

# JUSTIÇA CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO  
REPUBLICA FEDERAL DO BRASIL



SENADOR JOSÉ SARNEY :

**STF É O PODER DO  
EQUILÍBRIO E DA  
MODERAÇÃO**

**Editorial: Ainda existe esperança**



## OS LIMITES DA COISA JULGADA NA EXECUÇÃO PENAL

Des. Élcio Pinheiro De Castro

Embora tenha vindo ao mundo jurídico em 1984, vale dizer, há quase 20 anos, a Lei de Execuções Penais continua oferecendo algumas curiosidades aos operadores do Direito, principalmente no que pertence aos limites da coisa julgada.

A questão que se pretende analisar reúne mais de uma condenação, em especial quando substituídas as carcerárias por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Estatuto Repressivo.

Com efeito, a pergunta que se faz é a seguinte: até que ponto pode o Juízo das Execuções alterar decisão de primeiro grau ou

Acórdão do Tribunal concedendo a discutida benesse?

Objetivando materializar algumas reflexões, suponhamos que determinado cidadão tenha praticado crime de peculato. Regularmente instruído o processo, sobreveio sentença concluindo pela procedência da pretensão punitiva do Estado. O réu foi condenado a três anos de reclusão, em regime aberto. Preenchidos os requisitos legais, a privativa de liberdade restou substituída por duas restritivas de direitos pelo tempo da condenação.

Na hipótese cogitada, é evidente que se as obrigações não

forem realizadas, cabe ao Juízo das Execuções promover a respectiva conversão com apoio no § 4º do art. 44 do CP, verbis: “A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão”.

Avançando um pouco mais para exemplificar melhor, vamos imaginar que esse mesmo cidadão, ainda desempenhando pena alternativa, seja condenado por outro crime, em um segundo processo, a dois anos de reclusão, não aplicada a substituição tendo em conta, por exemplo, a reincidência.

Até aqui, também não há nenhuma novidade pois dispõe o § 5º do referido art. 44 do CP que “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”. Vale dizer, em caso de posterior condenação, a conversão ou não das restritivas de direitos em privativa de liberdade vai depender do regime inicial fixado na nova condenação. Se fechado ou semi-aberto, certamente não haverá espaço para o favor legal. Todavia, outra será a solução cuidando-se de regime exclusivamente aberto pelo fato da Lei Penal (§ 1º do art. 36) autorizar o reeducando a trabalhar ou frequentar curso, fora do estabelecimento prisional, durante o dia, permanecendo recolhido no período noturno e dias de folga. Ora, se pode trabalhar e estudar, sem dúvida poderá continuar cumprindo pena substitutiva precedente.

Logo, se na segunda condenação for fixado regime aberto, a substituição da privativa de liberdade outorgada na condenação anterior pode ser mantida por compatível com a reprimenda posterior. Isso não acontecendo, deve ser convertida em carcerária.

Contudo, tornando a questão um pouco mais complexa, vamos estabelecer que a segunda condenação, por qualquer motivo (certo ou errado) também tenha sido substituída por prestação de serviços à comunidade e pecuniária.

Em síntese, temos agora duas condenações, apoiadas em dois processos distintos, pela prática de dois crimes, ambas substituídas por restritivas de direitos com trânsito em julgado.

Estando o acusado a cumprir pena alternativa pertinente ao primeiro processo, pergunta-se: como deverá proceder o juiz da execução ao receber os autos da segunda condenação?

Consoante determinada corrente jurisprudencial, cabe ao julgador a) revogar a substituição das penas com apoio nos arts. 66, III, “a” e 111 da Lei 7210/84; b) promover a soma das privativas de liberdade pela regra do concurso material (art. 69 do CP); c) aplicar a detração pelo tempo já cumprido; d) fixar o regime inicial semi-aberto em razão da pena ser superior a quatro anos (ou fechado se acima de oito, dependendo do número de condenações substituídas) bem como expedir mandado de prisão.

Em que pese a douda orientação (por ainda não convenci-

do) venho sustentando o entendimento de que “condenado o paciente em feitos diversos – havendo ocorrido em todos eles, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – urge somar as sanções alternativas impostas por igual período, afastando-se assim decumsum impondo o cumprimento em regime semi-aberto, sob pena de ofensa à coisa julgada.” (HC nº 2002.04.01.048145-7/SC, 8ª Turma do TRF da 4ª Região, unânime, julg. em 10.02.2003, publicado no DJU em 19.02.2003). Tal inteligência também foi adotada em outro precedente do mesmo Colegiado, enfrentando situação idêntica, cujo Acórdão restou ementado nas seguintes letras:

“HABEAS CORPUS. JUÍZO DA EXECUÇÃO. LEI Nº 7.210/84. AGRAVO. EFEITO SUSPENSIVO. CRIMES AUTÔNOMOS. SOMATÓRIO DAS PENAS. SANÇÕES PRIVATIVAS DE LIBERDADE SUBSTITUÍDAS POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. COISA JULGADA. 1. A inexistência de efeito suspensivo ao agravo cabível contra as decisões proferidas pelo juízo da execução, conforme previsto no art. 197 da Lei nº 7.210/84, não afasta a possibilidade de uso do habeas corpus visando coibir constrangimento ilegal, desde que tal ocorrência esteja comprovada de plano. 2. Cuidando-se de delitos autônomos, pelos quais o réu foi processado no âmbito de ações penais diversas, cumpre proceder ao somatório das penas, quando da respectiva execução, tal como ocorreria caso os crimes tivessem sido objeto de uma só demanda, aplicando-se, na prática, as regras do concurso material. 3. Em respeito à coisa julgada, resta inviável, em sede executória, reverter a substituição das reprimendas por restritivas de direitos determinada em cada processo autônomo, na fase de cognição, sob o fundamento de haver o respectivo somatório ultrapassado o quantum de 04 (quatro) anos.” (HC nº 2002.04.01.047779-0/SC, Relator Des. Luiz Fernando Wovk Penteado, julg. em 16/12/2002, publ. no DJU de 15/01/2003)

Na mesma linha, vale registrar julgamento unânime no HC nº 2003.04.01.002560-2/RS, Relator Des. Volkmer de Castilho, apreciado em 10.03.2003 (DJU de 26.03.2003, p. 807) e mais recentemente, no Agravo em Execução Penal nº 2002.72.00.012178-5/SC, provido por maioria na Sessão de 11.06.2003, Relator Des. Luiz Fernando Wovk Penteado. Nas duas oportunidades, decidiu-se afastar a conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, revogando-se as ordens de prisão expedidas.

Com efeito, no ponto, penso que ao Juízo da Execução Penal cabe respeitar não só o princípio da legalidade, mas sobretudo os ditames da sentença condenatória transitada em julgado. A imutabilidade da res judicata impede seja a situação do réu modificada para pior, mostrando-se incabível alterar o status libertatis do indivíduo sem expressa autorização legal.

De início, cumpre ressaltar que na questão ora levantada, não há se cogitar de aplicação dos critérios pertinentes ao concurso formal ou crime continuado, porquanto os delitos foram praticados mediante duas ações, em circunstâncias distintas. Assim, a rigor, mostra-se correta a soma das penas pela regra do concurso material.

Não obstante, esse somatório há de levar em conta os parâ-

metros ditados em cada decisão de primeiro grau ou nos Acórdãos proferidos – onde, de forma expressa, restou fixada ou mantida a substituição das reprimendas privativas de liberdade por restritivas de direitos, ao entendimento (implícito ou não) de serem estas suficientes na espécie, adequando-se portanto ao grau de reprovabilidade da conduta bem como às condições pessoais do sentenciado (art. 44 do Estatuto Repressivo).

Logo, com a devida vênia, tenho que ao Magistrado responsável pelo processo de execução penal não é conferido poder para deliberar de forma diversa, sob pena de afrontar os limites da coisa julgada, eis que o direito à substituição das penas carcerárias por sanções restritivas já restou consolidado e integrado no patrimônio jurídico do réu, por decisão judicial definitiva.

Além disso, como salientado, a conversão das penas alternativas em carcerária pelo Juízo das Execuções encontra-se adstrita ao eventual descumprimento injustificado de qualquer das obrigações impostas (artigo 44, § 4º, do CP c/c art. 181 da LEP) ou quando incompatível com nova condenação a pena privativa de liberdade por outro crime (art. 44, § 5º, do mesmo Diploma). Ausente qualquer desses parâmetros, impõe-se a observância do ato judicial transitado em julgado, nos seus exatos termos.

O comando inscrito no art. 111 da LEP, invocado pelos defensores da aplicação do concurso material levando em conta as penas privativas, não confere amparo legal à supressão das restritivas de direitos fixadas. Veja-se o teor do apontado dispositivo:

“Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento da pena será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observadas, quando for o caso, a detração ou a remição”

Importa notar que essa regra se encontra no Capítulo I da Lei de Execução Penal, vale dizer, trata especificamente “das penas privativas de liberdade”, bem como incluído na Seção II, “dos regimes”. O artigo precedente (art. 110) dispõe que “o Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no art. 33 e seus parágrafos do Código Penal”.

Portanto, a hipótese prevista no aludido comando legal diz respeito unicamente à regressão do regime prisional fixado para outro mais severo decorrente da soma das penas privativas de liberdade. Toda a jurisprudência encontrada a respeito do tema situa-se nesse sentido, ou seja, debate-se a transposição do regime aberto para o semi-aberto ou deste para o fechado.

Assim, é de se concluir, no mínimo, que a interpretação extensiva que se pretende conferir ao referido artigo 111 da Lei de Execuções para contemplar situações nele não previstas configura analogia in malam partem, incabível em nosso ordenamento jurídico-penal, não podendo, portanto, ser empregada em desfavor do réu (nesse sentido, v. a lição de ASSIS TOLEDO, em sua obra ‘Princípios Básicos de Direito Penal’, p. 27).

Afora isso, tal dispositivo não trata das penas restritivas de direitos, as quais são abordadas no Capítulo II da Lei 7.210/84, sendo que as possibilidades de sua conversão restam enumeradas taxativamente no art. 181 do mesmo Diploma Legal, verbis:

“Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em pena privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos do Código Penal (em sua antiga redação). § 1º 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.”

Ao contrário do que se sustenta, a alínea “e” acima referida não autoriza a conversão na hipótese de condenação superveniente também substituída por penas restritivas, porquanto essa previsão legal se destina tão-só aos casos em que a nova sentença impôs exclusiva sanção carcerária, vale dizer, se por qualquer motivo a privativa de liberdade encontra-se suspensa, não há se cogitar de conversão.

Comentando esse regramento, leciona MIRABETE que “também ocorrerá a conversão quando o agente sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa (letra e). É uma consequência lógica do sistema, já que, sofrendo nova condenação, agora à pena privativa de liberdade, devendo cumpri-la por não ter sido concedido o sursis, fica o condenado impedido de prestar serviços à comunidade. Esta sanção, portanto, deve ser convertida em privativa de liberdade, cumprindo-a o condenado cumulativamente com a nova sanção imposta. Havendo, porém, possibilidade de cumprimento da pena substitutiva anterior, é facultado ao juiz deixar de promover a conversão (art. 44, § 5º, com a nova redação). Assim, se houver nova condenação à pena de multa ou restritiva de direitos, ou mesmo à pena privativa de liberdade com concessão do sursis, não haverá conversão” (EXECUÇÃO PENAL, Ed. Atlas, 10ª edição, p. 716).

É inafastável que a substituição da reprimenda por sanções restritivas precede à hipótese de sursis, mostrando-se mais favorável ao acusado - pois a suspensão condicional só será concedida “desde que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44” (art. 77, III, do CP). Forçoso, pois, reconhecer que a melhor interpretação da alínea “e” do art. 181 da LEP é no sentido de que a prestação de serviços à comunidade deva necessariamente ser convertida em privativa de liberdade apenas quando ocorrer nova condenação à pena de prisão sem qualquer substituição ou suspensão.

Por outro lado, sobre o tema, vale observar que o art. 45 do CP em sua antiga redação, dizia o seguinte: “A restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando: I – sobrevier condenação, por outro crime, à pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa; II – ocorrer o descumprimento injustificado da

restrição imposta”.

Como se vê, não obstante de forma tímida, o antigo dispositivo também só assegurava a conversão nos casos em que “a execução não tenha sido suspensa” por qualquer motivo ou tenha o condenado descumprido a obrigação.

Entretanto, com a edição da Lei nº 9.714/98, tais disposições se alargaram nos termos do art. 44, §§ 4º e 5º, do Estatuto Repressivo.

Segundo CELSO DELMANTO, “quanto à alínea ‘e’ do art. 181 da LEP, que previa a conversão da pena restritiva de direitos na hipótese do sentenciado sofrer nova condenação à pena privativa de liberdade sem sursis, foi ela tacitamente revogada pelo art. 44, § 5º, do CP (...) Caso sobrevenha condenação à pena privativa de liberdade por outro crime, o juiz decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. Ao contrário do que ocorre com o sursis, no qual havendo condenação posterior por crime doloso durante o período de prova a sua revogação é obrigatória (art. 81, I) tratando-se de pena substitutiva prevista no art. 43 e seguintes a sua conversão em privativa de liberdade, na mesma hipótese, só terá incidência como extrema ratio, conforme expressa disposição do final deste § 5º...” (CP Comentado, 5ª edição, Ed. Renovar, p. 84).

Aliás, a jurisprudência do TRF da 4ª Região já analisou a aplicabilidade do parágrafo 5º do art. 44 do CP, em situação análoga, nos termos do Acórdão assim ementado:

“HABEAS CORPUS. UNIFICAÇÃO DE PENAS. CONCURSO MATERIAL. MANUTENÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. Correto o reconhecimento do concurso material quando da unificação das penas, mesmo se o réu é condenado em processos distintos, com penas distintas e substituídas por penas restritivas de direitos estabelecidas na sentença. A soma delas não leva necessariamente à pena corporal quando exceda o total o limite de quatro anos. Interpretação do art. 44, § 5º, CP. Ordem parcialmente concedida.” (HC nº 2002.04.01.057106-9/RS, unânime, Rel. Des. Volkmer de Castilho, julg. em 10.03.2003).

Do voto proferido pelo eminente Relator, permito-me transcrever o seguinte trecho:

“O Juiz considerou corretamente haver concurso material, porque as condutas delituosas foram perpetradas mediante ações e resultados distintos, mas equivocou-se ao entender pela não substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Estas, as penas restritivas de direitos, ao contrário, devem ser somadas, porque já foram individualmente substituídas, respeitando, assim, as decisões proferidas. É que, além disso, o parágrafo 5º do art. 44 do CP prevê a possibilidade da manutenção da pena restritiva de direitos mesmo sobrevindo nova condenação com pena privativa de liberdade, quando for possível ao condenado o cumprimento das penas restritivas impostas. Conforme ensina Júlio Fabbrini Mirabete in Código Penal Interpretado: ‘Dispõe a nova Lei de Execução Penal que as penas restritivas de direitos serão convertidas em pena privativa de liberdade quando o executado sofrer nova condenação

por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa (art. 181, § 1º, ‘e’). A regra, entretanto sofreu atenuação, pois se permite que, no caso de superveniência de nova condenação, o juiz pode deixar de aplicar a conversão se, não obstante a nova condenação, além da hipótese de suspensão condicional, for possível ao condenado cumprir a pena restritiva de direitos anterior, por inexistir incompatibilidade com a execução da nova reprimenda imposta. Não se trata mais, portanto, de conversão automática de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando ocorrer nova condenação’ (...) Ora, se a lei prevê expressamente que mesmo sobrevindo condenação com pena corporal, pode ser mantida a pena restritiva já imposta, não vejo razão para não manter duas penas restritivas de direitos quando o Juiz da condenação considerou-as mais adequadas. É esse o parecer do MPF (fls. 270/2) com fundamento na melhor interpretação do art. 44, § 5º, do CP, que adoto...”

De todo modo, por qualquer ângulo que se observe, tal inteligência não se modifica. Independentemente da ordem das condenações (alternativa/privativa ou privativa/alternativa), em determinadas oportunidades as alternativas devem ser mantidas, em outras não. A propósito, veja-se interessante Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que bem dimensiona a questão:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. CONVERSÃO DE RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSIÇÃO DO ART. 44, § 5º, DO CP. Estando o Agravante cumprindo pena privativa de liberdade (regime fechado) resta impossibilitada a prestação de serviços à comunidade, porquanto incompatível o cumprimento simultâneo das sanções. À unanimidade, deram provimento ao agravo ministerial para converter a pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade em privativa de liberdade. (Agravo de Execução nº 70003761350, Câmara Especial Criminal do TJRS, Relator Des. Reinaldo José Rammé, julg. em 19.03.2002)

Repetindo: caso a anterior condenação seja compatível com a nova (ou vice-versa) – vale dizer, mostrando-se possível o cumprimento simultâneo das penas restritivas de direitos com a privativa de liberdade – não há lugar para a conversão e menos ainda quando as duas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direitos com trânsito em julgado para a acusação.

Em suma, na hipótese agitada nestas breves reflexões, mister concluir não haver amparo legal para a revogação, pelo Juízo da Execução, das penas restritivas de direitos fixadas por sentença transitada em julgado. Consoante explicitado, a guerreada conversão somente poderá ocorrer nos termos do art. 181 da Lei de Execução Penal, mostrando-se inaplicável ao caso em discussão o art. 111 do mesmo Diploma.