:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente e dar parcial provimento ao recurso de José Vicente do Santos Carvalho, e conhecer e dar provimento ao do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 26 de julho de 2016, os Excelentíssimos Desembargadores Getúlio Corrêa (Presidente) e Volnei Celso Tomazini. Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 27 de julho de 2016.

Sérgio Rizelo

relator

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de agravo de execução penal intentados pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina e por José Vicente dos Santos Carvalho contra a decisão das fls. 309-315 do PEP 0004879-88.2014.8.24.0075, por meio da qual o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão reconheceu a prática de falta grave praticada pelo Apenado, decretou a regressão de seu regime de cumprimento da pena do semiaberto para o fechado, revogou 1/3 dos dias remidos, converteu nova condenação ao resgate de penas restritivas em direitos em privativa de liberdade, somou as reprimendas e fixou o regime aberto para o cumprimento da remanescente.

Sustentou o Apenado a nulidade da decisão quanto à perda dos dias remidos, ante a ausência de fundamentação.

Apontou vício na "conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade no tocante aos autos n. 0011166-38.2012.8.24.0075 (PEC n. 0001366-78.2015.8.24.0075", por não ter sido precedida de audiência de justificação e defesas pessoal e técnica; que não deveria ter havido a conversão porque não houve descumprimento injustificado, pois nunca foi intimado para dar início ao resgate das penas substitutivas; e que "a pena privativa de liberdade remanescente é pequena, o que logo ensejaria a colocação do reeducando no regime aberto e, portanto, compatível com o cumprimento das reprimendas concomitantemente", devendo ser suspensa a execução até sua entrada no regime aberto ou obtenção do livramento condicional.

Afirmou que possui direito a livramento condicional futuro, uma vez que, em ambas as condenações que sofreu, foi reconhecida sua primariedade.

Requeru o reconhecimento da nulidade da decisão atacada nos pontos em que "determinou a perda de 1/3 dos dias remidos, em razão da inexistência de fundamentação específica na fixação da respectiva fração"; "converteu a pena restritiva de direitos referente aos autos n. 0011166-38.2012.8.24.0075 (PEC n. 0001366-78.2015.8.24.0075) em privativa de liberdade e, conseqüentemente, realizou a soma das reprimendas"; "afirmou que [...] não faz jus ao livramento condicional por se tratar de reincidente específico, de forma a estabelecer o cálculo para fins de livramento condicional"; e, ainda "a manifestação expressa acerca dos dispositivos legais e princípios constitucionais e supraconstitucionais ventilados na presente peça, para fins de prequestionamento", especificamente "os princípios da isonomia, coisa julgada, da legalidade, da irretroatividade da lei penal mais gravosa, da individualização da pena, da razoabilidade/proporcionalidade (art. 5º, I, XXXVI, XXXIX, XL, XLVI e LIV, da CF/88), os artigos 2º, 83 e 84, todos do Código Penal e artigo 1º da Lei de Execução Penal", bem como "a concessão [...] do benefício da assistência judiciária gratuita e a isenção do pagamento das custas processuais" (fls. 1-23 do agravo 0002989-46.2016.8.24.0075).

O Ministério Público, por sua vez, argumentou que não poderia ter sido fixado o regime aberto para o resgate da pena remanescente, pois "o Juízo da execução não pode ficar atrelado unicamente a uma operação matemática para fixação do regime prisional para resgate da pena remanescente na decisão de soma de penas", devendo ser consideradas as características pessoais do condenado, como "a reincidência, o comportamento carcerário, as circunstâncias do crime pelo qual o reeducando responde e a fixação do regime prisional na sentença condenatória".

Informou que a decisão combatida, "a um só tempo, regrediu o reeducando ao regime prisional fechado por ter ele fugido do estabelecimento prisional em 28.8.2015, bem como 'progrediu-o' ao regime aberto, em razão unicamente da pena remanescente [...] ter ficado abaixo do limiar de 4 anos", o que levou à inexistência de real punição pela falta grave e à vedada progressão *per saltum*.

Asseverou que o Apenado nem sequer faz jus à progressão ao regime semiaberto, uma vez que não preencheu o requisito objetivo para tanto desde a falta disciplinar que serve como data-base.

Pleiteou a reforma do veredito "para fixar o regime fechado para resgate da reprimenda remanescente" (fls. 1-8 do agravo 0002729-66.2016.8.24.0075).

As Partes ofereceram contrarrazões, manifestando-se o Ministério Público pelo conhecimento e parcial provimento do reclamo do Apenado (fls. 28-37 do agravo 0002989-46.2016.8.24.0075) e este pelo conhecimento e desprovimento da insurgência Ministerial (fls. 12-16 do agravo 0002729-66.2016.8.24.0075).

O Juízo de Primeiro Grau manteve a decisão atacada (fl. 38 do agravo 0002989-46.2016.8.24.0075 e 18 do agravo 0002729-66.2016.8.24.0075).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes, posicionou-se pelo conhecimento e parcial provimento do agravo manejado pelo Reeducando, "para que seja reconhecido o direito ao livramento condicional e revista a fração de perda dos dias remidos" (fls. 44-48 do agravo 0002989-46.2016.8.24.0075), e pelo conhecimento e provimento do recurso deflagrado pelo *Parquet* (fls. 25-28 do agravo 0002729-66.2016.8.24.0075).

Este é o relatório.

VOTO

1. O recurso ajuizado pelo Apenado José Vicente dos Santos Carvalho comporta parcial conhecimento, uma vez que os pedidos de concessão de assistência judiciária, de isenção do pagamento das custas e de fixação de previsão para o livramento condicional não são passíveis de admissão, dada a ausência de interesse.

O art. 577, par. ún., do Código de Processo Penal estabelece que "não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão".

Segundo Guilherme de Souza Nucci, "é natural que a parte somente poderá provocar o reexame da matéria já decidida por determinado órgão, remetendo o feito à instância superior, quando eventual modificação da decisão lhe trazer algum tipo de benefício", de sorte que "recorrer por recorrer é algo inútil, constitutivo de obstáculo à economia processual, além do que o Judiciário é voltado à solução de conflitos e não simplesmente a proferir consultas ou esclarecer questões puramente acadêmicas" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 1.095).

Aprofundam os Professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

A noção de interesse, no processo, repousa sempre, em nosso entender, no binômio *adequação* mais *necessidade* ou *utilidade*.

A *necessidade* de tutela jurisdicional indica a impossibilidade de se obter a satisfação do direito material sem a intervenção do Estado-juiz - e isso se aplica tanto ao exercício do direito de ação, como ao exercício do direito de recorrer.

A *utilidade* significa a possibilidade, por intermédio do direito de ação ou do direito de recorrer, de se conseguir situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a existente antes do exercício da ação ou, no caso de recurso, da emergente da decisão recorrida.

[...]

O interesse-necessidade implica a exigência de se lançar mão do recurso, para se atingir o resultado prático que o recorrente tem em vista.

[...] a postulação de um conceito unitário do interesse em recorrer exige uma ótica antes prospectiva que retrospectiva, em que se dá ênfase à utilidade, entendida como proveito que a futura decisão seja capaz de propiciar ao recorrente. Esta visão permite abranger todas as hipóteses, quer se trate de recurso das partes, quer de terceiros, quer do Ministério Público, como fiscal da lei ou órgão da justiça.

[...]

A ocorrência da utilidade deve ser aferida do ponto de vista prático. O processo não pode servir de palco para a solução de questões acadêmicas. (*Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 69-71).

1.1. Com relação aos pedidos de assistência judiciária gratuita e isenção de custas processuais, não se verifica a necessidade.

Além de o Apelado ser representado pela Defensoria Pública Estadual, órgão ao qual incumbe "a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, *de forma integral e gratuita*, aos necessitados" (LC 80/94, art. 1º, *caput*), "inexiste cobrança de custas na execução penal, porque ela não é uma ação autônoma, pois integra o processo penal condenatório como fase final do cumprimento da decisão" (Assessoria de Custas da Corregedoria-Geral da Justiça, em http://cgj.tjsc.jus.br/intranet/assessoriacustas/faq_custas.pdf).

Nessa linha, desta Casa: Recursos de Agravo 0001709-40.2016.8.24.0075, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 2.6.16; 0001765-73.2016.8.24.0075, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 31.5.16; 0011448-42.2015.8.24.0020, Rel. Des. Rui Fortes, j. 5.4.16; e 2015.039981-7, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 30.7.15.

1.2. No que toca ao livramento condicional, embora não se olvide que há decisões deste Tribunal de Justiça modificando cálculo de previsões realizadas na execução penal, entendo que não há utilidade no provimento do pleito.

Reclamou o Apenado que a Doutora Juíza de Direito deixou de estabelecer prognóstico para o benefício ao final da decisão, por ter equivocadamente considerado-o reincidente específico.

Tem razão o Apenado quanto ao direito material.

De fato, "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior" (CP, art. 63).

José Vicente dos Santos Carvalho, conforme será melhor esquadrihado abaixo, não se encaixa nesta previsão, pois, ao tempo dos delitos praticados (22.9.12 e 30.1.14), não havia sofrido nenhuma condenação definitiva, tanto que a agravante não foi aplicada em nenhuma das duas sentenças condenatórias de que foi alvo.

Assim, a afirmação contida na decisão, de que ele é reincidente específico e, por isso, não teria direito ao livramento condicional, é equivocada.

Em tese, o Apenado, que ostenta duas condenações, preencherá o requisito, consideradas as penas somadas (CP, art. 84), após o preenchimento de 2/3 da pena referente à condenação por tráfico de drogas (CP, art. 83, inc. V), e de 1/3 da sanção aplicada pela prática de tráfico privilegiado (CP, art. 83, inc. I e STF, *HC 118533, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, j. 23.6.15*).

Entretanto, não há efeito prático na reforma da decisão resistida neste particular.

Isso porque, o que consta ao final do veredito é apenas uma previsão de quando (no caso, não está fixada data, pois entendido pela impossibilidade de concessão) será preenchido o requisito objetivo relativo ao livramento condicional.

Tal prognóstico não faz coisa julgada formal nem material.

O fato de constar uma data prevendo o dia em que se alcançará um determinado benefício não faz com que ele seja automaticamente deferido quando chegado esse dia. Tampouco a ausência de previsão faz com que desapareça o direito se constatado futuramente que ele existe.

O título executivo penal está sempre em constante modificação (novas condenações, faltas graves e remissões) e, embora a elaboração de prognósticos seja normativamente prevista (liquidação de penas e atestado de pena) e importante para orientar os atores da execução penal, não possuem tais cálculos o efeito de vincular decisão futura.

No caso concreto, ter a Magistrada de Primeiro Grau afirmado que, em tese, o Apenado não possui direito ao livramento condicional, por ser reincidente específico, não faz com que a concessão deste benefício esteja vedada de plano se pedido para tanto eventualmente sobrevier. Seria necessária análise dos argumentos apresentados e dos requisitos legalmente exigidos e, ai sim, com o deferimento ou negativa do direito, possuiria interesse em recorrer a parte discordante.

Em raciocínio semelhante, já discorreu este relator:

[...] o Agravante não tem "direito adquirido" sobre o cálculo desacertado. O fato de aquele período ter constado como tempo de pena cumprido naquela decisão não impõe que o interregno tenha que ser obrigatoriamente contabilizado nas decisões seguintes, pois, como é sabido, os motivos não fazem coisa julgada (CPC, art. 469). O que transitou em julgado e solidificou-se após a decisão das fls. 100-101 foi a progressão de regime em si. Superado o

prazo recursal, não se poderia, sob motivo algum que não um novo fato causador de regressão, retirar-se do Reeducando o direito de resgatar a pena no regime aberto. O cálculo que foi utilizado para a concessão do benefício, contudo, não faz coisa julgada, e pode (e deve) ser revisto nas decisões posteriores se é equivocado (Rec. de Ag. 2015.056784-3, j. 13.10.15).

Enfim, nada se alterou no cumprimento da pena do Apenado quanto à possibilidade de livramento condicional. Não há impedimento de que o benefício seja concedido quando preenchidos os requisitos legais (partindo da premissa, acima apontada, de que há essa possibilidade). Também, nada obstaculiza que, ao se deparar com pedido nesse sentido, o Juízo mantenha o posicionamento de que o direito é incabível (criando para o Apenado, então, o interesse em valer-se do duplo grau de jurisdição).

A fixação de uma data, por este Tribunal, não criaria a obrigação de concessão do livramento condicional no dia estabelecido. Até lá, o cumprimento da pena poderia sofrer modificações e, ainda que nada se alterasse, não estaria o Juízo da Execução Penal vinculado, pois, se assim fosse, estar-se-ia diante de vedado controle de ato hipotético.

Por mais que o posicionamento exposto no comando judicial impugnado seja questionável, a Juíza mantém sua independência, característica da função que exerce. E, se a ela não pode renunciar (cf. **HARGER, Marcelo.** *A independência do magistrado e o desvio de poder nos atos jurisdicionais.* *Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 484, p. 22-27, mar. 2004), é temerário que o Tribunal, substituindo diretamente a vontade e o livre convencimento de Sua Excelência, antecipe a resposta estatal a requerimento de livramento condicional, nem ao menos formulado, suprimindo tal autonomia.

O recurso de agravo é cabível "das decisões proferidas pelo Juiz" (LEP, art. 197), e não das que ainda serão proferidas. Não existe a hipótese de provimento do reclamo para garantir "deferimento prévio" de eventual benefício, uma vez que esta modalidade de insurgência deve se voltar contra ato jurisdicional concreto, nada justificando que este Tribunal dê provimento inútil, para reformar parte de deliberação, sem que isso traga qualquer efeito prático ao curso da execução penal.

2. Passa-se, porque são presentes os pressupostos de admissibilidade, à análise dos demais pontos dos agravos aviados por José Vicente dos Santos Carvalho e pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Tendo em vista que os reclamos do Apenado e do Ministério Público combatem a mesma decisão judicial, serão analisados conjuntamente, para melhor distribuição da prestação jurisdicional, não obstante tenham sido digitalizados em incidentes distintos.

O Apenado José Vicente dos Santos Carvalho foi preso em flagrante no dia 22.9.12, por fato que deu origem à Ação Penal 0011166-38.2012.8.24.0075. Foi solto em 6.6.13, com a prolação da sentença condenatória que lhe impôs pena corporal de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, substituída por prestação de serviços à

comunidade e limitação de final de semana, pela prática do crime positivado no art. 33, *caput*, c/c seu § 4º, da Lei 11.343/06. A sanção foi majorada neste Tribunal para 2 anos de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença, transitando em julgado a decisão colegiada em 18.2.15 (fls. 10, 16-30, 32-39 e 41, todas do PEP 0001366-78.2015.8.24.0075).

Enquanto aguardava em liberdade o desfecho do processo destacado no parágrafo anterior, o Apenado foi novamente preso em flagrante (em 30.1.14), por delito que veio a ser apurado na Ação Penal 0000810-13.2014.8.24.0075. Respondeu a esta segregado e, ao final, foi condenado à pena privativa de liberdade de 5 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, sem substituição, mantida sua prisão, pelo cometimento do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. O trânsito em julgado operou-se em 24.3.15 (fls. 1-13 do PEP 0004879-88.2014.8.24.0075, adotado na origem como principal).

Portanto, o Apenado estava em execução provisória da condenação que lhe foi imposta na Ação Penal 0000810-13.2014.8.24.0075 (PEP 0004879-88.2014.8.24.0075) quando tornou-se definitiva a condenação proferida na Ação Penal 0011166-38.2012.8.24.0075 (PEP 0001366-78.2015.8.24.0075).

Antes da solidificação da segunda condenação, o Apenado havia progredido ao regime semiaberto em 13.7.15 (fls. 211-212 do PEP principal), e foi-lhe concedida autorização para gozo de saídas temporárias (fls. 230-231 do PEP principal).

Em 28.8.15, o Apenado não retornou de saída temporária, o que caracteriza fuga, sendo recapturado em 26.10.15, conforme noticiado no ofício do Departamento de Administração Prisional do Presídio Regional de Tubarão da fl. 260 do PEP principal.

Em razão disso, foi instaurado Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) e, após regular instrução, a Autoridade Administrativa reconheceu a prática da falta grave prevista no art. 50, inc. II, da Lei de Execução Penal (fls. 281-292 do PEP principal).

Após audiência de justificação e manifestação escrita das Partes em Juízo (fls. 293, 297-299 e 303-308, todas do PEP principal), e tendo em vista que, em 27.10.15, havia sido apensado ao PEP principal o PEP 0001366-78.2015.8.24.0075, a Magistrada de Primeiro Grau proferiu a decisão resistida, a qual: 1) homologou o PAD, reconheceu a prática de falta grave, determinou a regressão do regime de cumprimento de pena do semiaberto para o fechado, revogou 1/3 dos dias remidos e fixou a data-base em 26.10.15 (dia da recaptura); 2) converteu as penas restritivas de direitos impostas na Ação Penal 0011166-38.2012.8.24.0075 (PEP 0001366-78.2015.8.24.0075) em privativas de liberdade; 3) somou as penas das ações penais 0000810-13.2014.8.24.0075 (PEP 0004879-88.2014.8.24.0075) e 0011166-38.2012.8.24.0075 (PEP 0001366-78.2015.8.24.0075) em 7 anos de reclusão; 4) considerou cumpridos 3 anos, 2 meses e 25 dias da pena e fixou o regime aberto para o cumprimento da pena remanescente de 3 anos, 9 meses e 5 dias (a ser cumprida, em caráter excepcional, em prisão domiciliar); 5) não fez

previsão para a concessão de livramento condicional, "haja vista se tratar de reincidente específico" (fls. 309-315 do PEP principal).

Com relação à falta grave, foi observado o devido processo legal (LEP, art. 59, e STJ, Súmula 533), sendo correta a regressão de regime prisional (LEP, art. 118) e a fixação da data-base no dia da recaptura (*vide* STF, HC 94137, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.4.09; STJ, HC 172059, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 3.5.12; e TJSC, Rec. de Ag. 2013.015275-6, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 15.10.13).

A única insurgência quanto ao ponto parte do Apenado, ao alegar que a utilização da fração máxima de 1/3 para a revogação dos dias remidos não está fundamentada.

Dispõe o art. 127 da Lei da Execução Penal que, "em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar".

A expressão "poderá", no caso, deve ser entendida como poder-dever, de sorte que, praticada e reconhecida falta grave no curso da execução penal, a perda de até 1/3 dos dias remidos é obrigatória. A discricionariedade do Juiz fica adstrita à preposição "até", ou seja, à fixação do *quantum* de dias remidos que serão perdidos, e deve ser orientada pelos vetores do art. 57 da Lei 7.210/84.

É ensinamento do Tribunal da Cidadania:

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, consoante disposto no art. 127 da Lei de Execuções Penais, a discricionariedade do magistrado está adstrita à fração sobre a qual será determinada a perda dos dias remidos, pois não pode ser afastada a incidência da referida sanção (AgRg no REsp 1467803, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 24.11.15).

Ainda:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. REDAÇÃO DO ART. 127 DA LEP. "A prática de falta grave pelo reeducando impõe a decretação da perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos, devendo a expressão 'poderá' contida no art. 127 da Lei n.º 7.210/84, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 12.433/11, ser interpretada como verdadeiro poder-dever do Magistrado, ficando no juízo de discricionariedade do Julgador apenas a fração da perda, que terá como limite máximo 1/3 (um terço) dos dias remidos" (AgRg no REsp 1.424.583/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18/6/2014). Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1430097, Rel. Min. Félix Fischer, j. 19.3.15).

No mesmo sentido, deste Tribunal: Recursos de Agravo 2014.054915-8, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 9.12.14, e 2014.008648-1, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 6.5.14.

A escolha da fração a ser decotada exige fundamentação concreta, sob pena de violação ao art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

Fato é que não há, na decisão resistida, nenhuma motivação para a perda máxima de dias remidos. Nenhuma menção fez ao positivado no art. 57 da Lei de Execução Penal, limitando-se a Magistrada de Primeiro Grau a aplicar o montante de 1/3, sem explicação (fl. 311 do PEP principal).

Desse modo, é necessário o reconhecimento da nulidade da decisão no ponto, devendo outra ser proferida em seu lugar, com a devida fundamentação.

Nessa linha, do Superior Tribunal de Justiça:

3. O art. 127 da Lei n. 7.210/84 - Lei de Execução Penal - LEP, com a nova redação dada pela Lei n. 12.433/11, determina que a perda dos dias remidos deve respeitar o limite de 1/3, cabendo ao Juízo da Execução fundamentar a fração a ser aplicada em cada caso, com base na natureza, nos motivos, nas circunstâncias e nas consequências do fato, bem como na pessoa do faltoso e em seu tempo de prisão (art. 57 da LEP), o que não ocorreu na hipótese dos autos. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juízo da Execução fundamente, de maneira concreta, a fração da perda dos dias remidos aplicável ao caso, respeitando o limite de 1/3 (HC 300530, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 10.5.16).

Ainda:

4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a perda de até 1/3 dos dias remidos, em razão da falta grave, exige fundamentação concreta, consoante determina a própria legislação de regência, que estabelece a observância das diretrizes elencadas no art. 57 da LEP. Precedentes. 5. No caso, é manifestamente ilegal a decretação da perda de 1/3 dos dias remidos, de forma automática, como resultado do simples reconhecimento da falta grave pelo paciente. 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo da Vara das Execuções Criminais fixe, de maneira fundamentada, a fração da perda dos dias remidos aplicável ao caso, observado o limite de 1/3 (um terço) (HC 302703, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 3.5.16).

Deste Tribunal:

AGRAVO EM EXECUÇÃO - FALTA GRAVE - PERDA DE 1/3 DOS DIAS REMIDOS - INSURGÊNCIA DEFENSIVA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - DECISÃO QUE SE LIMITA A INDICAR O DISPOSITIVO LEGAL - VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF - NULIDADE - PROVIMENTO. "Caracteriza coação ilegal a decretação da perda dos dias remidos na fração máxima de 1/3, sem fundamentação concreta" (STJ, informativo 539, Min. Rogério Schietti Cruz) (Rec. de Ag. 0001765-73.2016.8.24.0075, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 31.5.16).

Também:

- É nula a decisão que não fundamentou de forma concreta a fixação da fração máxima para a perda dos dias remidos, diante do cometimento de falta grave, conforme exigem os arts. 127 da Lei de Execução Penal e 93, IX, da Constituição Federal (Rec. de Ag. 1000082-15.2016.8.24.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 15.3.16).

3. José Vicente dos Santos Carvalho alegou a nulidade da conversão das penas restritivas de direitos impostas na Ação Penal 0011166-38.2012.8.24.0075 (PEP 0001366-78.2015.8.24.0075) em privativa de liberdade.

3.1. Aponta-se, desde logo, dois equívocos na decisão resistida.

A Doutora Juíza de Direito apontou que, com a conversão, a pena deveria ser resgatada no regime aberto (fl. 312 do PEP principal); mais para frente, quando somou as penas, novamente consignou que a condenação da Ação Penal 0011166-38.2012.8.24.0075 seria em regime aberto.

Na verdade, a condenação em questão deu-se em regime inicialmente fechado, conforme se colhe da sentença condenatória constante nas fls. 26-27 do PEP 0001366-78.2015.8.24.0075. Tal ponto não foi reformado nesta Instância (fls. 32-39 do PEP 0001366-78.2015.8.24.0075).

Assim, convertidas as penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, o regime a ser observado é aquele imposto na sentença condenatória, ou seja, o fechado.

Além disso, a Magistrada de Primeiro Grau utilizou como fundamentos legais os "artigos 52 e 181, §1º, 'd', ambos da Lei de Execução Penal". Nenhum dos dois, que tratam da conversão pela prática de falta grave, têm ligação com a fundamentação que expendeu. Embora tenha sido reconhecida uma falha disciplinar de natureza grave na mesma decisão, a conversão ocorreu porque é "incompatível a pena restritiva de direitos à qual o reeducando fora condenado (conforme PEC em apenso) com a reprimenda que o reeducando vem resgatando no presente PEC" (fl. 312 do PEC principal).

Vê-se que a medida deu-se com base na incompatibilidade de cumprimento conjunto das sanções alternativas supervenientes, com a pena privativa de liberdade em regime fechado (após a regressão decretada), que o Apenado vinha resgatando. É decorrente, portanto, da necessidade de soma das reprimendas (LEP, art. 111).

Trata-se de raciocínio comparável com o previsto nos arts. 44, § 5º, do Código Penal e 181, § 1º, alínea "e", da Lei de Execução Penal.

O primeiro prevê que, "sobrevindo condenação à 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", e o segundo que "a pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado sofrer condenação por

outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa".

Os dois comandos legais tratam de situação em que o apenado está cumprindo pena restritiva de direitos e sobrevém condenação à pena privativa de liberdade.

Na hipótese dos autos, a ordem é inversa.

De todo modo, a manutenção das penas restritivas de direitos somente seria possível caso fossem compatíveis com a privativa de liberdade que vinha sendo executada. Isso ocorreria, por exemplo, caso o apenado estivesse cumprindo pena em regime aberto ou, estando nos sistemas mais gravosos, as novas penas substitutivas fossem exclusivamente de cunho monetário (prestação pecuniária ou perda de bens e valores e multa).

Na situação retratada no presente feito, em que o Apenado cumpria pena privativa de liberdade no regime fechado, as restritivas de direitos supervenientes são incompatíveis, de sorte a serem acertadas a conversão e a soma das reprimendas.

Não há espaço para a observância ao art. 76 do Código Penal, o qual estabelece que, "no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave", de sorte que não pode ser acatado o pedido de que a condenação superveniente permaneça "suspensa" (fl. 16 dos agravos 0002989-46.2016.8.24.0075). Dada a incompatibilidade de cumprimento simultâneo das penas substitutivas de prestação de serviços à comunidade e limitação de finais de semana com pena privativa de liberdade em regime fechado e ante a imposição da soma pelo art. 111 da Lei de Execução Penal, é inviável suspender-se o resgate das reprimendas restritivas de direitos.

É orientação do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE). CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA EM SANÇÃO CORPORAL. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. [...] 2. Sufragada nesta Corte de Justiça a orientação de que a pena restritiva de direitos que sobrevém ao condenado que cumpre pena privativa de liberdade, apesar de não se enquadrar nas hipóteses legais de conversão previstas no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal, nem reclamar a aplicação do art. 76 daquele Diploma, "somente pode ser cumprida simultaneamente caso haja compatibilidade, o que não se constata quando o apenado se encontra em regime semiaberto ou fechado" (*HC 235.850/RS*, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014). 3. Na hipótese, ao sentenciado que cumpria pena de prisão em regime fechado sobreveio condenação à pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, tendo as instâncias ordinárias admitido a conversão da pena restritiva em privativa de liberdade, diante da

incompatibilidade de cumprimento simultâneo das reprimendas, postura que se alinha à jurisprudência deste Tribunal. 4. *Habeas corpus* não conhecido (HC 306812, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 23.6.15).

E:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. EXECUÇÃO PENAL. RÉU PRESO. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO A PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. 1. Nos termos da posição majoritária adotada no Superior Tribunal de Justiça, a pena restritiva de direitos que sobrevém ao condenado que cumpre pena privativa de liberdade, apesar de não se enquadrar nas hipóteses legais de conversão previstas no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal, somente pode ser cumprida simultaneamente caso haja compatibilidade, o que não se constata quando o apenado se encontra em regime semiaberto ou fechado, como no caso. Ressalva de entendimento do Relator. 2. Agravo regimental impróvido (AgRg no HC 318983, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28.4.15).

A questão, inclusive, é resolvida monocraticamente pelos Ministros do Tribunal da Cidadania:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. (1) PACIENTE CUMPRIA PENA EM REGIME FECHADO. NOVA CONDENAÇÃO A PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECONVERSÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS. INCOMPATIBILIDADE DE CUMPRIMENTO SIMULTÂNEO. SOMA DAS PENAS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. (2) ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. De acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência, a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade poderá ocorrer diante de outra condenação, cuja execução não tenha sido suspensa e que torne incompatível o cumprimento da restritiva com a reprimenda corporal.

2. Importante observar o regime estabelecido para a pena privativa de liberdade, uma vez que somente certas restritivas (prestação pecuniária e perda de bens) e a multa se coadunam com os regimes semiaberto e fechado. No caso, foram estabelecidas como restritivas de direitos a prestação de serviços à comunidade e interdição de direitos, sendo que o paciente já cumpria pena no regime fechado. Assim, plenamente viável a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade e a soma das penas, diante da incompatibilidade de cumprimento da pena em regime fechado com a pena alternativa consistente em prestação de serviços à comunidade.

3. *Writ* a que se nega seguimento.

[...]

Importante observar o regime estabelecido para a pena privativa de liberdade, uma vez que somente certas restritivas (prestação pecuniária e perda de bens) e a multa se coadunam com os regimes semiaberto e fechado.

In casu, foram estabelecidas como restritivas de direitos a prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos, sendo que o paciente já cumpria pena em regime fechado (fl. 85).

Assim, plenamente viável a conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, diante da incompatibilidade de cumprimento da pena em regime fechado com a pena alternativa consistente em prestação de serviços à comunidade.

[...]

Ademais de todos esses argumentos vertidos, que tomam de empréstimo as disposições dos artigos 44-45 do Código Penal, e 181 da Lei de Execução Penal, em verdade, o tema tem a melhor acomodação dogmática sob o enfoque da soma das penas - artigos 66, III, e 111 da Lei de Execução Penal.

Com efeito, não é viável, como pretendido pelo impetrante, invocar o artigo 76 do Código Penal, que estatui, no concurso de crimes, a ordem para o cumprimento das penas.

Nesse sentido, eis as precisas lições da mais abalizada doutrina penal brasileira:

"Decorre, entretanto, da natureza das penas, privativa de liberdade e restritiva de direito, que ao ser aplicado a um dos crimes a privação de liberdade não suspensa, é logicamente incabível a substituição por pena restritiva de direito, quando tiver sido ou é aplicada a um outro crime pena privativa de liberdade." (REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 193).

Diante desse cenário, dada a incompatibilidade de cumprimento simultâneo, imperiosa é a soma das penas, a inicial e aquela substituída; sendo que, esta última deverá, então, retornar à sua condição originária, privativa de liberdade, para os fins do artigo 111 da Lei de Execução Penal.

Por fim, remarco que os precedentes que admitem o cumprimento sucessivo de pena, primeiro a privativa de liberdade e, após, a restritiva de direito, concernem a situação diversa da ora retratada (Resp 697.147/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009). Não se cuida de condenação a pena restritiva de direito seguida de pena privativa de liberdade. Aqui, o que se tem, diversamente, é um sujeito que já se encontra em meio fechado e, então, advém a restritiva. Trata-se de situação não contemplada pelos mencionados artigos 44-45 do Código Penal e 181 da Lei de Execução Penal.

Nesse contexto, é que se deve ter em conta a soma de penas, que, então, deságua na reconversão da restritiva em pena de reclusão, que, aliás, está em perfeita situação de homogeneidade com a reclusão que já vinha cumprindo o paciente.

Entrementes, assinalo que, diferentemente do que ocorre entre reclusão e detenção, e entre pena privativa de liberdade e multa, que nunca poderão assumir uma a feição da outra, na relação entre pena privativa de liberdade e restritiva de direitos, há, sim, a possibilidade de retorno ao *status quo ante*. Assim, toda restritiva pode retomar a condição originária de privativa de liberdade, ainda mais quando há, sim, fundamento legal para tanto, qual seja, o artigo 111 da Lei de Execução Penal, que conduz à soma das reprimendas para redimensionamento do regime inicial - ora, somente se justifica falar em regime inicial em termos de pena restritiva de liberdade, tipo de reprimenda com a qual a restritiva nunca deixa de possuir vigorosos vasos comunicantes e a sempre iminente possibilidade de reconversão (*HC 292265, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.6.15*).

Não destoia o entendimento desta Corte de Justiça:

1. Ainda que não se trate de hipótese prevista nos arts. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal e 118 da Lei 7.210/84 (LEP), é possível, dada a incompatibilidade de resgate simultâneo, a conversão das reprimendas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, fixadas em condenação superveniente impostas a apenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime semiaberto por condenação anterior, impondo-se a soma das sanções com fulcro no art. 111 da LEP e sem haver ferimento ao disposto no art. 76 do Código Penal (Rec. de Ag. 2015.054330-0, deste relator, j. 22.9.15).

Mais:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL (LEP, ART. 197). INSURGÊNCIA DA DEFESA. REEDUCANDO QUE SE ENCONTRAVA CUMPRINDO PENA PRIVATIVA EM REGIME SEMIABERTO. SUPERVENIÊNCIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 44, §§ 4º E 5º, DO CP. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL QUE POSSIBILITA A RECONVERSÃO DIANTE DA INCOMPATIBILIDADE DO CUMPRIMENTO SIMULTÂNEO DAS PENAS. POSTERIOR UNIFICAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 111 DA LEP. INVIÁVEL A APLICAÇÃO DO ART. 76 DO CP. DECISÃO MANTIDA. - Sobrevinda pena restritiva de direitos ao reeducando que se encontra cumprindo pena em regime semiaberto ou fechado, é viável a reconversão, apesar de não se verificar a ocorrência das hipóteses do art. 44 do CP. Precedentes do STJ. - O art. 76 do Código Penal determina que serão primeiro cumpridas as penas de reclusão e depois as de detenção, comando não aplicável à discussão acerca da conversão da reprimenda em pena privativa de liberdade. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento do recurso. - Recurso conhecido e desprovido (Rec. de Ag. 2015.024821-1, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 4.8.15).

Também:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DO APENADO CONTRA DECISÃO DE UNIFICAÇÃO DE PENAS. PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA DECISÃO PARA O CUMPRIMENTO DAS REPRIMENDAS DE FORMA SUCESSIVA, NOS TERMOS DO ARTIGO 76 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL SUPERVENIENTE. INCOMPATIBILIDADE DA PENA ALTERNATIVA COM O REGIME SEMIABERTO. NECESSIDADE DE CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSTERIOR UNIFICAÇÃO E REGRESSÃO DE REGIME DO SEMIABERTO PARA FECHADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Sobrevindo pena restritiva de direitos a condenado que se encontra cumprindo pena privativa de liberdade, não se verifica a ocorrência das hipóteses legais de conversão previstas no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal. Contudo, o cumprimento simultâneo de pena privativa com pena restritiva deve mostrar-se compatível, o que não se verifica quando o apenado encontra-se cumprindo pena em regime semiaberto ou fechado. Dessarte, faz-se mister a unificação das penas, nos termos do art. 111 da LEP, não havendo se falar, portanto, em aplicação do art. 76 do CP (*HC* 248.567/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 30.10.12). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no *HC* 278.458/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 15/04/2014) (Rec. de Ag. 2014.065717-0, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 30.10.14).

Acertada é, portanto, a conversão das reprimendas restritivas de direitos.

Esvazia-se, com isso, a argumentação de que a conversão não deveria ter ocorrido porque o Apenado nem sequer foi intimado para o início do cumprimento, uma vez que a medida não foi tomada pelo descumprimento injustificado do previsto nos arts. 44, § 4º, do Código Penal e 181, alíneas "b" e "c", da Lei de Execução Penal.

3.2. E, se a conversão deu-se pela incompatibilidade do cumprimento simultâneo das condenações impostas ao Apenado, não se pode falar em cerceamento de defesa e violação à ampla defesa e ao contraditório em razão da não designação de audiência de justificação ou oportunização de promoção de defesa escrita.

A conversão não ocorreu por motivos que comportassem justificação, como, por exemplo, o não comparecimento, descumprimento ou recusa injustificados. Embora inexista previsão legal para tanto, nessas hipóteses, a prévia oitiva do apenado seria indispensável e sua falta configuraria nulidade (*vide* STJ *HC* 176897, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 5.5.16).

Por outro lado, no caso de conversão decorrente da incompatibilidade de resgate simultâneo de condenações, não há necessidade de que seja oportunizada a defesa pessoal e técnica, pois nada pode apresentar o reeducando que impeça a conversão, e, principalmente, o contraditório e a ampla defesa já foram observados na ação penal.

Assim já decidiu este Tribunal de Justiça:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. CONVERSÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. NOVA CONDENAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE E IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO SIMULTÂNEO. DESNECESSIDADE DE OITIVA PRÉVIA DA DEFESA OU DO REEDUCANDO. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO INEXISTENTE. A oitiva do apenado, em audiência de justificação, antes da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade tem lugar apenas nas hipóteses de descumprimento da restrição cominada, a fim de que seja analisada a suficiência das justificativas, nos moldes do § 4º do art. 44 do Código Penal. Tratando-se da superveniência de condenação, cuja execução não tenha sido suspensa, a teor do § 5º do referido dispositivo e da alínea "e" do § 1º do art. 181 da Lei n. 7.210/84, cabe ao julgador investigar a compatibilidade entre as sanções, haja vista que o contraditório já foi exercido na ação penal (Rec. de Ag. 0001326-62.2016.8.24.0075, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, 17.5.16).

No mesmo sentido:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE. POSSIBILIDADE. EXEGESE DOS ARTS. 44, § 5º, DO CÓDIGO PENAL E 181 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ADUZIDA A INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. DESNECESSIDADE DE OITIVA PRÉVIA DO APENADO. REGIME FECHADO QUE SE MOSTRA INCOMPATÍVEL COM O CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (Rec. de Ag. 2015.076904-5, Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 12.1.16).

Mais:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE CONVERTEU PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUSTENTADA NULIDADE POR OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA OITIVA DO APENADO. DESNECESSIDADE. HIPÓTESE DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO DEFINITIVA, EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE JUSTIFICAÇÃO. OITIVA DO APENADO QUE SERIA INÓCUA. EIVA RECHAÇADA. PLEITO DE CUMPRIMENTO SUCESSIVO DAS PENAS, NA FORMA DO ART. 76 DO CÓDIGO PENAL. NÃO ACOLHIMENTO. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 181, § 1º, E, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E 44, § 5º, DO CP. INCOMPATIBILIDADE DE CUMPRIMENTO SIMULTÂNEO DA PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE COM A REPRIMENDA EM REGIME FECHADO. CONVERSÃO NECESSÁRIA. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (Rec. de Ag. 2013.084213-0, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 10.6.14).

Por fim:

EXECUÇÃO PENAL. CONVERSÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA PRÉVIA DO APENADO BEM COMO DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE NA HIPÓTESE. UNIFICAÇÃO DE PENAS DECORRENTE DE NOVA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO EM QUE FOI ESTABELECIDO O REGIME INICIAL FECHADO. IRRELEVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. RECURSO NEGADO (Rec. de Ag. 2011.063986-7, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 29.3.12).

Destarte, inexistente mácula a ser reconhecida quanto à conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade.

4. Há de se alterar o regime de cumprimento de pena estabelecido para o fechado, conforme pretendido pelo Ministério Público em seu arrazoado.

Tanto a regressão operada na decisão resistida quanto o regime inicial de cumprimento de pena fixado na sentença condenatória superveniente levam a isso.

Reconhecida a falta grave e decretada a regressão do regime prisional para o fechado quanto à pena da Ação Penal 0000810-13.2014.8.24.0075 (PEP 0004879-88.2014.8.24.0075), não poderia a Magistrada de Primeiro Grau, ao proceder à soma das penas, ignorar a necessidade de efetiva punição. Ao fixar o regime aberto logo após regredir o Apenado ao fechado, Sua Excelência esvaziou os efeitos disciplinadores do reconhecimento da falha.

Não bastasse, não poderia ser ignorado que o regime inicial de cumprimento de pena imposto na Ação Penal 0011166-38.2012.8.24.0075 (PEP 0001366-78.2015.8.24.0075) foi o fechado (e não o aberto, conforme equívoco da decisão acima destacado).

Está-se, portanto, diante da soma de duas condenações em que o Apenado está submetido ao regime fechado (uma por regressão e outra por regime inicial, após conversão das penas restritivas de direitos), que resultou na imposição do regime aberto.

Tal proceder viola a coerência do sistema jurídico da execução penal, não havendo como se sustentar tal situação.

O art. 111, *caput*, da Lei de Execução Penal orienta que, "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", estabelecendo seu par. ún. que, "sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime".

Ressalvado entendimento contrário, a soma de penas não é simples cálculo aritmético por meio do qual, em atenção ao montante final, estabelece-

se o regime de cumprimento de pena com base nas diretrizes numéricas. Se assim fosse, poderia ocorrer a absurda situação de um condenado que cumpre pena de 3 anos e resgatou 1 ano, caso sancionado novamente há mais 3 anos em regime fechado, ter a pena remanescente fixada em 5 anos a serem resgatados em regime semiaberto, ou seja, em regime mais brando que aquele estipulado pelo Juízo da Condenação. Pior, seria possível que pessoa com apenas uma condenação, condenada em regime inicialmente fechado e que certamente nesse sistema começaria o resgate da sanção, ficasse em situação mais grave que aquela a qual possui mais de uma condenação e fosse beneficiada com operação como a realizada na decisão resistida.

Tal hipótese violaria a individualização da pena e a coisa julgada formada pelo comando judicial que determinou o resgate inicial da pena em regime fechado, e que deveria ser combatido por meio de apelação criminal ou, após o trânsito em julgado, por meio de revisão criminal.

No caso dos autos, o regime fechado para o início de cumprimento de ambas as condenações foi mantido, inclusive por este Tribunal de Justiça. Tal decisão, revestida de coisa julgada, foi indiretamente rescindida pelo Juízo da Execução Penal ao fixar o regime aberto para o cumprimento da pena remanescente.

Na verdade, "o Juízo da Execução Penal, competente para a soma e unificação de penas (art. 66, III, a, da Lei n. 7.210/1984), não está vinculado a apenas uma operação matemática para a aferição da pena a ser imposta em razão da unificação, em decorrência da prática de vários crimes, podendo analisar aspectos objetivos e subjetivos para a concessão de benefícios e fixação do regime adequado" (STJ, HC 180958, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 4.11.14).

Enfim, se o Juízo da Condenação entendeu que era necessária a fixação do regime fechado, não se pode alterar tal situação na decisão de unificação/soma das penas.

A propósito, deste Tribunal:

Não se olvida que, ao proceder à unificação das penas, assim como à determinação do regime, é dever do magistrado limitar-se ao somatório das penas, não devendo, portanto, fazer menção a qualquer circunstância contrária (*in casu*, a reincidência), haja vista que, se assim o fizesse, tal procedimento, além de agravar a situação do apenado, constituiria em violação do princípio da legalidade ante a ausência de previsão expressa.

Ocorre que, no caso concreto, a sentença posterior já havia fixado o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, de modo que não cabia ao juiz da execução o abrandamento do regime tão somente em razão da soma das penas. [...]

Contrario sensu, tem-se que uma pessoa reincidente - tendo cumprido integralmente a pena anterior - iniciaria o resgate da reprimenda de delito superveniente em regime mais gravoso, enquanto que o apenado com

execução penal em curso poderia, com base na interpretação do magistrado *a quo*, iniciar a mesma pena já em regime mais brando. Evidente, portanto, que não é esta a melhor interpretação (Rec. de Ag. 2014.080018-0, Rel^a. Des^a. Salete Sommariva, j. 20.1.15).

E:

RECURSO DE AGRAVO - EXECUÇÃO PENAL - UNIFICAÇÃO DE PENAS - APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO JÁ FIXADO EM UMA DAS CONDENAÇÕES CRIMINAIS - INCONFORMISMO DO REEDUCANDO - SANÇÕES SOMADAS QUE NÃO ULTRAPASSAM OITO ANOS DE RECLUSÃO - PRETENSÃO DE ADOÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO - IMPROCEDÊNCIA DA IRRESIGNAÇÃO - INCIDÊNCIA EXCLUSIVA DO CRITÉRIO QUANTITATIVO (RESULTANTE DA SOMA DAS PENAS) QUE NA ESPÉCIE NÃO SE AFIGURA PROVIDÊNCIA ADEQUADA - ILOGICIDADE NA PREMISSA DE QUE A MERA SOMA DE PENAS REDUNDASSE EM REGIME INICIAL MAIS BENÉFICO DO QUE O IMPOSTO A UMA SÓ DAS SANÇÕES - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE - RECURSO PROVIDO (Rec. de Ag. 2013.048855-8, Rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 21.11.13).

Ainda:

"Conforme dispõe o art. 111 da LEP, a determinação do regime de cumprimento levará em conta o somatório de penas, decorrente das mais diversas condenações. Mas além da quantidade de pena abstratamente considerada, a determinação do regime inicial, após a unificação de penas, deverá observar a fixação de regime determinada individualmente em cada processo (que considera as circunstâncias particulares de cada caso, e não apenas o montante de pena aplicado). Assim, não se pode simplesmente desconsiderar o regime fixado pelo magistrado na sentença, desprezando, por exemplo, as circunstâncias particulares que justificaram a fixação de regime mais gravoso. Do contrário se poderá chegar a um paradoxo: supondo um condenado a regime fechado, por pena pequena, e que já cumprisse pena por outro delito, em regime aberto, poderia, a partir da simples soma de penas, passar a cumprir pena toda em regime aberto (ou, quando muito, no semiaberto); por outro lado, outro apenado, eventualmente condenado pelo mesmo crime inicial (cumprindo pena, portanto, no regime fechado), e que não voltasse a delinquir, teria de cumprir a pena em regime mais severo, por não dispor de outra condenação que lhe permitisse o arranjo proposto na decisão atacada (unificação a partir do simples cálculo aritmético)" (Recurso de Agravo n. 2013.048858-9, de Araranguá, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 24/09/2013) (Rec. de Ag. 2013.055225-5, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 12.11.13).

Sendo assim, ainda que a pena remanescente seja inferior a quatro anos e o Apenado primário, deve ser fixado o regime fechado para o cumprimento da reprimenda, uma vez que esse foi o sistema imposto pelo Juízo da Condenação na sentença condenatória e, ainda, é o que resultou da regressão pelo reconhecimento da prática de falta grave.

Cabe ao Juízo de Primeiro Grau, a partir disso, após proferir decisão fundamentada quanto ao montante de dias remidos revogados, analisar a possibilidade de progressão de José Vicente dos Santos Carvalho ao regime semiaberto, respeitados, com relação ao requisito objetivo, o dia da recaptura como data-base e a decisão do *HC* 118533, na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a hediondez do tráfico privilegiado (crime objeto da segunda condenação).

5. Por fim, o Apenado formulou pedido de manifestação expressa "acerca dos dispositivos legais e princípios constitucionais e supraconstitucionais ventilados na presente peça, para fins de prequestionamento", especificando os "princípios da isonomia, coisa julgada, da legalidade, da irretroatividade da lei penal mais gravosa, da individualização da pena, da razoabilidade/proporcionalidade (art. 5º, I, XXXVI, XXXIX, XL, XLVI e LIV, da CF/88), os artigos 2º, 83 e 84, todos do Código Penal e artigo 1º da Lei de Execução Penal".

A coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), a individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), a ampla defesa e o contraditório (CF, art. 5º, LV) e os arts. 83 e 84 do Código Penal foram diretamente enfrentados nesta decisão e ficam prequestionados.

De resto, não houve abordagem expressa aos demais dispositivos citados porque eles não são necessários ao deslinde das questões debatidas e, uma vez que é dispensável a manifestação sobre dispositivos irrelevantes para a solução da controvérsia (cf. Edcl na Ap. Cív. 2010.061333-4, Rel. Des. Odson Cardoso Filho, j. 10.10.13), não há justificativa para atender o prequestionamento com relação a tais normas.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento parcial e pelo parcial provimento do recurso deflagrado por José Vicente dos Santos Carvalho, tão somente para reconhecer a nulidade da decisão atacada no que toca à fração de revogação dos dias remidos, por ausência de fundamentação, determinando-se que outra seja proferida, e pelo conhecimento e provimento do aviado pelo Ministério Público, para fixar o regime fechado ao cumprimento da pena remanescente, determinando-se que seja analisada a possibilidade de progressão ao regime semiaberto.

Gabinete Des. Sérgio Rizelo