**RECURSO ESPECIAL Nº 1.788.583 - MG (2018/0335532-3)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JORGE MUSSI** |
| RECORRENTE | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS |
| RECORRIDO | : | DAVID VITOR LEOPOLDINO |
| ADVOGADO | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS |

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local que deu provimento aos embargos infringentes e de nulidade da defesa para afastar a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, determinando-se o cumprimento da pena alternativa depois do término da pena reclusiva.

Os elementos existentes nos autos indicam que o recorrido cumpria pena privativa de liberdade quando foi condenado à nova pena, desta vez, restritiva de direitos, tendo o Juízo da execução convertido a referida pena em privativa de liberdade, fixando o regime fechado, tendo em vista que o condenado já estava cumprindo pena em regime mais grave. Promoveu, ainda, novo cálculo de pena, a partir da data da decisão, com o consequente reinício do prazo para obtenção do benefício da progressão de regime (e-STJ fls. 3-4).

A decisão foi reformada pelo Tribunal de origem, nos embargos infringentes e de nulidade opostos ao acórdão, que, a princípio, negou provimento ao agravo em execução da defesa, afastando a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, determinando o cumprimento da pena alternativa após o término da pena reclusiva (e-STJ fls. 93-105).

Opostos embargos de declaração pelo Ministério Público estadual (e-STJ fls. 109-117), esses foram rejeitados pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 126-130).

Nas razões do recurso especial, o órgão ministerial alega ofensa aos arts. 44, §§ 4º e 5º, 69, §2º, e 76, todos do Código Penal, bem como aos arts. 111, *caput* e parágrafo único, e 181, *caput* e §1º, alínea *e*, ambos da Lei de Execução Penal (e-STJ fls. 137-153). Sustenta, em síntese, a possibilidade da conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade quando houver incompatibilidade da execução simultânea das reprimendas impostas ao condenado.

Requer, ao final, o provimento do especial para reforma do acórdão recorrido.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ fls. 158-161), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 163-166), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do inconformismo (e-STJ fls. 177-182)

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca do tema trazido à discussão no recurso especial, assim ficou assentado pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 99-103):

*Verifico que o ponto de controvérsia cinge-se sobre a*

*possibilidade de conversão da pena substitutiva imposta em pena privativa de liberdade, com unificação das reprimendas.*

*Pois bem, nos termos do artigo 44 do Código Penal, a pena restritiva de direito só pode ser convertida em privativa de liberdade em caso de descumprimento injustificado de qualquer das restrições impostas (art. 44, §4°, do CP) ou em caso de nova condenação à pena privativa de liberdade por outro crime, se não for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (art. 44, §5°, do CP).*

*Não bastasse, a Lei de Execução Penal traz em seu artigo 181, § 1º, as hipóteses em que será possivel a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade:*

> *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.*
>
> *§ 1° A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:*
>
> *a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;*
>
> *b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;*
>
> *c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;*
>
> *d) praticar falta grave;*
>
> *e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.*

*Assim sendo, não ocorrendo nenhuma das hipóteses elencadas, a mera condenação sucessiva não autoriza a unificação de penas privativas e restritivas de direitos com conseqüente convolação desta última em pena privativa de liberdade, por ausência de previsão legal.*

*Sobre a questão, destaca-se a doutrina do insigne Alberto Silva Franco:*

> *A segunda hipótese diz respeito à superveniência de condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime. É evidente que a referência ao vocábulo condenação faz pressupor que se trata de condenação írrecorrível, sendo irrelevante o momento em que ocorreu o fato criminoso. A menção à pena privativa de liberdade deixa patente, por sua vez, que apenas esse tipo de sanção punitiva tem o condão de provocar a conversão, que fica elidida, se se tratar de condenação por outra pena restritiva ou por pena pecuniária (...) (Código Penal*

> *e Sua Interpretação Jurisprudencial, 7ª edição, p. 914).*
>
> *Colaciona-se, por oportuno, a orientação não discrepante da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:*
>
> *[...]*
>
> *Por sua vez,* ***certo é que o Embargante cumpria pena privativa de liberdade quando aportou nova guia de recolhimento referente ao cumprimento de penas restritivas de direitos. Nesta situação, a regra a ser aplicada deve ser a prevista no artigo 76 do Código Penal, segundo o qual "No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave". Logo, deve ser suspensa a pena restritiva de direito estabelecida ao apenado, até que o mesmo tenha cumprido integralmente a pena mais grave, in casu, a pena privativa de liberdade, ou, até que seja possível o cumprimento simultâneo das reprimendas.***
>
> ***Ademais, considerando a impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no caso em comento, bem como a natureza distinta entre tais reprimendas, incabivel a unificação das penas operada, vez que o artigo 111 da Lei de Execução Penal trata da adequação de regime para o cumprimento das penas corporais.***
>
> ***Destarte, conclui-se que durante o curso da execução de pena privativa de liberdade, sobrevindo condenação a penas restritivas de direitos, ditas penas deverão ser cumpridas mediante observância dos ditames do art. 76 do CP.*** *(Original sem destaques)*

Denota-se do trecho transcrito acima, que a Corte de origem afastou a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, determinando o cumprimento da sanção restritiva após o término do cumprimento da reprimenda reclusiva.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, *"quando sobrevier nova condenação que, não sendo suspensa, tornar incompatível o cumprimento da pena restritiva de direitos com a pena privativa da liberdade, posterior ou anterior, deve-se reconverter a pena substitutiva em reprimenda corporal (art. 181, §1º, alínea "e", da LEP, c/c artigo 44, §5º, do Código Penal)"* (AgRg no REsp 1610082/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016).

Com efeito, no que se refere à conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, assim dispõe o art. 181, § 1º, alínea *e*, da Lei de Execução Penal:

> *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.*

Destaque-se, também, o teor do art. 44, § 5º, do Código Penal:

> *Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*
> *(...)*
> *§ 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.*

Da leitura dos dispositivos transcritos, verifica-se que a superveniência de nova condenação ao apenado impõe a unificação das penas, sendo certo, também, que a manutenção da pena restritiva de direitos somente é possível se evidenciada a compatibilidade do seu cumprimento simultâneo com a sanção privativa de liberdade.

Assim, constatada a incompatibilidade do cumprimento simultâneo das sanções impostas, necessária a conversão da reprimenda restritiva de direitos em privativa de liberdade, a teor dos arts. 181, § 1º, alínea *e*, da Lei n. 7.210/1984, e 44, § 5º, do Código Penal.

A propósito, confiram-se os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior (destaques acrescidos):

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM CUMPRIMENTO DA PENA ALTERNATIVA ANTERIORMENTE IMPOSTA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *1. 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.*

***2. Esta Corte 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).***

***3. Na hipótese vertente, o ora paciente sofreu condenação à pena privativa de liberdade ( reclusão) em regime fechado. Durante o cumprimento da reprimenda, sobreveio nova condenação à pena privativa de liberdade, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em 500 horas de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, razão pela qual o Juízo da Vara de Execuções Criminais converteu as penas restritivas 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.***

*4. Nesses casos, conforme disposto no art. 111 da LEP, as penas devem ser unificadas. Inaplicabilidade, portanto, do art. 76 do Código Penal.*

*5. Inexistência de constrangimento ilegal, a justificar a concessão da ordem de ofício.*

*6. Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 432.680/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)*

*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*

> *TÍPICO. EXECUÇÃO PENAL. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM CUMPRIMENTO. NOVA CONDENAÇÃO A PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE. INCOMPATIBILIDADE E IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO SIMULTÂNEO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO OCORRENTE. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> ***1. A reconversão da pena restritiva de direitos em privativa da liberdade poderá ocorrer quando sobrevier nova condenação que, não sendo suspensa, tornar incompatível o cumprimento da pena alternativa com a privativa da liberdade (art. 181, §1º, alínea "e", da LEP, c/c artigo 44, §5º, do Código Penal).***
> *2. Somente as penas alternativas de prestação pecuniária e de perda de bens podem ser executadas concomitantemente com o cumprimento das penas privativas de liberdades, independentemente do regime destas.*
> ***3. Hipótese em que se mostra necessária a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa da liberdade, dada a incompatibilidade do seu cumprimento simultâneo com a nova sanção, cuja execução se inicia em regime fechado.***
> *4. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 300.366/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 02/10/2014)*

Ademais, a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem de ser cabível o cumprimento da pena restritiva de direitos após o integral desconto da pena privativa de liberdade, a teor do art. 76 do Código Penal, há de ser afastada.

Isso se dá porque, no caso dos autos, as condenações diversas devem ser somadas ou unificadas para determinação do regime de cumprimento, em observância do disposto no art. 111 da LEP, que assim dispõe:

> *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.*

No mesmo sentido, confiram-se (destaques acrescidos):

> *EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.*

*INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ART. 111 DA LEP - RÉU CONDENADO ÀS PENAS DE RECLUSÃO E DE DETENÇÃO, A ÚLTIMA SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCOMPATIBILIDADE DO CUMPRIMENTO SIMULTÂNEO. CONVERSÃO. SOMATÓRIO DE AMBAS AS REPRIMENDAS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.*

*1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, 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.*

*2. Concorrendo penas de reclusão e detenção, ambas devem ser somadas para efeito de fixação da totalidade do encarceramento, porquanto constituem reprimendas de mesma espécie, ou seja, penas privativas de liberdade. Inteligência do art. 111 da Lei n. 7.210/84. Precedentes do STF e desta Corte Superior de Justiça.*

***3. Por outo lado, esta Corte 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).***

***4. Na hipótese vertente, o agravante cumpria pena privativa de liberdade, quando fora condenado novamente e a nova condenação substituída por restritiva de direito - prestação de serviços à comunidade. Nesses casos, efetivamente, conforme disposto no art. 111 da LEP, as penas devem ser unificadas. Inaplicabilidade, portanto, do art. 76 do Código Penal.***

*5. Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 460.460/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 01/03/2019)*

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS EM CUMPRIMENTO. NOVAS CONDENAÇÕES A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUE, SOMADAS, ULTRAPASSAM 8 ANOS DE RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO SIMULTÂNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O relator poderá decidir monocraticamente habeas corpus substitutivo de recurso ordinário se a matéria for objeto de jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal ou do*

> *Supremo Tribunal Federal (art. 202 e 246 do RISTJ).*
> ***2. Esta Corte firmou o entendimento de que, na hipótese de unificação prevista no art. 111 da LEP, é permitida a reconversão de pena restritiva de direitos se o Juiz verificar a incompatibilidade do seu cumprimento simultâneo com pena privativa de liberdade posterior.***
> ***3. Prevalece o entendimento de que o art. 76 do CP somente é aplicável ao concurso de infrações (art. 69 do CP) quando as penas privativas de liberdade são diferentes (detenção e reclusão).***
> *4. Agravo regimental não provido.*
> *(AgRg no HC 424.866/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018)*

No caso dos autos, o reeducando, cumprindo pena privativa de liberdade, em regime inicial fechado, foi condenado à pena restritiva de direitos, o que evidencia a incompatibilidade de cumprimento simultâneo das sanções, sendo necessária a conversão da reprimenda alternativa em privativa de liberdade, em observância aos arts. 181, § 1º, alínea *e*, da Lei n. 7.210/1984, e 44, § 5º, do Código Penal.

Nesse contexto, merece ser restabelecida a decisão do Juízo da execução que converteu a sanção restritiva de direitos em privativa de liberdade.

Dessarte, constata-se que o Tribunal local, ao decidir pelo afastamento da conversão da pena alternativa em privativa de liberdade, mesmo diante da incompatibilidade de cumprimento simultâneo, dissentiu da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça sobre o tema.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dou provimento ao recurso especial** para restabelecer a decisão do Juízo da execução, nos termos acima expostos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator