

TESE 103

Proponente: Renata Simões Stabile Bucceroni

Área: Execução Criminal

Súmula: Não é possível a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando a sentença ou o acórdão nos quais foi imposta ou confirmada a pena restritiva forem posteriores ao início do cumprimento de outra reprimenda privativa de liberdade. Também não é possível a conversão se a prática de crime que ensejou a aplicação de pena privativa é anterior ao início do cumprimento da pena restritiva de direitos.

ASSUNTO

Reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Execução Penal.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Nos casos em que o sentenciado está condenado a mais de uma reprimenda – sendo uma restritiva de direitos e outra privativa de liberdade há dois dispositivos do Código Penal que são aplicáveis, a depender do caso concreto, quais sejam, o artigo 44, § 5º (complementado pelo artigo 181, § 1º, da Lei de Execução Penal) e o artigo 76.

Não se atentando para as peculiaridades de cada caso os magistrados costumam se esquecer da existência do artigo 76 do Código Penal e dão interpretação extensiva aos artigos 44, § 5º do Código Penal e 181, § 1º, da Lei de Execução Penal (LEP), convertendo penas restritivas de direitos sempre que o sentenciado cumpre outra pena privativa de liberdade, sob o argumento de que a reconversão é necessária pois há incompatibilidade entre a pena restritiva e a privativa.

Ocorre que se a sentença ou o acórdão nos quais foi imposta ou confirmada a pena restritiva de direitos forem posteriores ao início do cumprimento de outra reprimenda privativa de liberdade não se justifica a reconversão, pois **não estará presente a hipótese prevista nos artigos 181, § 1º, e da LEP e 44, § 5º do Código Penal**, devendo ser aplicado o disposto no artigo 76 do Código Penal. Também não se justifica a reconversão se a prática do crime que levou a aplicação de pena privativa tiver ocorrido antes do efetivo início do cumprimento da pena restritiva de direitos.

Os artigos 181, § 1º, e da LEP e 44, § 5º do Código Penal somente aplicam-se à hipótese em que, **no curso da execução da pena restritiva de direitos sobrevém condenação à pena privativa de liberdade. Observe-se que pressuposto essencial da reconversão é que a pena restritiva esteja sendo executada quando o sentenciado sofre nova condenação à pena privativa.** Vejamos a redação dos mencionados dispositivos:

“Art. 181 (...)

§ 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” (destacamos).

“Art. 44

(...)

§ 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” (destacamos).

Se a sentença ou o acórdão nos quais foi imposta ou confirmada a pena restritiva **são posteriores ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade** não está presente a hipótese trazida nos artigos 181, § 1º, e da LEP e 44, § 5º do Código Penal, na medida em que a pena restritiva de direitos não estará sendo executada. O mesmo ocorre se o sentenciado praticar crime que gere condenação à pena privativa antes do efetivo início do cumprimento da pena restritiva.

Observe-se que o artigo 44, § 5º do Código Penal fala expressamente na **superveniência de condenação** à pena privativa de liberdade e o artigo 181, § 1º, e dispõe que a pena de prestação de serviços será reconvertida se o indivíduo previamente condenado à pena restritiva **“sofrer condenação por outro crime** à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa”.

Concluimos, portanto, que são pressupostos essenciais para a reconversão que (i) a condenação pela prática de outro crime que traga pena privativa seja posterior à condenação ao cumprimento da pena restritiva e que (ii) o sentenciado esteja efetivamente cumprindo a pena restritiva quando da prática do crime que acarrete condenação à pena privativa de liberdade, pois só assim haverá descumprimento de condições da pena restritiva que justifiquem sua reconversão em pena privativa.

A tese defensiva já foi acolhida no agravo de execução nº 0111066-34.2013.8.26.0000 – interposto pela subscritora –, de relatoria do Desembargador Newton Neves, cujo teor transcrevemos:

“O agravo comporta provimento.

As hipóteses para conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade estão expressamente previstas no artigo 181, §1º da LEP. Seu rol é taxativo, não se admitindo interpretação extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade em prejuízo do réu.

Exige referido artigo que o detento **esteja efetivamente no cumprimento da pena restritiva de direitos, vez que somente nessa oportunidade é que poderá infringir o que disposto em seus incisos**, o que implicará possibilidade de conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, observado o regime imposto pela sentença condenatória ou se for o caso, o art. 111 da LEP.

A alínea "e" do referido §1º do art. 181 da LEP e o §5º do artigo 44 do Código Penal, por sua vez, referem-se a nova condenação à pena privativa de liberdade, onde autorizado ao juízo das execuções criminais decidir sobre a conversão da pena restritiva de direitos anterior a essa nova condenação e que está sendo cumprida, podendo deixar de converter se ao condenado for possível cumpri-la.

Percebe-se que três são os requisitos: a) estar o sentenciado cumprindo pena restritiva de direitos; b) nova condenação à pena privativa de liberdade (alínea "e", §1º, art. 181, LEP e §5º, art. 44, CP), descumprimento de restrição imposta (§4º, art. 44, CP) ou infração às alíneas "a", "b", "c" ou "d" do §1º, art. 181, da LEP; e c) impossibilidade de cumprir a pena restritiva anterior.

Presentes essas hipóteses poderá o juízo das execuções criminais converter a pena restritiva de direitos em cumprimento por pena privativa de liberdade. Essa a melhor interpretação do §1º do art. 181 da LEP e §§4º e 5º do art. 44 do CP.

(...)

A lei somente autoriza a conversão das penas restritivas de direito em pena privativa de liberdade se o detento estiver efetivamente no cumprimento da pena restritiva de direito e por qualquer razão infringir o disposto no art. 181 da LEP.

E estando o agravado encarcerado em regime fechado, não havia meios de descumprir referido dispositivo, simplesmente porque não estava cumprindo a pena restritiva de direitos.

(...)

As hipóteses de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade estão expressamente previstas no art. 44, §§ 4º e 5º, do Código Penal e art. 181 da Lei de Execução Penal, dentre as quais não se subsume a situação fática em tela.

Verificando a existência de penas de naturezas diversas, a execução deve ser iniciada pelas mais graves, adequando-

se o seu cumprimento dentro de uma sequência lógica e temporal.

Por tudo isso, afastada a conversão como operada pelo juízo das execuções criminais, deve o detento ser mantido na situação em que se encontrava, mantida a pena restritiva de direito que terá seu cumprimento iniciado quando em livramento condicional ou no regime aberto, se assim entender o magistrado.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.” (16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, v.u, julgado em 30/06/2013 – destacamos).

No mesmo sentido, confira-se trechos do acórdão, proferido nos autos de agravo de execução nº 990.09.046988-9, de relatoria do Desembargador Hermann Herschander, da 14ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“3. O agravante cumpre pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, decorrente de condenação em primeira instância, não transitada em julgado, pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2o, incisos I e I I , do Código Penal.

Ocorre que posteriormente o agravante foi condenado à pena de prestação de serviços à comunidade e ao pagamento de um salário mínimo a título de prestação pecuniária por infração à norma do artigo 155, § 4o, incisos I e IV, do Código Penal. O acórdão transitou em julgado para o Ministério Público em 14/02/2008 e para o réu em 28/02/2008.

Remetida a guia de recolhimento à Vara das Execuções Criminais, o representante do Parquet requereu a conversão da nova pena - restritiva de direitos - em privativa de liberdade, dada a incompatibilidade de cumprimento de ambas, com fundamento no artigo 44, § 5º, do Código Penal.

O MM. Juiz deferiu a conversão pleiteada, mas nos termos do artigo 44, § 4o, do mesmo Codex.

Sem razão, data venia.

O artigo 44, § 5o do Código Penal prevê hipótese inversa à que ora se apresenta, porquanto faculta ao Juiz determinar a conversão da pena restritiva de direitos que está sendo cumprida em privativa de liberdade pelo advento de nova condenação à pena carcerária.

Igualmente, não se trata da hipótese do § 4o do aludido dispositivo, de descumprimento injustificado da restrição imposta na condenação.

De fato, **aplica-se ao caso o artigo 76 do Código Penal:**

"No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave."

Assim, a pena de prestação de serviços à comunidade imposta a sentenciado que cumpre pena privativa de liberdade por outro crime **será suspensa até o término da pena carcerária**, em atenção ao contido no artigo 116, parágrafo único, do Código Penal.

Nesse sentido já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. RÉU PRESO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 76. CONCURSO DE INFRAÇÕES. EXECUÇÃO. PENAS. MAIS GRAVES E POSTERIORMENTE AS DEMAIS. MULTA. INADIMPLÊNCIA. DÍVIDA DE VALOR.

No caso de descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos, na hipótese de o réu estar preso, não é razoável a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, em virtude da prisão do réu e, assim, impossibilitado de adimplir a restrição determinada. A solução está no art. 76 do Código Penal que trata do concurso de infrações, determinando a execução primeiramente dos crimes mais graves. Assim, o executado cumprirá a pena privativa de liberdade para, somente depois, ter a possibilidade de prestar serviços à comunidade, devendo esta ser suspensa enquanto cumpre aquela, em respeito ao art. 116, parágrafo único, do Código Penal. (...)." (REsp 662.066/SC, Rei. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 01/08/2005 p. 530).

4. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para, cassada a decisão que determinou a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, suspender a execução da pena de prestação de serviços à comunidade até o cumprimento ou extinção da pena carcerária." (14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, v.u, julgado em 25/06/09 – destacamos).

Pelos fundamentos acima é que sustentamos que se a sentença ou o acórdão nos quais foi imposta ou confirmada a pena restritiva de direitos forem posteriores ao início de cumprimento de outra pena privativa de liberdade ou se a pena restritiva não estiver em execução quando da prática de crime que leve a uma nova condenação **não se pode falar em reconversão**, sendo aplicável o previsto no artigo 76 do Código Penal que dispõe que no concurso de crimes **deve-se executar primeiro a pena mais rigorosa**, de modo que a pena restritiva deve ser mantida tal como imposta na decisão condenatória e será cumprida após o término da pena privativa de liberdade.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A tese foi criada em virtude de os magistrados que atuam na Vara de Execuções Criminais de Guarulhos darem interpretação extensiva aos artigos 44, § 5º do Código Penal e 181, § 1º, da Lei de Execução Penal (LEP), convertendo penas restritivas de direitos sempre que o sentenciado cumpre outra pena privativa de liberdade, sob o argumento de que a reconversão é necessária pois há incompatibilidade entre a pena restritiva e a privativa.

A interpretação dada aos referidos artigos pelos magistrados é ilegal, pois amplia as hipóteses de reconversão e no direito penal é vedada a interpretação extensiva em prejuízo do réu.

Na prática, com a reconversão, o sentenciado é obrigado a cumprir pena privativa de liberdade por um período maior que o devido.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Os argumentos da tese podem ser utilizados para sustentar o não cabimento da reconversão ainda em primeira instância, após pedido de reconversão efetuado pelo Ministério Público, ou em agravo de execução interposto em face da decisão que determinou indevidamente a reconversão de pena restritiva de direitos.