

10. JURISPRUDÊNCIA

10.5 Jurisprudência Organizada e Comentada

EXECUÇÃO PENAL¹

PARTE III

SÉRGIO MAZINA MARTINS²

Diretor do IBCCrim, Secretário da Associação Juízes para a Democracia, Professor de Direito Penal na Universidade São Marcos (São Paulo), Juiz de Direito na Vara das Execuções Criminais de São Paulo

Sumário:

29. Livramento Condicional

⁽¹⁾ As duas partes anteriores deste trabalho foram publicadas nos números 19 e 20 da *RBCCrim*, sendo agora apresentada sua terceira e última parte, como sempre obedecendo a ordem das matérias seguida pela Lei 7.210/96 (Lei de Execução Penal – LEP). Dentro de um mesmo item, as ementas seguem a sequência da data de julgamento ou, na sua falta, da época de publicação. As siglas e abreviaturas seguem os padrões consagrados nas publicações do IBCCrim, com as seguintes observações específicas: “red.” indica que a ementa foi redigida pelo organizador, a partir do original do Acórdão; “dtj” indica que a decisão transitou em julgado; “tj” indica a data do trânsito em julgado; “1.ª inst.” (seguida da Vara respectiva) indica o número do feito em primeira instância (caso não haja outra indicação, trata-se do número do feito na Vara das Execuções Criminais de São Paulo); “VEC/SP” indica a Vara das Execuções Criminais da capital de São Paulo. Julgados que versam sobre mais de um tema eventualmente foram divididos por mais de um item.

⁽²⁾ O organizador externa novamente seus agradecimentos pelas colaborações do Promotor de Justiça Dr. Álvaro Busana,

29.1 Lapso temporal

29.1.1 Especial para reincidente

29.1.2 Beneficiário de maus antecedentes

a) lapso comum

b) lapso especial

29.1.3 Momento de aferição

29.2 Merecimento

29.2.1 Natureza

29.2.2 Conduta disciplinar

a) deferimento

b) indeferimento

29.3 Pareceres técnicos: hipótese de necessidade

29.4 Parecer do Conselho Penitenciário: hipótese de desnecessidade

29.5 Concessão por *habeas corpus*: meio inidôneo

29.6 Revogação obrigatória: novo crime com condenação irrecorrível

29.7 Revogação facultativa: descumprimento de condição

renovando também sua gratidão pelas colaborações dos Juízes de Direito da Vara das Execuções Criminais de São Paulo e, em particular, dos magistrados Benedito Roberto Garcia Pozzer, Fernanda Gomes Camacho e Mariano Cassavia Neto.

- 29.8 Suspensão do livramento: possibilidade
- 29.9 Restabelecimento: inadmissibilidade por *habeas corpus*
- 29-A. Interdição Temporária de Direitos
 - 29-A.1 Natureza jurídica
- 30. Suspensão Condicional da Pena – *Sursis*
 - 30.1 Concessão pelo Juízo da condenação: critérios e natureza jurídica
 - 30.2 Omissão na condenação: suprimen- to na execução
 - 30.3 Condenação sem especificação das condições: suprimen- to na execução
 - 30.4 Audiência admonitória: ausência do beneficiário
 - 30.5 Condições e natureza do *sursis* sim- ples
 - 30.6 Condições especiais: hipótese de inadmissibilidade
 - 30.7 Revogação
 - 30.7.1 Oportunidade
 - 30.7.2 Obrigatoriedade: não ca- racterização
 - 30.7.3 Incompatibilidade com pena privativa de liberdade
 - 30.8 Prorrogação do período de prova
 - 30.8.1 Processo em andamento
 - 30.8.2 Declaração expressa: des- necessidade
 - 30.9 Prescrição da pretensão executória: suspensão no curso do *sursis*
 - 30.10 *Habeas corpus*
 - 30.10.1 Admissibilidade restrita
 - 30.10.2 Inadmissibilidade
- 31. Pena de Multa
 - 31.1 Natureza jurídica e advento da Lei 9.268/96
 - 31.2 Correção monetária: termo inicial de incidência
 - 31.2.1 A partir da data do fato
 - 31.2.2 A partir do trânsito em julgado
 - 31.2.3 A partir do 10.º dia após o trânsito em julgado
- 31.3 Multa e privação de liberdade
 - 31.3.1 Antes da Lei 9.268/96: hipótese de não conversão
 - 31.3.2 Após a Lei 9.268/96: inad- missibilidade
- 31.4 Liquidação
 - 31.4.1 Competência do Juízo cri- minal ou da execução
 - 31.4.2 Notificação para pagamen- to voluntário
- 31.5 Execução civil (após a Lei 9.268/96)
 - 31.5.1 Titularidade ativa do Mi- nistério Público e compe- tência do Juízo da execu- ção penal
 - 31.5.2 Titularidade ativa da Fa- zenda Pública e compe- tência do Juízo cível espe- cializado
- 31.6 Prescrição da pretensão executória no curso do período de prova (após a Lei 9.268/96)
 - 31.6.1 Admissibilidade
 - 31.6.2 Inadmissibilidade
- 31.7 *Habeas corpus*
 - 31.7.1 Meio idôneo
 - 31.7.2 Meio inidôneo
- 31.8 Extinção por detração analógica
 - 31.8.1 Admissibilidade
 - 31.8.2 Inadmissibilidade
- 31.9 Extinção em face do valor irrisório (inexequibilidade): admissibilidade
- 32. Medidas de Segurança
 - 32.1 Prazo máximo: pena concreta apli- cável ao caso
 - 32.2 Recolhimento indevido em estabe- lecimento prisional: inadmissibili- dade e soluções
 - 32.3 Prescrição da pretensão executória: inadmissibilidade
 - 32.4 Incidente de cessação de periculosi- dade na internação: procedimento
 - 32.5 Cessação de periculosidade e enca- minhamento a estabelecimento hos- pitalar comum: admissibilidade

- 32.6 Conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança na superveniência de doença ou perturbação mental (LEP, art. 183)
 - 32.6.1 Procedimento
 - 32.6.2 Inadmissibilidade
 - 32.6.3 Limites específicos
- 32.7 *Habeas corpus*: hipótese de inadmissibilidade
- 33. Indulto e Comutação Coletivos
 - 33.1 Natureza do indulto coletivo
 - 33.2 Competência abstrata do Presidente da República
 - 33.3 Competência jurisdicional: Juízo da execução
 - 33.4 Exclusão em face da hediondez ou caráter assemelhado
 - 33.4.1 Exclusão geral: admissibilidade
 - 33.4.2 Exclusão específica de autores de crimes na época do fato não classificados legalmente como hediondos ou assemelhados: admissibilidade
 - 33.4.3 Exclusão de homicídio qualificado em geral no Dec. Presid. 1.242/94
 - a) admissibilidade
 - b) inadmissibilidade
 - 33.5 Discriminação por tempo de cumprimento de pena: casuística
 - 33.6 Discriminação por critério de reincidência: deferimento
 - 33.7 Exclusão de beneficiários de comutações anteriores
 - 33.8 Reparação do dano
 - 33.8.1 Deferimento
 - 33.8.2 Indeferimento
 - 33.9 Condenados em *sursis*
 - 33.10 Discriminações subjetivas
 - 33.10.1 Prognóstico de não reincidência e pareceres técnicos: deferimento
 - 33.10.2 Comportamento disciplinar: hipóteses de indeferimento
 - 33.10.3 Comportamento disciplinar: período de abrangência
 - 33.11 Indulto especial (Dec. Presid. 1.860/96)
 - 33.11.1 Reincidência: indeferimento
 - 33.11.2 Exclusão de roubos qualificados pelos incs. II e III do par. 2.º do art. 157 do Cód. Penal
 - a) cumulatividade do impedimento
 - b) alternatividade do impedimento
 - 33.11.3 Imposição de condições: admissibilidade
 - 33.11.4 Deferimento por política criminal
 - 33.12 Indulto humanitário
 - 33.12.1 Estágio avançado de doença grave e irreversível
 - a) deferimento
 - b) indeferimento
 - 33.12.2 Comprovação médica e seus critérios
 - 33.13 Efeitos do indulto pleno: inadmissibilidade da extinção da multa
 - 33.14 Questões processuais em geral
 - 33.14.1 Oitiva do Conselho Penitenciário: desnecessidade
 - 33.14.2 Demora judicial
 - 33.14.3 Instrução do pedido: ônus da parte
 - 33.15 *Habeas corpus*: meio inidôneo
- 34. Procedimento Judicial em Geral
 - 34.1 Princípios da economia, da informalidade e da celeridade
 - 34.2 Procedimento: oitiva das partes interessadas
 - 34.3 Recursos
 - 34.3.1 Interesse
 - 34.3.2 Tempestividade
 - 34.3.3 Procedimento: rito do agravo do processo civil
 - 34.3.4 Procedimento: rito do recurso em sentido estrito

- 34.3.5 Embargos infringentes e de nulidade: inadmissibilidade
- 34.4 Mandado de segurança
 - 34.4.1 Hipótese de admissibilidade
 - 34.4.2 Hipóteses de inadmissibilidade
- 34.5 *Habeas corpus* em geral
 - 34.5.1 Hipóteses de admissibilidade
 - 34.5.2 Hipóteses de inadmissibilidade
 - 34.5.3 Generalidades
- 35. Reabilitação Criminal
 - 35.1 Natureza jurídica
 - 35.2 Ausência de ressarcimento do dano: indeferimento
 - 35.3 Recurso de ofício
 - 35.3.1 Admissibilidade
 - 35.3.2 Inadmissibilidade
 - 35.4 Renovação do pedido: admissibilidade
 - 35.5 Insustentação do instituto após a LEP
 - 35.6 *Habeas corpus*: inadmissibilidade
- 36. Temas Diversos
 - 36.1 Conceitos de maus antecedentes e de reincidência
 - 36.2 Expulsão de estrangeiro: hipótese de inadmissibilidade
 - 36.3 Homonímia e/ou incidente de identificação: critérios

29. Livramento Condicional

Nota: o livramento condicional geralmente é reservado para o último estágio da execução penal, o que não significa que deva necessariamente ser antecedido da progressão de regime prisional: não é incomum o condenado não haver sido progredido ao semi-aberto por tal ou qual razão específica (muitas vezes até pela demora na tramitação de seu pedido respectivo) e, apesar disso, já estar desde logo em condições de receber o livramento condicional. O que importa ter claro é que o pressuposto

lógico do livramento condicional nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça é mais veemente do que aquele da progressão: para o livramento, nesses casos, faz-se imprescindível o prognóstico de não reincidência que, dificilmente, pode ser colhido já nos estágios iniciais do cumprimento da pena.

O livramento condicional presta-se como ponto de ruptura da concepção puramente aritmética das penas privativas de liberdade: não são elas medidas que se cumpre por algum compromisso formal, mas sim por compromisso material, isto é, se e enquanto o condenado reclamar uma medida de contenção em vista de seu específico potencial criminógeno. Para além desse ponto, há necessidade de substituir a pena privativa de liberdade por outras formas não mais de vigilância, mas de acompanhamento do condenado em seu reencontro com a liberdade plena. Eis aí, de retorno, a inteligência específica e mais exuberante do direito de execução penal, em toda a sua plenitude.

Malgrado a riqueza da lei penal, infelizmente nossa realidade é precária para o atendimento desse compromisso de acompanhamento ao liberado, pese a economia que esse acompanhamento significa em relação aos elevados custos materiais e humanos reclamados pelo cumprimento das penas privativas de liberdade.

29.1 *Lapso temporal*

29.1.1 Especial para reincidente

Nota: tratando-se de condenado tecnicamente reincidente, a lei penal reserva-lhe um lapso temporal mais dilatado (metade da pena). As mesmas considerações que já tecemos quanto à natureza do lapso temporal para a progressão de regime prisional podem ser aqui lembradas.

• “*Livramento condicional – Concessão – Inadmissibilidade – Requisito temporal – Não preenchimento – Réu reincidente – Necessidade de cumprimento de ao menos metade da pena – Sentença reformada – Recurso provido*” (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 202.205-3, São Paulo; j. 22.4.96, v. u., Rel. Renato Talli; Bol. TJSP 17/11).

29.1.2 Beneficiário de maus antecedentes

Nota: irretorquível esquecimento do legislador trouxe-nos o problema de qual seria o lapso temporal para aquele condenado que, embora primário, porta todavia maus antecedentes. Geraram-se assim duas correntes jurisprudenciais: uns afirmam que, nesses casos, o lapso seria o do condenado primário (um terço); para outros, o do condenado reincidente (metade). Uma leitura rigorosamente técnica imporia a construção de um lapso entre um terço e metade, o que nos forçaria a aceitarmos que, em se tratando de réu primário de maus antecedentes, o único lapso admissível seria o de um terço mais um dia de pena.

(a) lapso comum

“Não se aplica ao condenado portador de maus antecedentes o requisito temporal mais amplo de dever cumprir metade das penas exequendas para postular o livramento condicional, requisito este reservado para os reincidentes. É que a reincidência, circunstância agravante, não se confunde com os maus antecedentes, simples circunstância judicial do art. 59 do CP, não sendo possível, neste último caso, sob pena de utilização de analogia *in malam partem*, a adoção da regra contida no art. 83, II, do mesmo código (cf., a propósito, precedentes desta Câmara, da lavra do Juiz Augusto César, *in* RJDTACRIM 10/23, e da 11.ª Câmara, relatado pelo Juiz Sidnei Benetti no Ag. Exec. 640.545-9, colacionado por Alberto Silva Franco e outros, *in* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, p. 1.045/1.046, n. 2.00, Ed. Rev. dos Tribunais, 5.ª ed., 1995)” (TACRIM-SP, 7.ª C.; Ag. Exec. 1.021.155/0, São Paulo; j. 15.08.1996, v. u., Rel. Nogueira Filho; red.).

(b) lapso especial

• “**Livramento condicional.** Condenado primário, mas possuidor de maus antecedentes. Aplicação da exigência do inciso II do art. 83 do Código Penal (cumprimento de mais da metade da pena), e não do pressuposto temporal requerido no item I do mesmo dispositivo (mais de um terço). *Habeas corpus* indeferido” (STF, 1.ª T.; HC 73.002-7, Rio de Janeiro; j.

06.02.1996, v. u., Rel. Octavio Gallotti; DJU 26.04.1996, p. 13.114).

• “O prazo mínimo de cumprimento da pena, para fins de obtenção de livramento condicional, ao sentenciado portador de maus antecedentes é igual ao estabelecido para o reincidente” (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 215.218-3/9, São Paulo; j. 25.11.1996, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

29.1.3 Momento de aferição

Nota: o momento exato de aferição é a data do julgamento do pedido em primeira instância, com a cautela de serem ouvidas as partes após completado o lapso mínimo legal (tendo porventura sido ouvidas antes, uma vez atingido o lapso mínimo o juiz deve reabrir-lhes a oportunidade de nova manifestação).

• “Dá-se por prejudicado o agravo interposto pelo Ministério Público contra concessão cautelar de livramento condicional, sob a alegação exclusiva de insatisfação do requisito objetivo quando, à diferença da época da decisão recorrida, na data do julgamento do recurso pelo tribunal tal pressuposto já se encontra superado, estando assim atingido o lapso exigido por lei” (TACRIM-SP, 4.ª C.; Ag. Exec. 979.945/0, São Paulo; j. 05.12.1995, v. u., Rel. Passos de Freitas; tj 21.02.1996; red.; 1.ª inst. 379.104).

29.2 Merecimento

Nota: há duas situações distintas: tratando-se de condenado por crime sem violência ou grave ameaça, basta o atendimento dos requisitos genéricos da lei penal (Cód. Penal, art. 83, incisos I a IV); tratando-se porém de condenado por qualquer desses crimes (ainda que a pena tenha sido unificada a outras sem tais qualidades), faz-se necessária o prognóstico de não reincidência (Cód. Penal, art. 83, parágrafo único).

Questão interessante diz respeito a condenados por crimes de tráfico de entorpecentes: a rigor, pese anotações jurisprudenciais em contrário, para esses a lei penal não exige a subscrição daquele prognóstico, satisfazendo-se, portanto, com os requisitos genéricos qualificados por lapso temporal mais veemente (Cód. Penal, art. 83, inciso V).

29.2.1 Natureza

- “O livramento condicional é benefício vinculado não apenas ao preenchimento de condições objetivas. Mais importantes até do que estas são as circunstâncias subjetivas, autorizadoras de conclusão de se encontrar o sentenciado apto a enfrentar a vida em liberdade, cômico de seu erro, imbuído do propósito de não mais delinquir” (TACRIM-SP, 11.^a C.; Ag. Exec. 973.185/4, São Paulo; j. 04.12.1995, v. u., Rel. Renato Nalini; red.).

29.2.2 Conduta disciplinar

Nota: um dos mais importantes dos requisitos genéricos é que o condenado apresente satisfatório comportamento disciplinar no curso da execução de sua pena. Necessário, todavia, compreender com exatidão a inteligência da lei: as faltas disciplinares, mesmo as mais graves, são impeditivas na medida direta de sua atualidade e importância. Logo, não se pode denegar o livramento condicional com vistas a faltas disciplinares que já nada mais representam do que um mero registro de épocas mais pretéritas no cumprimento da pena e que, à vista de informações mais recentes, cederam espaço para uma conduta disciplinar melhor elaborada.

(a) deferimento

- “Tratando-se de pedido de livramento condicional, deve ser interpretada em favor do condenado a circunstância de ter sido autorizado em várias oportunidades a sair do presídio, horando a palavra empenhada e retornando espontaneamente ao estabelecimento” (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ag. 108.413-3/3, São Paulo; j. 25.05.1992, v. u., Rel. Carlos Bueno; dtj; 1.^a inst. 296.011 – VEC/SP; red.).

(b) indeferimento

- “Não obstante parecer favorável da CTC, não satisfaz os pressupostos à obtenção de livramento condicional o condenado que se evadiu do semi-aberto e, recapturado, voltou a se envolver em episódio criminal no interior do estabelecimento prisional, ostentando assim comportamento insatisfatório durante a execução da pena, óbice a alcançar o benefício

pleiteado. É que o art. 83, III, do CP exige *comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena*, requisito que, uma vez não atendido, impede o condenado galgar o livramento condicional, consoante reiterada jurisprudência (RT 616/373 e 643/334)” (TJSP, 3.^a C. Crim. de Férias; Ag. 123.941-3/2, São Paulo; j. 08.07.1992, v. u., Rel. Péricles Piza; red.).

- “De acordo com o que estabelece o art. 83, III, do CP, para que possa obter o livramento condicional deve o detento apresentar comportamento satisfatório durante a execução da pena. Assim, não deve ser deferido esse pedido quando o condenado registra anterior evasão do semi-aberto, praticou faltas disciplinares e envolveu-se em crime no interior do presídio. A boa conduta carcerária posterior, à evidência, não afasta o mau comportamento anterior, de modo que o livramento condicional deve ser, nesses casos, recusado” (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 163.156-3/2, São Paulo; j. 18.8.94, v. u., Rel. Augusto César; red.).

- “*Penal – Livramento condicional – Requisitos.* 1. Não faz jus ao livramento condicional o apenado que foge do cárcere e pratica novo crime, pois não preenche ele o requisito de comportamento satisfatório exigido na lei (CP, art. 83, III). 2. Recurso não conhecido” (STJ, 5.^a T.; REsp. 72.637, Rio de Janeiro; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 22.04.1996, p. 12.601).

- “Não faz jus à concessão do livramento condicional o condenado que não preenche de forma satisfatória os requisitos do art. 83, III, primeira parte e do parágrafo único do Código Penal, não reunindo condições pessoais de que não voltará a delinquir” (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 213.527-3/4, São Paulo; j. 10.10.1996, v. u., Rel. Gentil Leite; red.).

29.3 Pareceres técnicos: hipótese de necessidade

Nota: os pareceres técnicos completos das CTCs são imprescindíveis quando se tratar de condenado por crime cometido com violência ou grave ameaça. Para além dessas hipóteses, já não são eles indispensáveis, bastando ao pretendente comprovar o atendimento dos demais requisitos legais genéricos.

• “A norma inscrita no parágrafo único do art. 83 do Código Penal, que faculta a realização de perícia médico-psiquiátrica do condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, para obtenção do benefício do livramento condicional revela-se materialmente compatível com a Carta Política de 1988, achando-se, conseqüentemente, em plena vigência. O magistrado, sempre que entender essencial ao deferimento do livramento condicional a constatação de condições pessoais que façam presumir que o sentenciado não voltará a delinquir, poderá, para efeito de formação do seu próprio convencimento, ordenar a perícia médico-psiquiátrica. O Supremo Tribunal Federal, muito embora acentue em seus pronunciamentos jurisprudenciais que o art. 83, parágrafo único do Código Penal não torna compulsória a perícia médica, adverte que esta não se acha vedada pela norma legal, submetendo-se, quanto à sua realização, à apreciação discricionária – e sempre motivada – do juiz” (STF, 1.ª T.; HC 69.740-2, São Paulo; Rel. Celso de Mello; DJU 18.06.1993, p. 12.112).

29.4 Parecer do Conselho Penitenciário: hipótese de desnecessidade

Nota: pese o entendimento adotado pelo julgado abaixo, é certo que o parecer prévio do Conselho Penitenciário é imprescindível para a apreciação do pedido de livramento condicional, o que, todavia, não implica excluir em absoluto a hipótese de medida judicial de caráter cautelar quando estiverem presentes seus pressupostos próprios (aparência do bom direito reclamado e perigo de demora na prestação jurisdicional), casos em que o Juízo poderá até mesmo suspender a aplicação da pena privativa de liberdade enquanto é colhido o parecer do Conselho Penitenciário para que, adiante, seja apreciado o mérito do pedido em caráter definitivo.

• “É possível a apreciação do benefício de livramento condicional, sem o laudo de exame criminológico e o parecer do Conselho Penitenciário, se decorridos tantos meses, em razão da deficiência dos meios administrativos, a Coordenadoria ou o Conselho Penitenciário retém o procedimento, pois a delonga, não motivada pelo paciente, pode comprometer seu *jus libertatis*” (TACRIM-SP, 4.ª C.; HC

182.740/6, São Paulo; j. 26.07.1989, v. u., Rel. Luiz Pantaleão; RJDTACRIM 4/183).

29.5 Concessão por “habeas corpus”: meio inidôneo

Nota: em princípio, o *habeas corpus* não é meio idôneo para a apreciação do pedido de livramento condicional. A exceção fica reservada para a rara hipótese de indeferimento anterior baseado em questão puramente técnica, embora admitida a presença dos requisitos específicos no caso concreto (por exemplo, um indeferimento baseado exclusivamente no não atendimento do lapso temporal especial que, porventura, pode não ser aplicável ao caso concreto). Também em caráter acessório, obstáculos impeditivos para a apreciação do pedido podem vir a ser afastados por *habeas corpus*, caso em que o Tribunal determinará ao Juízo da execução a apreciação do mérito da pretensão que lhe está sendo apresentada.

• “Exigindo a verificação da ocorrência, ou não, dos requisitos subjetivos necessários, para a concessão do livramento condicional, exame aprofundado de fatos, não é o *habeas corpus* o instrumento processual idôneo para fazê-lo” (STF, 1.ª T.; HC 69.727-5, São Paulo; Rel. Moreira Alves; DJU 12.03.1993, p. 3.561).

• “O pedido de livramento condicional, por implicar uma série de requisitos objetivos e subjetivos, não tem como ser apreciado via *habeas corpus*” (STJ, 6.ª T.; HC 4.323, Pará; j. 26.02.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; extraído de DJU 15.04.1996, p. 11.553). No mesmo sentido: STJ, 6.ª T.; HC 4.324, Pará; j. 26.02.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 15.04.1996, p. 11.553.

• “Criminal – Livramento condicional – Progressão carcerária. *Habeas corpus*. Ordem bem denegada, na origem, dada a impropriedade do *writ* para exame dos fatos embaixadores dos pretendidos benefícios carcerários pendentes de apreciação em primeiro grau” (STJ, 5.ª T.; HC 4.341, São Paulo; j. 16.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 27.05.1996, p. 17.880).

• “O *habeas corpus* não é meio adequado para se pleitear a concessão de livramento condicional que depende de apreciação de re-

quisitos objetivos e subjetivos, o que não pode ser apreciado no âmbito restrito da ordem pleiteada" (TACRIM-SP, 16.^a C.; HC 296.720/1, São Paulo; j. 21.11.1996, v. u., Rel. Carlos Bonchristiano; red.).

29.6 Revogação obrigatória: novo crime com condenação irrecorrível

Nota: o advento de nova condenação irrecorrível, por crime cometido na vigência do livramento condicional, impõe sua revogação. Necessário, todavia, aguardar o trânsito em julgado da nova condenação, facultando-se, quando presentes os pressupostos próprios, a suspensão provisória do livramento enquanto é aguardado o desfecho do novo processo criminal. Também aqui, evidentemente, é necessária a oitiva prévia das partes.

- “A LEP consagrou a jurisdicionalização da pena. O condenado deixou de ser – objeto – e passou a ser – sujeito – da execução. Assim, o contraditório (Const., art. 5.^o, LV) não pode ser olvidado. Compreende tanto o processo judicial como o administrativo. A suspensão do livramento condicional antecede a sentença condenatória transitada em julgado. A revogação, contudo, depende de sentença firme. Em qualquer caso, porém, impõe-se o direito de defesa” (STJ, 6.^a T.; HC 2.696-9; j. 24.06.1994, v. u., Rel. Vicente Cernicchiaro; DJU 26.09.1994, p. 25.668; Bol. IBCCrim 23, nov. 1994, p. 76).

29.7 Revogação facultativa: descumprimento de condição

Nota: importante observar que a revogação exige sempre a oitiva prévia do condenado, de forma que não há como subsistirem decisões que a impõem sem tal procedimento (LEP, art. 143, parte final).

- “Criminal – Livramento condicional. Revogação. Incensurabilidade da decisão, dada a sua conformação ao permissivo do art. 87 do Código Penal” (STJ, 5.^a T.; RHC 5.310, Paraíba; j. 26.03.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.434).

29.8 Suspensão do livramento: possibilidade

Nota: v. nota ao item 29.6 (*supra*).

- “Diante do cometimento de falta disciplinar de natureza grave, a suspensão cautelar do livramento condicional é perfeitamente legal” (TJSP, 2.^a C. Crim.; HC 204.771.3/6, São Paulo; j. 18.03.1996, v. u., Rel. Renato Talli; red.).

29.9 Restabelecimento: inadmissibilidade por “habeas corpus”

Nota: o restabelecimento não se confunde com a concessão de novo livramento condicional, esta sim proibida expressamente (Cód. Penal, art. 88). Há casos em que houve a revogação por motivos que se superaram após no tempo, sobretudo em hipóteses de revogação facultativa: nesses casos é admissível o restabelecimento do livramento condicional quando o contexto que trouxe a revogação já não mais subsiste. O pedido de restabelecimento, é claro, deve ser apresentado ao Juízo da execução, cuja decisão é passível de recurso de agravo.

- “Processual penal – ‘Habeas corpus’ – Restabelecimento do benefício de livramento condicional – Remédio processual impróprio – Contrangimento ilegal – Inexistência – Exame de provas – Inviabilidade. Inviável a concessão do writ quando a pretensão nele veiculada concerne a pedido de restabelecimento do benefício de livramento condicional. O *habeas corpus*, remédio constitucional assecuratório da liberdade física ou do direito de locomoção, tem rito especial, não comportando, no seu curso, dilação probatória. Ordem denegada” (STJ, 6.^a T.; HC 4.125, São Paulo; j. 04.12.1995, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 11.03.1996, p. 6.663).

29-A. Interdição Temporária de Direitos

29-A.1 Natureza jurídica

Nota: com a reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984, surgiram as penas ditas alternativas (restritivas de direito), as quais substituem na própria decisão condenatória a pena privativa de liberdade.

- “Desapareceu a pena acessória de interdição de direito ou incapacidade temporária

para profissão ou atividade (art. 69, IV, do CP de 1940). Agora, qualquer interdição constitui pena principal e autônoma e substitui, nos casos previstos, as privativas de liberdade (arts. 32, 44, 47, I e III, 56 e 57 do CP vigente)" (TACRIM-SP, 2.ª C.; MS 138.522-7, São Paulo; j. 07.02.1985, v. u., Rel. Dimas Ribeiro; RT 595/359).

30. Suspensão Condicional da Pena – "Sursis"

30.1 Concessão pelo Juízo da condenação: critérios e natureza jurídica

Nota: pese a terminologia legal, há hoje uma franca corrente jurisprudencial entendendo que o *sursis* é modalidade de cumprimento de pena, já que herdou, da reforma legislativa de 1984, um nítido caráter sancionatório. Há porém graves consequências desse entendimento: imagine-se por exemplo a revogação do *sursis* quando já decorrido quase todo o período de prova, caso em que entendê-lo como modalidade de cumprimento de pena importaria o prosseguimento da execução apenas pelo saldo restante da pena privativa de liberdade, proporcionalmente descontada daquela parte referente ao que já se cumpriu do período de prova. Assim também há consequências importantes referentes à interrupção do lapso prescricional (Cód. Penal, art. 117, V).

Cabe ao Juízo da condenação a fixação original do *sursis*, com a especificação literal de suas condições (são altamente desaconselháveis as fórmulas genéricas e imprecisas, assim como é desaconselhável relegar a imposição das condições ao Juízo da execução).

• **"Sursis" – Antecedentes – Condenação anterior prescrita. Habeas corpus.** Ré condenada a dois anos de reclusão. *Sursis*. Condenação anterior à pena de multa não impede a concessão do benefício. Código Penal, art. 77, § 1.º. Hipótese em que, em grau de apelação, veio, ainda, a ser declarada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Essa anterior condenação não marca, assim, os antecedentes do réu, nem gera futura reincidência. Não havia, dessa maneira, amparo legal para o acórdão cassar o *sursis* concedido na sentença, onde condenada a paciente a dois

anos de reclusão. *Habeas corpus* deferido, para restabelecer o *sursis* concedido na decisão de primeiro grau" (STF, 2.ª T.; HC 69.918-9; j. 02.03.1993, v. u., Rel. Néri da Silveira; DJU 26.03.1993, p. 5.005; *apud* TORON, Alberto Zacharias; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 1, n.º 2, abril-junho 1993, p. 240).

• "Com a reforma de 1984, o *sursis* passou a ser medida alternativa, tipicamente sancionatória, já que implica na satisfação de encargos e condições consistentes na restrição de direitos, de modo a ser impossível sua concessão sem a imposição de condições, por entender o juiz que as mesmas não são necessárias" (TACRIM-SP, 13.ª C.; Ap. 707.691; j. 16.11.1993, v. u., Rel. San Juan França; Bol. IBCCrim 14/42).

• "Tendo esta Corte reduzido a pena a um ano e seis meses, é obrigatório o pronunciamento sobre a suspensão condicional da pena (art. 157 da Lei 7.210/84). O *sursis* é um direito do condenado, desde que preenchidos os requisitos legais, o que ocorre no caso. (...) *Sursis* concedido, conferindo-se ao Juízo de Execução o disposto no art. 159, § 2.º, da Lei 7.210/84" (TRF – 2.ª Reg., 1.ª T.; Ap. 90.02.13339-1, Espírito Santo; j. 07.02.1994, v. u., Rel. Tânia Heine; DJU 01.03.1994, p. 6.871; extraído *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 2, n.º 6, abril-junho 1994; p. 231).

• "Cumpra ao órgão judiciário sentenciante, sempre que fixar o período de prova do *sursis* acima do mínimo legal, proceder a uma necessária e adequada fundamentação desse ato decisório, sob pena de injusta coação ao *status libertatis* do condenado (RTJ 135/686). Jurisprudência e doutrina" (STF, 1.ª T.; HC 71.697-1, Goiás; j. 27.09.94, v. u., Rel. Celso de Mello; DJU 16.08.1996, p. 28.107).

• **"Habeas corpus" – Suspensão condicional da pena – Decisão fundamentada.** Impõe-se ao juiz o dever de dizer sobre o *sursis* quando a condenação não excede dois anos. O art. 77-II do Código Penal pede ao magistrado a apreciação dos antecedentes, da conduta so-

cial e da personalidade do agente: assim foi feito, e essa análise não resultou favorável ao paciente. Ausência de ilegalidade. Ordem denegada" (STF, 2.^a T.; HC 73.041-8, Rio de Janeiro; j. 21.11.1995, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU 31.05.1996, p. 18.801).

- "REsp. – Penal – Processual penal – 'Sursis'. O *sursis*, denominado, no Código Penal, *suspensão condicional da pena* (*rectius* – suspensão condicional da execução da pena) deixou de ser mero incidente da execução para tornar-se modalidade de execução da condenação. Livra o condenado da sanção que afeta o *status libertatis*, todavia, impõe-se-lhe pena menos severa, eminentemente pedagógica. O confronto do instituto na redação inicial da Parte Geral do Código Penal e a dada pela reforma de 1984 evidencia ser a primeira mais benigna" (STJ, 6.^a T.; REsp. 54.695-8, São Paulo; j. 27.11.1995, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 15.04.1996, p. 11.556).

- "Comprovada a culpabilidade, correta a pena imposta de dois anos de reclusão mas, inexistindo decisão quanto ao mérito, por ilícito penal praticado anteriormente, e atendendo à condição de o réu ter mais de 70 anos, deve-se conceder o *sursis*, suspendendo-se a execução da pena pelo prazo de quatro anos com as condições que se estipulam" (TRF – 4.^a Reg., 2.^a T.; Ap. 295.04.46130-1, Rio Grande do Sul; j. 14.12.1995, m. v., Rel. designado Dória Furquim; DJU 14.02.1996, p. 7.365; Bol. IBCCrim 40, abril 1996, p. 134).

- "REsp. – Processual penal – Sentença incompleta. A sentença é válida quando contém os elementos essenciais (relatório, motivação, dispositivo). A omissão, dada a natureza do julgado, que silencia quanto ao *sursis*, torna-a incompleta. Não se confunde, entretanto, com a nulidade. No caso *sub judice*, o Tribunal atuou nos limites de *tantum appellatum, tantum devolutum*" (STJ, 6.^a T.; REsp. 75.995, Santa Catarina; j. 19.12.1995, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 13.05.1996, p. 15.582).

- "Criminal – Aplicação da pena – Suspensão condicional. Maus antecedentes. Como tal se classificam, com empeco da suspensão condicional da pena, outros procedimentos penais em curso contra o réu" (STJ, 5.^a T.;

REsp. 72.248, São Paulo; j. 12.2.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 25.03.1996, p. 8.593).

- "Habeas corpus' – 'Sursis' – Condições objetivas do benefício: ausência. *Sursis* recusado na conformidade dos motivos narrados pelo tribunal de origem. Ausência de constrangimento ilegal. *Habeas corpus* indeferido" (STF, 2.^a T.; HC 73.262-3, São Paulo; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU 17.05.1996, p. 16.326).

- "Sursis – Réu reincidente – Condenação anterior por crime culposo Precedente que não impede a concessão do *sursis* – Instituto que prevalece sobre o do regime mais severo previsto para a reincidência – Inteligência dos arts. 33, § 2.^o, alínea c', 63 e 77, I todos do CP – Recurso provido em parte" (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ap. 200.247-3, São José do Rio Preto; j. 19.03.1996, v. u., Rel. Ary Belfort; Bol. TJSP 16, julho 1996, p. 10).

- "Suspensão condicional da pena. Encontra amparo no benefício do art. 84 do CPM, o réu que respondendo processo em outro juízo, não tem condenação definitiva. Reconhecida a primariedade e os bons antecedentes. Decisão unânime" (STM; Ap. 47.444-7, Paraná; j. 28.03.1996, Rel. Luiz Guilherme de Freitas Coutinho; DJU 24.05.1996, p. 17.715).

- "Penal – Processual penal – 'Habeas corpus' – 'Sursis': indeferimento – Maus antecedentes. *Sursis* indeferido em razão dos maus antecedentes do paciente, segundo a prova existente nos autos. Impossibilidade de reexame dessa prova, em sede de *habeas corpus* (STF, 2.^a T.; HC 73.629-7, Santa Catarina; j. 09.04.1996, v. u., Rel. Carlos Velloso; DJU 17.05.1996, p. 16.328).

30.2 Omissão na condenação: suprimimento na execução

- "Compete ao Juiz ou ao Tribunal, motivadamente, pronunciar-se sobre o *sursis*, deferindo-o ou não sempre que a pena privativa de liberdade situar-se dentro dos limites em que ele é cabível. A fatos ocorridos após a vigência das Leis 7.209 e 7.210 de 1984 não se admite que o Juiz conceda a suspensão condicional *sem condições especiais*, tendo em vista o que está expressamente previsto nas

aludidas leis. Todavia, se o Juiz se omite em especificar as condições na sentença, cabe ao réu ou ao Ministério Público opor embargos de declaração, mas se a decisão transitou em julgado, nada impede que, provocado ou de ofício, o Juízo da Execução especifique as condições. Aí não se pode falar em ofensa à coisa julgada, pois esta diz respeito à concessão do *sursis* e não às condições, as quais podem ser alteradas no curso da execução" (STJ, 5.ª T.; REsp. 15.368-0, São Paulo; Rel. Jesus Costa Lima; DJU 28.02.1994, p. 2.906).

30.3 Condenação sem especificação das condições: suprimimento na execução

Nota: a rigor, há limites para a competência do Juízo da execução fixar as condições do *sursis* quando estas foram simplesmente esquecidas pelo Juízo da condenação: aquele pode alterar as condições já fixadas quando do advento de fatos novos que assim recomendem, mas sua competência legal não alcança a fixação *ab ovo* de condições.

- “‘Sursis’ – Fixação das condições – Juízo da Execução. 1. Compete ao Juiz ou ao Tribunal, motivadamente, pronunciar-se sobre o *sursis*, deferindo-o ou não sempre que a pena privativa de liberdade situar-se dentro dos limites em que ele é cabível. A fatos ocorridos após a vigência das Leis 7.209 e 7.210 de 1984 não se admite que o juiz conceda a suspensão condicional *sem condições especiais*, tendo em vista o que está expressamente previsto nas aludidas leis. Todavia, se o Juiz se omite em especificar as condições na sentença, cabe ao réu ou ao Ministério Público opor embargos de declaração, mas se a decisão transitou em julgado, nada impede que, provocado ou de ofício, o Juízo da Execução especifique as condições. Aí não se pode falar em ofensa à coisa julgada, pois esta diz respeito à concessão do *sursis* e não às condições, as quais podem ser alteradas no curso da execução da pena. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 5.ª T.; REsp. 15.368-0, São Paulo; j. 09.02.1994, v. u., Rel. Jesus Costa Lima; DJU 28.02.1994, p. 2.906; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n.º 6, abril-junho 1994; p. 231).

30.4 Audiência admonitória: ausência do beneficiário

Nota: a ausência do beneficiário à audiência admonitória traz a revogação do *sursis* (e não propriamente que seja tornado *sem efeito* como disse o legislador no art. 161 da LEP). De qualquer modo, é comum, todavia, seu subsequente restabelecimento quando esclarecidos e razoavelmente justificados os motivos da ausência anterior, cabendo também ao postulante comprovar seu paradeiro residencial.

- “O não comparecimento do beneficiário da suspensão condicional da pena à audiência de advertência não se confunde com a quebra das condições impostas na concessão do benefício. A primeira, situação imposta em que o Juiz-Auditor torne sem efeito a concessão, enquanto que, a segunda, implica na revogação da suspensão condicional da pena, por não cumprimento de uma das condições impostas” (STM; Correição Parcial 1.489-9, Paraná; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Antônio Carlos de Seixas Telles; extraído de DJU 21.03.1996, p. 8.187).

30.5 Condições e natureza do “sursis” simples

Nota: *sursis* simples é aquele que comporta a imposição das condições do art. 78, par. primeiro, do Código Penal (enquanto *sursis* especial é aquele que comporta as condições de seu parágrafo segundo). Surgiu há alguns anos nos Tribunais paulistas a posição de que seria incorreto impor ao condenado as condições do *sursis* simples, já que tanto a prestação de serviços à comunidade quanto a limitação de fim de semana seriam penas substitutivas e não poderiam, assim, acompanhar a suspensão condicional da pena. A tese, por si própria insustentável, não vingou todavia nos Tribunais superiores, sendo inúmeros os julgados que a repelem sistematicamente. E de outra forma não poderia ser, já que aqueles institutos, na reforma de 1984, nem sempre têm o caráter de pena propriamente dita, admitindo o legislador que possam também adquirir o caráter de simples condição do *sursis*.

- “As condições elencadas no art. 78, par. 1.º, do CP são de imposição obrigatória no

primeiro ano da suspensão condicional da pena, mesmo porque o *sursis*, com o advento da Lei n.º 7.209/84, passou a ter caráter sancionador, não podendo mais ser considerado como mero incidente de execução” (TACRIM-SP, 1.ª C.; Ap. 763.579; j. 16.12.1993, v. u., Rel. Pires Neto; Bol. IBCCrim 16, maio 1994, p. 50).

- “Na dicção da ilustrada maioria do Supremo Tribunal Federal, o regime de cumprimento da pena não se coloca no âmbito da individualização desta, o que atrai a impossibilidade de assentar-se a procedência da pecha de inconstitucional em relação à regra do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90” (STF, 2.ª T.; HC 70.467-1, Mato Grosso do Sul; Rel. Marco Aurélio; DJU 03.09.1993, p. 17.744).

- “*REsp. – Penal – ‘Sursis’ – Condições.* O *sursis* foi reformulado na reforma da Parte Geral do Código Penal. Deixou de ser mero incidente da execução e passou a constituir modalidade da execução da pena. Daí a exigência de inclusão de prestação de serviços à comunidade, ou limitação de fim de semana” (STJ, 6.ª T.; REsp. 62.725-7, São Paulo; j. 27.11.1995, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 20.05.1996, p. 16.745).

- “*Penal – Recurso especial – Suspensão condicional da pena – ‘Sursis’ simples (CP, art. 78, § 1.º) – Primeiro período de prova – Prestação de serviços à comunidade.* O Código Penal, em seu art. 78, ao dispor sobre as espécies de suspensão condicional da pena, prevê, no parágrafo primeiro, o chamado *sursis* simples, que autoriza a sujeição do condenado à prestação de serviços à comunidade no primeiro ano de prova. A reforma penal introduzida pela Lei n.º 7.209/84 conferiu ao *sursis* a natureza de pena efetiva, afastando o antigo conceito de mero incidente de execução. – Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 6.ª T.; REsp. 61.966-1, São Paulo; j. 04.12.1995, v. u., Rel. Vicente Leal).

- “*Penal – Recurso especial – Suspensão condicional da pena – Sursis’ simples (CP, art. 78, § 1.º) – Primeiro período de prova – Prestação de serviços à comunidade.* O Código Penal, em seu art. 78, ao dispor sobre as espécies de suspensão condicional da pena, prevê, no parágrafo primeiro, o chamado *sursis* simples, que autoriza a sujeição do condenado

à prestação de serviços à comunidade no primeiro ano de prova. A reforma penal introduzida pela Lei n.º 7.209/84 conferiu ao *sursis* a natureza de pena efetiva, afastando o antigo conceito de mero incidente de execução. – Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 6.ª T.; REsp. 67.060-8, São Paulo; j. 13.02.1996, m. v., Rel. Vicente Leal; DJU 18.03.1996, p. 7.621).

- “*‘Sursis’ – Condição de prestação de serviços à comunidade – Art. 78, § 1.º, do Código Penal.* A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há incompatibilidade com o atual sistema penal a imposição, na sentença, da prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana, como condição do *sursis*. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 6.ª T.; REsp. 81.575, São Paulo; j. 13.02.1996, v. u., Rel. William Patterson; DJU 13.05.1996, p. 15.604).

- “*Penal – Prestação de serviços à comunidade – Suspensão condicional da pena – Precedentes – Recurso especial conhecido e provido.* I – É perfeitamente cabível a prestação de serviços à comunidade como condição do *sursis* (art. 78, § 1.º, 1.ª parte, do CP). II – Precedentes da Corte: REsp. 57.858/SP, REsp. 6.442/SP e REsp. 15.239/SP. III – Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 6.ª T.; REsp. 77.871, São Paulo; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 15.04.1996, p. 11.571). No mesmo sentido: STJ, 6.ª T.; REsp. 67.014, São Paulo; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 15.04.1996, p. 11.558.

- “*Penal – Pena privativa de liberdade – Substituição – Prestação de serviços à comunidade – ‘Sursis’.* 1. Não há qualquer incompatibilidade na imposição de prestação de serviços à comunidade como condição do *sursis*. 2. Recurso conhecido e provido” (STJ, 5.ª T.; REsp. 61.087, São Paulo; j. 27.02.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 13.05.1996, p. 15.565). No mesmo sentido: STJ, 5.ª T.; REsp. 62.527, São Paulo; j. 27.02.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 13.05.1996, p. 15.565).

- “*Penal – Pena privativa de liberdade – Suspensão condicional da pena – Imposição de prestação de serviços à comunidade no primei-*

ro ano – Possibilidade. 1. É cabível a imposição de prestação de serviços à comunidade como condição do *sursis*. 2. Recurso conhecido e provido” (STJ, 5.ª T.; REsp. 69.143, São Paulo; j. 19.03.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 27.05.1996, p. 17.885). No mesmo sentido: “*Penal – Prestação de serviços à comunidade – Suspensão condicional de pena – Precedentes – Recurso especial conhecido e provido*. I – É perfeitamente cabível a prestação de serviços à comunidade como condição do *sursis*. II – Precedentes da Corte: REsp. 57.858/SP, REsp. 6.442/SP e REsp. 15.239/SP. III – Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 6.ª T.; REsp. 67.633, São Paulo; j. 12.03.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 27.05.1996, p. 17.925).

• “*Penal – Pena privativa de liberdade – Suspensão condicional da pena – Imposição de prestação de serviços à comunidade no primeiro ano – Possibilidade*. 1. É cabível a imposição de prestação de serviços à comunidade como condição do *sursis*. 2. Recurso conhecido e provido” (STJ, 5.ª T.; REsp. 80.681, São Paulo; j. 19.03.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 06.05.1996, p. 14.445).

• “*Penal – Recurso especial – Suspensão condicional da pena – ‘Sursis’ simples (CP, art. 78, § 1.º) – Primeiro período de prova – Prestação de serviço à comunidade*. O Código Penal, em seu art. 78, ao dispor sobre as espécies de suspensão condicional da pena, prevê, no parágrafo primeiro, o chamado *sursis* simples, que autoriza a sujeição do condenado à prestação de serviços à comunidade no primeiro ano de prova. A reforma penal introduzida pela Lei n.º 7.209/84 conferiu ao *sursis* a natureza de pena efetiva, afastando o antigo conceito de mero incidente de execução. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 6.ª T.; REsp. 81.865, São Paulo; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 10.06.1996, p. 20.418).

• “*Penal – Suspensão condicional da pena – Possibilidade da imposição de prestação de serviços à comunidade como condição do ‘sursis’ – Compatibilidade – Precedentes do STJ – Recurso conhecido e provido*” (STJ, 6.ª T.; REsp. 75.564, São Paulo; j. 25.03.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 03.06.1996, p. 19.290).

• “*Criminal – Condenação – ‘Sursis’ – Condições – Prestação de serviços sociais*. Prestação de serviços à comunidade. Legitimidade da imposição, consoante a reiterada orientação do Superior Tribunal de Justiça” (STJ, 5.ª T.; REsp. 81.277, São Paulo; j. 02.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.446).

30.6 Condições especiais: hipótese de inadmissibilidade

Nota: é totalmente inadmissível a imposição da reparação do dano como pressuposto para a concessão ou para a subsistência do *sursis*.

• “*Suspensão condicional da pena – Ressarcimento do dano como condição do ‘sursis’*. A obrigatoriedade da reparação do dano ao lesado é efeito extrapenal da condenação e não condição do *sursis*. Assim, não pode o magistrado assinalar prazo para o ressarcimento do dano acarretado à vítima como condição para manutenção da suspensão condicional da pena” (STF, 2.ª T.; HC 70.500-6; j. 19.10.1993, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU 25.03.1994, p. 5.997; Bol. IBCCrim 15, abril 1994, p. 45).

30.7 Revogação

30.7.1 Oportunidade

Nota: via de regra, uma vez expirado o período de prova, cabe ao Juízo da execução averiguar a existência de novos processos criminais porventura em andamento em face do condenado: existindo processos (ou seja, não basta a existência de simples inquéritos policiais) já em andamento no último dia do período de prova, este está automaticamente prorrogado até o final desses novos processos, prescindindo-se que haja expressa declaração judicial do Juízo da execução nesse sentido, seja antes ou seja depois de findo o período de prova em sua versão original (Cód. Penal, art. 81, parágrafo 2.º). Contudo, porventura expirado o período de prova original sem que, até seu último dia, tenha sido instaurado novo processo penal, o Juízo da execução deve prontamente julgar extinta a pena privativa de liberdade a que se refere o *sursis* (Cód. Penal, art. 82),

efetuando então as comunicações pertinentes: essa decisão é meramente declaratória, de forma que a data exata da extinção da pena é aquela em que ela se operou, e não a data em que o Juízo assim declarou.

Questão interessante diz respeito à oportunidade da revogação após extinto o período de prova em sua versão original e já em curso sua automática prorrogação: até quando o *sursis* pode ser revogado em vista do advento de nova condenação penal? Há quem proponha a leitura de que o Juízo apenas poderia decretar tal revogação ainda no curso da prorrogação prevista no parágrafo 2.º do art. 81 do Código Penal. Essa posição, todavia, não é operativa, já que levaria o Juízo da execução a ter, em tese, um único dia para tomar conhecimento do trânsito em julgado da nova condenação, obter sua comprovação documental, ouvir ambas as partes e decretar a revogação. Daí porque é evidente que poderá revogar o *sursis* mesmo após o trânsito em julgado da nova condenação e desde que, também evidentemente, ainda não tenha ocorrido a prescrição da respectiva pretensão executória contada desde o dia daquele trânsito.

Outra posição polêmica advoga que, nessas hipóteses de revogação, faz-se imprescindível que o novo processo penal tenha sido instaurado após o ingresso do condenado no período de prova: aqui novamente a exigência é descabida, bastando que o novo processo esteja em curso durante o período de prova original do *sursis*.

- “Terminado o período de prova do *sursis*, não há como se revogar ou se cassar o decreto de suspensão condicional da pena, até porque não mais subsistem os seus efeitos, prescindindo-se de despacho ou declaração judicial para que se dê como extinta a pena, ante a simples passagem do tempo” (TACRIM-SP, 5.ª C.; Rec. 377.623-2, Capão Bonito; j. 05.02.1985, v. u., Rel. Carmona Morales; RT 595/373).

- “Esgotado o período de prova do *sursis* é imperativa a extinção da pena, para o que não serve de óbice a simples existência de inquérito policial sem notícia de seu desdobramento” (TACRIM-SP, 13.ª C.; Ag. Exec. 979.949/7, São Paulo; j. 07.11.1995, v. u., Rel. Abreu Oliveira; red.).

- “*Penal – ‘Sursis’ – Nova condenação – Revogação*. 1. Se durante o período probatório do *sursis* o réu é definitivamente condenado pela prática de crime doloso, dá-se automaticamente a revogação do benefício. 2. Não importa que o juiz só venha declarar a revogação depois de expirado o prazo de prova, já que a mesma ocorre de forma automática, com o trânsito em julgado da sentença condenatória. 3. Recurso conhecido e provido” (STJ, 5.ª T.; REsp. 61.961, São Paulo; j. 27.02.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 13.05.1996, p. 15.565).

- “*Revogação do ‘sursis’ após o término do prazo da prova – Nova condenação – Inexistência do alegado constrangimento ilegal*. Não há ilegalidade ou constrangimento ilegal no ato do Juiz das Execuções em negar o *sursis*, mesmo depois do término do prazo de prova, posto que a suspensão condicional da pena é automaticamente prorrogada se o beneficiário arca com nova condenação. Norma estabelecida pelo art. 81, § 2.º do CP e jurisprudência do STF” (STJ, 5.ª T.; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzzini; DJU 27.05.1996, p. 17.881).

30.7.2 Obrigatoriedade: não caracterização

- “*Pena – Suspensão condicional – Revogação – Inadmissibilidade – Condenação à pena de multa por crime doloso – Hipótese que não pode ser incluída como causa obrigatória de revogação do sursis* Inteligência do art. 77, III, § 1.º, do CP. Recurso não provido. A condenação à pena de multa, ainda que por crime doloso, não afasta a possibilidade de concessão do benefício, consoante dispõe o art. 77, III, § 1.º, do CP. Se não impede a concessão, jamais poderia ser incluída como causa de sua revogação; a contradição seria evidente e intolerável” (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 189.007-3, São Paulo; j. 04.09.1995, v. u., Rel. Marcial Hollanda; Bol. IBCCrim 35, nov. de 1995, p. 114).

30.7.3 Incompatibilidade com pena privativa de liberdade

Nota: realmente, não é caso de revogação do *sursis* quando se trata simplesmente da

chamada *incompatibilidade* com a pena privativa de liberdade. Desde longevos tempos, a jurisprudência vem reiteradamente entendendo que, em havendo cumprimento de pena privativa de liberdade, seria sempre o caso de determinar-se igualmente a revogação da suspensão condicional da pena concedida em nova condenação que se fez definitiva, ainda quando não se tratar de qualquer das hipóteses do artigo 81 do Código Penal, uma vez que estaria caracterizada a incompatibilidade entre ambas as espécies de cumprimento de pena.

Todavia, mais recentemente, uma vez refletindo mais detidamente sobre o tema, compreende-se que tal posicionamento não se justifica no plano técnico. Há de se partir da premissa de que o legislador não arrolou, entre as hipóteses elencadas no referido art. 81 do Código Penal, a possibilidade de revogação do *sursis* quando o trânsito em julgado da outra condenação, porventura já exequiênda, ocorreu antes do início do período de prova da nova condenação. Cabe assim a indagação: pode o Juiz da execução inventar nova causa de revogação do *sursis* à revelia daquelas já elencadas taxativamente pelo legislador? À vista do estrito princípio da legalidade que vigora em todo o Direito Penal, essa questão já se apresenta com o aroma da resposta negativa.

Advogam os subscritores da resposta adversa que, no caso, haveria uma incompatibilidade lógica entre o cumprimento do *sursis* e o cumprimento da pena privativa de liberdade. De fato assim é mas, de outra parte, é de se acrescentar: por acaso cumprimentos incompatíveis trazem consigo a modificação de um título exequiêndo sem lei que expressamente a respalde? Ora, não devemos nos acabrunhar com essa incompatibilidade lógica pois, afinal, em princípio incompatíveis são os cumprimentos de quaisquer penas, de quaisquer naturezas, uma vez que, salvo raríssimas exceções (como ocorre, por exemplo, em certos tipos de penas substitutivas), em princípio nenhuma pena pode ser compatível com a outra. De fato, duas penas privativas de liberdade são por si próprias incompatíveis e, nem por isso, há de se cogitar de modificação de qualquer delas; assim também duas penas de prestação de serviços à comunidade, ou duas penas de limitação de final de semana, são também simultaneamente incompatíveis e, nem por isso, é caso de conversão de qualquer delas.

E por que isso? Simplesmente porque nosso sistema legal contempla exatamente essa hipótese de incompatibilidade, regulando-a pelo princípio geral estatuído no artigo 76 do Código Penal: caberá ao julgador eleger a mais gravosa, dando-lhe prioridade no cumprimento, seguindo-se então o cumprimento daquela menos gravosa. A resposta, portanto, é fundamentalmente simples e não precisa o julgador, para enfrentá-la, recorrer a ilações extralegais, inventando causas de revogação não previstas expressamente no texto legal. E, diga-se mais, não previstas não em razão de um esquecimento do legislador, mas sim porque o legislador dispôs expressamente, no seu artigo 76 do Código Penal, a solução técnica adequada. Diferentemente agiu o legislador em face de novas condenações cujo trânsito em julgado ocorre no curso do período de prova: aqui há um sentido próprio, embora pudesse ele ser aperfeiçoado nos moldes do que procedeu quanto ao art. 86 para o livramento condicional. De qualquer modo, em se tratando de condenação transitada em julgado antes do período de prova, realmente não há razões lógicas suficientes para a revogação do *sursis*, bastando, nesses casos, a aplicação do princípio geral do art. 76 do Código Penal: deve o condenado cumprir a pena privativa de liberdade já exequiênda e ser intimado para, no primeiro dia útil imediato ao seu final, dar início ao cumprimento do período de prova do *sursis*.

• “Posterior a condenação definitiva por crime doloso à concessão do benefício do *sursis*, embora precedendo o início do respectivo período probatório, a decisão que o revoga encontra suporte no art. 81, I, do CP, pois o fato de estar respondendo a outro processo durante o *sursis* automática e independentemente de decisão judicial ensejaria a prorrogação do prazo do benefício até o julgamento definitivo deste último. A prorrogação, aliás, é também obrigatória, como se infere dos arts. 81, § 1.º, e 82, § 2.º, do CP. Nesse sentido, realmente, a lição de Mirabete: *Embora não expressa em lei, pode ocorrer outra hipótese de cassação do benefício, ou seja, de caso em que ele é tornado sem efeito. Se, durante o período entre a concessão do sursis e a data da realização da audiência admonitória, registrar-se o trânsito em julgado de sentença condenatória proferida em outro processo, em que é imposta pena inferior a dois anos ou é*

negado, por outra razão, o sursis, o benefício já concedido torna-se sem efeito. É absoluta a incompatibilidade de serem executadas, ao mesmo tempo, a pena privativa de liberdade e a suspensão condicional da pena. Não pode ele cumprir com as condições impostas na sentença e não é possível que corra o prazo de sursis estando o condenado cumprindo pena. Recebida a guia de recolhimento, o juiz da execução torna sem efeito a suspensão, procedendo a soma ou unificação de penas (Execução penal, Atlas, 1987, p. 401-402). A propósito, igualmente já restou decidido que A revogação do sursis decorre do trânsito em julgado da sentença condenatória por crime doloso, pouco importando tenha o crime sido cometido antes ou depois daquele em relação ao qual foi concedido o sursis' ou até mesmo durante seu prazo (TACRIM-SP, HC, Rel. P. Costa Manso, JUTACRIM 91/99. Ver também: RT 403/275, 422/266, 445/394, 484/377, 528/374, 560/327, 575/400, 584/341; JUTACRIM 33/391, 35/143, 66/155). A decisão que revoga o sursis nessas hipóteses, portanto, está correta e com inteiro acerto aplica à espécie o art. 111 da LEP, inexistindo qualquer constrangimento ilegal a reconhecer ou a reparar" (TACRIM-SP, 9.^a C.; HC 297.600/6, São Paulo; j. 04.12.1996, v. u., Rel. Lourenço Filho; red.).

30.8 Prorrogação do período de prova

30.8.1 Processo em andamento

Nota: v. nota ao item 30.7.1.

- “A lei usa da expressão *processado*, o que significa a existência de ação penal em curso. Não basta, pois, a simples prática de infração penal ou a instauração de inquérito policial, sendo necessário, para a prorrogação do *sursis*, o início de nova ação penal” (TJSP, 3.^a C.; Rec. 32.123-3, Itu; j. 19.11.1984, v. u., Rel. Diwaldo Sampaio; RT 594/317).

- “*Processual penal* – *Sursis* – *Prorrogação*. Beneficiário do *sursis* que é processado pela prática de crimes comuns durante o período de prova. Prorrogação necessária pelo prazo bastante para que se veja transitar em julgado a sentença decorrente do novo processo (§ 3.^o do art. 614 do CPPM)” (STM; Rec. 6.254-3, São Paulo; j. 18.12.1995, v. u., Rel. Paulo César Cataldo; DJU 11.03.1996, p. 6.809).

30.8.2 Declaração expressa: desnecessidade

Nota: v. nota ao item 30.7.1.

- “A teor do § 2.^o, do art. 81, do Código Penal, prorroga-se o prazo da suspensão até o julgamento definitivo, se o beneficiário está sendo processado, por outro crime ou contravenção. É o caso dos autos, o paciente teve como termo *a quo* do seu período de prova o dia 22.05.87 e, por consequência, o *ad quem* seria o dia 22.05.89. Entrementes, em 08.04.88, instaurou-se o segundo processo, o que fez com que o período de prova ficasse prorrogado. Prorrogação, aliás, que é automática, nos termos da jurisprudência dominante deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal. Logo, não restou extinta a punibilidade deste crime, devido a revogação do *sursis*” (STJ, 6.^a T.; RHC 3.025-9, São Paulo; Rel. Pedro Acioli; DJU 13.12.1993, p. 27.489).

- “*Penal* – *Habeas corpus* – *Sursis* – *Beneficiário que está sendo processado por crime culposo: prorrogação automática do terminus ad quem' da suspensão condicional da pena (CP, art. 82, § 2.^o)* – *Precedentes do STJ – Recurso improvido*” (STJ, 6.^a T.; RHC 4.918, São Paulo; j. 12.03.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 27.05.1996, p. 17.920).

- “*Sursis* – *Prazo* – *Prorrogação X Revogação*. O preceito do § 2.^o do art. 81 do Código Penal revela automaticidade no que dispõe que se considera prorrogado o prazo da suspensão, até o julgamento definitivo, quando o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção. A regra relativa à extinção da pena privativa de liberdade prevista no artigo 82 pressupõe expiração do prazo e esta não coabita o mesmo teto da prorrogação automática de que cuida o referido § 2.^o” (STF, 2.^a T.; HC 72.147-8, São Paulo; j. 16.04.1996, v. u., Rel. Marco Aurélio; extraído de DJU 24.05.1996, p. 17.413).

30.9 Prescrição da pretensão executória: suspensão no curso do sursis

- “Estando o condenado em gozo de *sursis*, não corre a prescrição da pretensão

executória, tal como resulta do disposto no art. 112, I, do Código Penal" (TJSP, 2.^a C. Crim.; HC 201.308-3/2, São Paulo; j. 16.01.1996, v. u., Rel. Segurado Braz).

30.10 "Habeas corpus"

Nota: em princípio o *habeas corpus* não é meio idôneo para a concessão do *sursis*, cabendo a lembrança das exceções semelhantes já fixadas quando tratamos do tema em referência ao livramento condicional. Por outro lado, a ação pode também ser empregada para outros temas envolvendo o *sursis* e que sejam matéria exclusivamente de direito.

30.10.1 Admissibilidade restrita

- "Habeas corpus – *Paciente condenado a dois anos de reclusão, por crime militar – Suspensão condicional da pena – Pressuposto para a sua concessão.* 1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de não ser possível verificar em *habeas-corpus* o preenchimento ou não dos pressupostos de natureza subjetiva relacionados ao *sursis*. 2. Preenchidos pelo condenado por crime militar os pressupostos necessários para o deferimento do benefício do livramento condicional – ter cumprido, no mínimo, metade da pena, se primário –, indefere-se o pedido, porque a análise desses pressupostos é inviável em sede de *habeas-corpus*, mas concede-se, de ofício, o *writ*, para que o Tribunal de origem se manifeste sobre a concessão ou não do *sursis*" (STF, 2.^a T.; HC 72.825-1, Mato Grosso; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Maurício Corrêa; DJU 19.04.1996, p. 12.214).

30.10.2 Inadmissibilidade

- "Processual penal – Habeas corpus – *Sursis* – Requisitos. O *habeas corpus* não é o meio apropriado para a verificação dos pressupostos subjetivos do *sursis* (art. 77, II, do CP). Recurso de *habeas corpus* que se nega provimento" (STJ, 5.^a T.; RHC 3.264-2, Minas Gerais; j. 15.12.1993, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 28.02.1993, p. 2.903; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 2, n.º 6, abril-junho 1994; p. 231).

31. Pena de Multa

31.1 Natureza jurídica e advento da Lei 9.268/96

Nota: particularmente com relação à pena de multa, a Lei 9.268/96 trouxe duas importantíssimas inovações: a primeira delas é a impossibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade; a segunda é que, após o trânsito em julgado da condenação, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa a dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição (atual redação do art. 51 do Cód. Penal, trazida pela referida Lei 9.268/96). Adiante trataremos melhor da primeira dessas inovações, sem dúvida particularmente feliz em vista da irracional possibilidade constante do Direito anterior de possibilitar aquela conversão. Interessa-nos, aqui, cuidarmos da segunda dessas inovações.

A jurisprudência que logo se formou a respeito da atual redação do art. 51 do Código Penal via de regra incorreu em um grave erro: aplaudiu a inovação quando melhor faria se a lamentasse. De fato, o legislador de 1996 foi de uma espantosa infelicidade, seja deixando de aclarar pontos já então desde há muito controvertidos (como é o caso da data inicial da incidência da atualização monetária do valor da multa), seja investindo em aspectos que ele próprio aparentemente desconhecia. Há julgados que, pese tamanha imprecisão técnica do legislador, aplaudem sua iniciativa ao frisar que o Juízo da execução não dispunha de maiores recursos para a cobrança da multa: por acaso os teria então o Juízo da execução fiscal? Muito pelo contrário, esses primeiros meses de vigência da alteração legislativa demonstraram cabalmente que, agora, o pagamento da multa praticamente se tornou voluntário, instaurando-se um autêntico caos na sua cobrança judicial, em prejuízo seja do erário público, seja do interesse da sociedade em ver a pena cumprida, seja dos próprios condenados cujo maior interesse será sempre o de pagar a multa o mais rapidamente possível, abreviando assim a incidência do período depurador do art. 64, inc. I do Código Penal.

De todo modo, duas correntes formaram-se a respeito da nova redação do art. 51 do Código

Penal: a) para uns, agora a pena de multa há de ser judicialmente cobrada no Juízo da execução fiscal, recaindo a titularidade ativa dessa cobrança nos ombros da Fazenda Pública e não mais do Ministério Público; b) para outros, a nova redação apenas teve o condão de alterar aspectos procedimentais da cobrança da multa, cujo Juízo competente continuaria sendo o Juízo da execução, recaindo a titularidade ativa dessa cobrança, como sempre esteve aliás, nos ombros do Ministério Público. Nenhuma dessas correntes é ainda a majoritária, havendo casos de Tribunais e mesmo Câmaras que comportam ambas as posições. Entendemos que a literalidade do atual art. 51 do Código Penal não admite outro entendimento do que aquele esposado naquela primeira posição (letra “a” *supra*), embora certas ressalvas devam ser frisadas.

Em primeiro lugar, parece-nos insustentável a afirmação de que a multa teria perdido sua natureza *penal* específica apenas porque agora o Direito literal a qualifica como *dívida de valor*: ora, isso é pura redundância, porque toda e qualquer multa penal apenas pode ser considerada como *dívida de valor*, espécie dentro do gênero das penas pecuniárias, tendo, ademais, previsão constitucional expressa (CF, art. 5.º, inc. XLVI, letra “c”).

Em segundo lugar, necessário harmonizar a alteração na competência e na titularidade ativa para a cobrança judicial com o procedimento prévio do art. 50 do Código Penal, procedimento aliás particularmente relevante porque possibilita ao devedor o conhecimento e o subsequente pagamento da multa antes mesmo de sua execução civil (mesmo porque, como vimos, o condenado é o maior interessado na extinção imediata dessa pena). Daí porque o estabelecimento da premissa: uma vez transitada em julgado a condenação, o Juízo da execução deve liquidar o valor da multa e notificar o devedor para seu pagamento em até 10 dias, sob as penas legais: nesse prazo poderá o devedor comparecer perante o Juízo da execução e pagar seu débito ou, ainda, postular seu pagamento em parcelas. Apenas quando o devedor quedar-se em silêncio após esses 10 dias é que o Juízo da execução deverá extrair certidão do débito a ser então encaminhada à Procuradoria da Fazenda Pública (embora haja notícias de que, ao menos no Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral do Estado esteja se declarando parte ilegítima para o ajuizamento da respectiva execução fiscal).

• “*Penal – Pena de multa substitutiva da pena privativa de liberdade – Equivalência quantitativa entre estas – Desnecessidade*. 1. Na fixação da multa substitutiva não é necessário haver correspondência entre a quantidade de dias-multa e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída. 2. Preenchidos os requisitos legais que permitem a substituição, o Juiz deve, a partir daí, orientar-se por regras próprias estabelecidas na lei para a fixação da pena pecuniária. 3. Recurso conhecido e improvido” (STJ, 5.ª T.; REsp. 63.830, Paraná; j. 19.03.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 06.05.1996, p. 14.437).

• “A multa penal não perdeu a natureza de pena: o próprio art. 114 do CP, na redação da Lei 9.268/96, e que continuou a tratá-la como tal, é bastante para espantar qualquer dúvida, não dispusesse o art. 31, I a III, que são penas as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a de multa” (TACRIM-SP, 7.ª C.; Ag. Exec. 1.038.259/8, São Paulo; j. 20.02.97, m. v., Rel. designado Nogueira Filho; red.).

• “Na esteira do e. Juiz Nogueira Filho, no julgamento do Ag. 1.038.259-8 por esta Câmara, é de se determinar a liquidação da multa imposta pela r. decisão condenatória e a intimação do condenado para solvê-la, procedimentos estes que devem ser feitos na Vara das Execuções Criminais e, porventura passado o prazo de 10 dias para pagamento, deve ser extraída certidão a ser remetida à Procuradoria da Fazenda do Estado, para a inscrição da dívida ativa, negada ao Ministério Público legitimidade para intentar a competente execução fiscal, a ser ajuizada, na Capital, perante uma das Varas das Execuções Fiscais da Justiça Estadual” (TACRIM-SP, 7.ª C.; Ag. Exec. 1.045.377/5, São Paulo; j. 06.03.1997, m. v., Rel. José Habice; red.). Transcreve-se, a seguir, trechos do fundamentado voto vencedor declarado pelo Juiz Luiz Ambra: “1) A Lei 9.268 não buscou, bem examinada, subtrair qualquer prerrogativa institucional do Ministério Público. Visou, bem ao contrário, desonerá-lo de atribuições menores, em boa hora cometidas a órgãos típicos de arrecadação e com desafogo da sobrecarregada Vara de Execuções. Com sua elaboração buscou-se, em primeiro lugar, solucionar divergência que grassava acesa nos Pretórios, acerca do correto entendimento do art. 49, § 2.º, do CP (*o valor da multa*

será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária). Entendiam alguns – todos os integrantes desta Câmara, inclusive – que a expressão *quando da execução* haveria que ser entendida *em termos*. Não implicaria em que a correção monetária se devesse computar apenas *a partir* da execução. Ou, em outras palavras, *dali para a frente*, mesmo em se tratando de delito cometido anos atrás, deixando *em aberto* hiato temporal enorme, entre cálculo e cometimento. Num delito de 1990 com início de execução em 1995, a não se entender assim, o valor da multa se fixaria pela base de 1990. Mas só principiaria a sofrer correção de 1995 em diante, e a corrosão da moeda praticamente pulverizaria o importe final a ser pago. Situação essa que o art. 49, § 2.º, convenha-se, jamais pretendeu gerar; mesmo por dizer, apenas – e nem poderia ser diferente, pois a condenação só se liquida após transitada em julgado –, que a correção se computa *quando do cálculo* (de liquidação) em execução, e mais nada. Na execução é que o débito pecuniário aritmeticamente se *acerta*, por cálculo do Contador. E nesse momento – pois não há outro a tanto processualmente destinado, insista-se – *se corrige*, mas desde a data *do delito*. Essa, ao menos, a posição de ponderável parcela da jurisprudência, com base em extensa argumentação que não vem ao caso novamente desenvolver. Para corrente oposta, entretanto, estribada em raciocínio de Mirabete que se reputa menos correto (dez dias após intimado o devedor a pagar, se não o fizer, *haverá mora*; e só *a partir daí* o débito contado se corrigirá, não antes), correção monetária somente incidirá *após o inadimplemento* da multa, uma vez transcorrido o decêndio de que o réu dispõe para solvê-la (LEP, art. 164). Parece o legislador, com a Lei 9.268/96, ter optado pela última solução. Proibindo a conversão da pecuniária inadimplida em corporal (o que, como justificou, por via indireta implicaria em inconstitucional *prisão por dívida*), ao assim proceder o art. 51 da Lei Penal foi expresso a respeito: *transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor* – corrigível desde então, pois. E seu montante será havido através de aplicação *das normas da legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*. Certo ou errado, trata-se de critério validamente ado-

tado. E, computada a correção sob *maior* (desde o fato imponible, ou seja, o delito) ou *menor* extensão (a partir do trânsito em julgado; ou melhor, dez dias após o inadimplemento: prazo que a LEP define como de tolerância ao pagamento, no art. 164), é inequívoco que a pena pecuniária será cobrada *do mesmo modo* que num *executivo fiscal*. Discordar desse raciocínio é ir contra a literalidade do próprio texto legal novo. 2) Mas, tornando ao que aqui interessa dirimir. Dir-se-á, em conclusão primeira, implicar em verdadeira heresia o *reconstituir* título de dívida *líquida e certa* (extraíndo *certidão da inscrição de dívida*, da qual deriva a sua *força executiva*), quando nada há para ser reconstituído: débito derivado de *sentença*, efetivamente, já é líquido e certo por si só; o *mais executório de todos*, decorrente do mais certo de todos os títulos. A impropriedade, entretanto, é apenas aparente. Como inadequado se mostra, do mesmo modo, falar em extinção da punibilidade através do Juízo Fiscal – que nenhuma punibilidade extingue, em qualquer circunstância, e não do Criminal, decretação da prescrição executória igualmente naquele, revogação ali de *sursis*, como decorrência do inadimplemento, imposição de *regressão* de regime prisional e coisas do gênero. Começando pelo princípio. O derivar de *sentença* não impede possa, o título de dívida – já *líquida e certa*, bem em razão disso, vir a ser inscrito. Porque a inscrição, aí, obedece a *finalidades outras* que não a constituição da eficácia executiva; ligadas, primordialmente, à confecção da *peça orçamentária* pelo ente de direito público ao qual a correspondente receita se destine. Se o título inscrito já era líquido e certo, em outras palavras, após a inscrição obviamente continuará sendo. E a inscrição *nada lhe acrescentará* sob esse aspecto. A inscrição, como anotado em *O Procedimento na Cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública* (José Alfonso Beltrame, Régis Fernandes de Oliveira e Rui Stoco, ed. 1981, p. 15), à luz do art. 2.º, § 3.º da Lei 6.830/80, *é ato de controle*. Contabilmente, segundo o magistério de Milton Flaks então mencionado, *facilita o controle da arrecadação e faculta que o débito, se não for liquidado no exercício, conste da próxima previsão orçamentária como receita a realizar*. Antes da Lei 6.830/80, mas com idêntico regramento nessa parte, vigia o Decreto-Lei 960, de 1938. Depois (José Afonso da Silva, *Execução Fiscal*, 2.ª ed., 1976, p.

18), durante cerca de seis anos — até o advento da Lei 6.830 sob análise, onde sob esse prisma a situação continua a mesma; mesmo o que não precisa ganhar força executiva é igualmente inscrito, ao menos para fins contábeis, passou a fazê-lo o CPC, que então entrou em vigor. E que, ao tratar desse tipo de execução (dita *fiscal*, muito embora abrangente de receitas inclusive *não tributárias*) unificou os diversos títulos de dívida líquida e certa de molde a abranger, inclusive, os derivados de *provimentos jurisdicionais* — de *sentença*, como aqui. Confirma-se o quanto ali ponderado (José Afonso da Silva, p. 18, cit.), ao tratar da *unificação do processo de execução e a execução fiscal*: o CPC, em vigor desde o dia 1.º.01.1974, eliminou a duplicidade de meios de promover a execução forçada, unificando o processo de execução nos seus arts. 566 a 794. Não há mais as ações executivas fundadas em títulos líquidos e certos tal como conhecia o Código anterior. Toda execução forçada segue o mesmo procedimento em geral, pouco importando o título em que se fundamenta. Por isso, não cabe mais a distinção feita por Liebman entre 'ação executória', destinada à execução da 'sentença' condenatória, e ação executiva, considerada ação de cognição incompleta ou de misto de execução e cognição, destinada a promover a execução de atos ou documentos (não entremos na polêmica quanto a saber se são atos ou documentos) dotados de certeza e liquidez, estritamente enumerados na lei. A execução forçada agora é uma só, tal como era antes a execução de sentença. O que é distinto é o título executivo que fundamenta o processo de execução. Toda execução terá por base título executivo judicial ou extrajudicial (art. 583), de acordo com o princípio tradicional: *'nulla executio sine titulo'*. Os títulos executivos judiciais consubstanciam-se em atos judiciais enumerados no art. 584 do CPC, dos quais o mais importante é a sentença condenatória proferida no processo civil. Os títulos executivos extrajudiciais são títulos ou documentos formais que materializam créditos líquidos e certos, aos quais a lei atribui eficácia executiva (...) dentre os enumerados se acha a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública correspondente aos créditos inscritos na forma da lei. Valeria a inscrição de sentença, consoante então com propriedade anotado (José Afonso da Silva, ob. cit., p. 28) com arrimo no magistério de Castro Nunes, antes como pro-

vidência de simplificação procedimental, provando o débito à vista da só certidão, sem que todo o processo respectivo (de outra Vara, aliás), ou o inteiro teor da decisão exequenda, tivesse que ser anexado à inicial da cobrança. Ou seja (f. 28, cit.): *materialmente, o título executivo é isto: é um meio legal de demonstração de existência do direito exequendo. Não é pois em rigor essencial e necessariamente um ato, (...) nem essencial e materialmente um documento (...)* Tem naturalmente natureza mais genérica de algo que abrange uma e outra realidade — é um meio de prova, prova legal e sintética, do direito exequendo, ou melhor, meio de demonstração de sua existência. 3) Posta essa primeira premissa, outra ressalva há de proceder. Também não é correta falar que somente débito tributário possa ser havido mediante execução fiscal. O crédito que legitima inscrição da dívida ativa (Beltrame, Régis, Rui Stoco, ob. cit., p. 13/14), para efeito de formação do título executivo extrajudicial, e que legitima a cobrança executiva, não decorre apenas da receita tributária. O 'caput' do art. 2.º da nova lei inclui, no conceito de dívida ativa, além da receita tributária, a não tributária e remete o intérprete à Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Disso se tem (ob. cit., p. 14) que qualquer valor atribuível às pessoas jurídicas mencionadas (União, Estados, Municípios e respectivas autarquias), cuja cobrança a elas pertença, será considerado dívida ativa da Fazenda Pública. Ou, como quer o art. 39 da Lei 4.320/64: *as importâncias relativas a tributos, multas e créditos da Fazenda Pública, lançados mas não cobrados ou não recolhidos no exercício de origem, constituem dívida ativa a partir da data da sua inscrição*. Lançamento, como se sabe, em aspecto amplo nada mais representa senão, quanto à multa, legítimo ato de imposição punitiva. Procedido, aqui, pela sentença; emanado, em outras situações diferenciadas — mas sujeitas ao mesmo regimento jurídico —, do poder de polícia administrativa comum: de uma autuação de trânsito, de um auto de infração e imposição de multa por infringências a posturas ligadas à saúde pública, a disposições edilícias, etc. Tratando a Lei 4.320, como quer que seja, das várias receitas destinadas ao Poder Público, no art. 11 menciona, entre as várias receitas ditas *correntes* não tributárias (nas quais, exemplificativamente, à p. 14 de sua obra incluem, Régis, Beltrame e Stoco, débitos derivados de *aval, locação,*

foros, laudêmios, fianças, etc.: dotados igualmente de *força executiva própria* e inscritos, somente, para fins contábeis) as *multas* de qualquer espécie, sejam quais forem. Multa penal, como se sabe, em São Paulo pertence ao Estado, que gere e administra os diversos presídios aqui existentes. Mas isso representa questão que, por ora, não vem ao caso dirimir. Se ao Estado, se à União, havendo conflito em outro Foro, de futuro, se discutirá. 4) Não será por não se tratar de débito fiscal, de qualquer modo, que a execução em Vara de Fazenda deixará de ocorrer. E prerrogativa alguma do Ministério Público, de outra banda, o regramento novo da Lei 9.268 terá subtraído. Diminuído se acharia o órgão do *parquet*, na realidade, em continuando a atual *qual verdadeiro agente arrecadador*, como o art. 164 da LEP determinava. Se não é órgão arrecadador, descaberia desviá-lo de suas atividades precípua e o levar a perder tempo em funções subalternas, acionando Oficiais de Justiça, instando-os a localizar devedores e a vasculhar seu patrimônio, para aferir a existência de bens exequíveis. A acompanhar Praças e Leilões, a aparelhar execução em síntese. Como descabido também se afigurava, até poucos anos atrás, *executar no Interior a dívida ativa da União Federal*, sem nada receber por esse *plus*, como se fosse advogado desta e não órgão de poder, com elevadas atribuições institucionais. 5) Agora, consoante o novo ordenamento, o que sucede é o seguinte. Podendo o réu optar por *pagar de boa vontade* seu débito, antes de mais nada será intimado a fazê-lo. De conformidade, aliás, com o que o art. 164 da LEP determina. E o será *no bojo da ação penal*, mesmo porque a confecção de conta de liquidação nela é que tem lugar, visto se encartar *em fase procedimental de conhecimento* como reconhece a melhor doutrina. Para espantar qualquer dúvida a esse respeito, confira-se, desta Câmara, o excelente voto do juiz Waldemar Nogueira Filho no Ag. Exec. 1.038.259/9, Capital, transcrito pelo relator da presente irresignação e que não custa, no que aqui interessa, repisar. Consoante ali posicionado, *as decisões condenatórias, embora fornecendo os parâmetros para a apuração dos valores devidos, de regra não o enunciam, de sorte que é preciso liquidar a pena de multa, torná-la líquida, atualizá-la, o que não integra, em princípio, o processo executório* – como também não integra no Cível, faça-se adendo: citação e penhora somente têm lugar

após homologado o cálculo de liquidação – , cuidando, ao revés, de procedimento que complementa, ainda, o conhecimento e que permite aparelhar a execução. Irrepreensível, a propósito, o magistério do e. Sérgio Pitombo, posto na Correição Parcial 830.989-9: *a liquidação da pena de multa, em regra, não integra o processo executório. Cuida-se de procedimento que complementa, ainda, o conhecimento. Vale dizer: a liquidação da sentença penal, ou do comando nela contido, é conjunto de atos processuais, pelo qual se fixa, em determinada quantidade, ou valor, a condenação estabelecida; mas, cujo devido não surgiu, antes, marcado, ou sofreu modificação. A modificação pertine a soma ou unificação das penalidades (art. 111 da LEP). Tudo, assim, aparelhando a execução das sanções penais negativas. A liquidação irrompe, portanto, como primeiro lance, como eventual fenômeno de iliquidez de qualquer reprimenda. Liquidar, então, consiste em, por via de operação aritmética, tornar precisa a quantidade, ou valor, que não o eram. Fazer, pois, constar dos autos, reduzida a quantidade e o montante ostensivo, a condenação ilíquida, ou que, assim, se tornou. Note-se que um simples cálculo não constitui a ninguém devedor da pena. A liquidação regula-se pela decisão judicial e é, ao fim, para ela que se liquida. Atos, portanto, só voltados a revelação judicial do quantitativo desconhecido da penalidade imposta (apud Alberto Silva Franco e outros, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, p. 654/655, n. 3.02, ed. RT, 5.ª ed., p. 1.995). E sobre esse cálculo faz-se imperiosa a prévia manifestação da defesa, para que possa, querendo, exercitar o direito de impugnação que lhe é assegurado nos incisos LIV e LV, do art. 5.º da CF (cf. Sérgio Pitombo, Correição Parcial 830.989-9, anteriormente invocada). Para então sobrevir a homologação, da qual se intimará o condenado para, em dez dias, satisfazer o débito, e inclusive requerer parcelamento (art. 50, segunda parte, do CP). Quando-se inerte, aplicará o juiz, se for o caso, as providências atinentes à regressão prisional ou à revogação do 'sursis', fazendo encaminhar à Procuradoria Fiscal certidão necessária à inscrição da dívida ativa. 6) De tudo, a conclusão é uma só, e não se choca com qualquer prerrogativa funcional da acusação. Intimado o réu a pagar, se o não fizer é que se extrairá certidão, e se providenciária remessa desta à Fazenda. Que velará pela*

cobrança, não o Promotor. Este não é *advogado do Estado*, muito menos agente arrecadador; não irá contactar Oficial de Justiça, bisbilhotar se existem bens a penhora, sucessores do devedor quando morto – *até o limite das forças da herança*, há convir, o espólio responde pela pena pecuniária, sob pena de o gravame ultrapassar a pessoa do delinquento – e coisas do gênero. Tem o Ministério Público, reconheça-se, mais o que fazer, no exercício de suas funções. Daí a lei nova ter buscado, ao que parece, lhe mitigar a carga de serviço, a par de desafogar a Vara de Execuções. E é certo que, *na esfera penal* não pago o débito após a intimação do devedor para fazê-lo, *nada lhe impedirá* peticionar pela revogação do *sursis*, ou regressão de regime. Isso continuará a ser feito no Crime. O réu, este não tem que ser tratado com regalias suplementares. De futuro, se se imbuir de bom senso e pagar a pecuniária, para regularizar sua situação bastará proceder qual devedor comum, em repartição administrativa qualquer. De posse da quitação, dirigir-se-á ao Anexo Fiscal da Fazenda onde, à sua vista, se cuidará da *baixa* no executivo correspondente. Para isso, ao menos, existem Procuradores do Estado. 7) A extinção da punibilidade, por outro lado, evidentemente não será decretada no bojo do executivo, mas no Juízo Criminal, único competente para procedê-la por se tratar de competência *ratione materiae*. Do devedor o ônus da prova, de qualquer modo, optando por ingressar com embargos e vindo a alegar pagamento *antecedente* à execução, ou outro fato *prévio* extintivo da exigibilidade do título (prescrição da pretensão executória, por exemplo), no bojo da execução deverá demonstrá-los. Ou, quando não, ao juiz será dado se precatar, tomando a cautela aventado pelo eminente Nogueira Filho no seu voto: suspender o andamento da execução, a teor do art. 265, IV, *a*, do CPC, até que *no Crime* a questão venha a ser deslindada. 8) Acena-se ainda, no agravo, com a impossibilidade prática de na execução regular, por modo eficaz, situação outras relativas à pena pecuniária que nela se esteja a exigir. Como, por exemplo, sua conversão em *restritiva de direitos*, permitida pela Lei 9.099/95 – nesse ponto não revogada pelo diploma legal novo – no art. 85. O que, entretanto, está mal colocado: se a multa for convertida (isto é, *substituída*) em restritiva de direitos, evidentemente *desaparecerá*. E só remanescendo a última sanção

(restritiva) no seu lugar, *nada haverá que executar na Fazenda*. Trata-se de questão, bem se vê, *antecedente* à própria inscrição da dívida. 9) Dir-se-á mais que o legislador, aludindo à conversão em dívida de valor *imediatamente após o trânsito* em julgado da decisão – e, *ipso facto*, à sua inscrição como – *dívida ativa* da Fazenda Pública, independentemente de outras formalidades –, não previu providência antecedente, qual a necessária intimação do réu *para pagamento espontâneo*. Nem, todavia, deveria tê-lo feito. Pois sem ela – é seu *pressuposto* – não há falar em *inadimplemento*, justificador da execução aparelhada. O pormenor, a Júlio Fabbrini Mirabete, não escapou. E ao explicitá-la deu conta do óbvio: de que se execução aparelhada houver (o que a LEP no art. 164 já previa, cominando ao Promotor seu impulso-namento como se de agente fazendário se tratasse), *reger-se-á pelo direito processual civil comum*. Como aqui, na sistemática da Lei 9.268, razão pela qual nada impede que o *próprio credor* (isto é, a Fazenda que ficará com o dinheiro) a proponha. A propósito, Mirabete, em *Execução Penal* (Comentários à Lei 7.210, de 11.7.84, 2.^a ed., Atlas, 1988, p. 413/414), onde alude à *mora após os dez dias* da citação para pagar: *as ações executivas têm como pressuposto um título executório e visam à realização de atos que tornam efetiva a sanção, dada a existência de uma pretensão insatisfeita*. Por isso, *como bem acentua Rogério Lauria Tucci, pareceria difícil, senão temerário, estabelecer-se a possibilidade da existência de uma ação penal de execução*. Realmente, *a execução das penas privativas de liberdade e das restritivas de direitos inicia-se independentemente de provocação dos órgãos de persecução penal, procedendo-se o juiz de ofício ao ordenar a expedição da guia de recolhimento ou execução*. Ademais, *não há a citação necessária para se estabelecer a relação processual válida à existência da ação executória*. Acontece, porém, *que se pode cogitar da ação penal executiva quanto à execução da pena de multa*. Dispõe o art. 164 da LEP que, *extraída a certidão da sentença condenatória, como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora*. *Inicia-se assim a execução, legitimado o Ministério Público para promover a cobrança judicial da multa*. *Nem todos*

os processualistas, porém, se põem de acordo com essa solução, preferindo muitos tê-la como ação civil (...). O processo de execução, a partir da nomeação de bens à penhora ou da efetivação desta, obedecerá, nos termos do artigo 164, § 2.º, da LEP, ao que dispõe a lei processual civil, aplicando-se, portanto, os artigos 652 e seguintes do Código de Processo Civil. Agora, pelo regramento, novo, o CPC não mais será aplicado (art. 652), mas a Lei 6.830/80, relativa à execução fiscal. Essa a única distinção palpável, mais de forma do que de fundo. 10) Para resumir. À luz da nova redação do art. 51 do CP, em tema de execução de multa, o trabalho puramente burocrático de cobrar vem a ser retirado do Ministério Público. Que, entretanto, tanto que não pago o débito, após a intimação do réu para fazê-lo no Crime, antes da remessa à Fazenda já proporá revogação do sursis, regressão de regime e que tais. O que tudo isso resolverá o juiz do Crime, ainda uma vez. O executado, insista-se, de tudo isso no Crime é que se defenderá. E se, mais à frente, *quitar o débito* ou demonstrar ser indevido, obtendo decisão favorável no Crime, de posse dela se dirigirá ao anexo Fiscal, e dará baixa na cobrança. Isso e tão só isso, *data venia*. 11) O que aqui menos importa, insista-se ainda uma vez, é se tratar de débito não fiscal aquele derivado do inadimplemento pecuniário penal. Pois a legislação sobre dívida ativa, como se viu, possui espectro suficientemente amplo para igualmente abrangê-lo. A outra conclusão não chegaram os Juizes do Anexo Fiscal ao examinar o tema. Inclusive no que pertine aos prazos de prescrição, que continuam o mesmo da lei penal (art. 114, CP, dois anos), a ele não se aplicando o quinquênio decadencial instituído em favor da Fazenda Pública. Prazos, de qualquer modo, a lei pode modificar a seu talante, em questões de sua competência. E aqui o legislador federal assim procedeu, ao menos no que pertine a novas causas de suspensão ou interrupção da cobrança, estranhas à legislação penal. Que agora, ajuizado o executivo, passam a ser as do direito fazendário comum, muito embora a prescrição da pretensão executória continue a ser bienal (art. 114, CP, pois o direito novo não a alterou). A prescrição quinquenal dos débitos administrativos em geral, dest'arte, aqui não tem aplicação. Confira-se, a propósito, trabalho publicado por Odmir Fernandes e outros juizes (*A cobrança da multa penal, art. 51 do CP, no*

Boletim IBCCrim 47/6, já à luz da Lei 9.268), que atuam no Anexo das Fazendas Públicas e cujas conclusões bem se amoldam ao presente posicionamento. Consoante ali salientado, em primeiro lugar, a doutrina é praticamente unânime em admitir a exigência da inscrição mesmo nos casos de dívida ativa não tributária, nos exatos termos da lei. Note-se que não é o caso do argumento tantas vezes usado de que a inscrição tornaria o título executivo judicial em título extrajudicial. A inscrição, caracterizando o débito como fiscal, permite a inclusão do crédito no orçamento do ente estatal e a utilização de um procedimento mais vantajoso para a Fazenda, tornando efetiva a cobrança do valor que originariamente era uma sanção penal. Portanto, competente é o Juízo das Execuções Fiscais, observadas as regras do art. 578 e parágrafo único do Código de Processo Civil. Mais: referidos valores reverterão, em regra, ao Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo (Funpesp), criado pela Lei Estadual 9.171, de 31.05.1995, que especificou as diretrizes gerais estabelecidas na Lei Complementar Federal 79, de 07.01.94. Ainda, os prazos prescricionais aplicáveis na espécie são aqueles previstos no art. 114, incisos I e II, do Código Penal (na redação da Lei 9.268/96), contados do decurso do prazo para pagamento consignado na notificação expedida pelo juízo criminal. Inaplicável, no caso, o art. 174 do Código Tributário Nacional, já que estamos diante de dívida ativa não tributária. As causas suspensivas e interruptivas da prescrição são aquelas previstas na legislação da dívida ativa. Assim, por exemplo, dispõe o art. 2.º, § 3.º, da Lei 6.830/80 que, operada a inscrição, ficará suspensa a prescrição para todos os efeitos de direito, por cento e oitenta dias ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo. Trata-se, bem se vê, de hipótese que se aplica à situação sob exame, específica do regramento novo. 12) Federal a lei velha, na pior das hipóteses, podia perfeitamente ser revogada ou completada na parte em que não previa suspensão da prescrição da pretensão executória por nova, incompatível (ou adicionadora de ressalva, como aqui), no todo ou em parte (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, §§ 1.º e 2.º). Disso, igualmente, não decorreria eiva qualquer. Nada impede, de tudo, que a orientação esposada no voto do douto relator prevaleça. Esse, aliás, é o magis-

tério de Damásio E. de Jesus, em artigo sobre o assunto (*Alterações do Código Penal, Lei n.º 9.268, de 1.º de abril de 1996*, no Bol. IBCCrim 41/6): *nos termos da lei nova, transitada em julgado a sentença condenatória, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública. A execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 e seguintes da LEP. Devendo ser promovida pela Fazenda Pública, deixa de ser atribuição do Ministério Público, passando a ter caráter extrapenal. Mais: as causas suspensivas e interruptivas da prescrição referidas na disposição não são as do Código Penal (arts. 116, parágrafo único e 117, V e VI), mas sim as da legislação tributária.* Ressalva, mais (Damásio, ob. cit.): *note-se que a lei não fala que o valor da multa deve ser recolhido aos cofres da União, referindo-se à Fazenda Pública. Abre espaço a que seja arrecadado aos erários estaduais, o que nos parece correto e vem acontecendo em alguns Estados, como em São Paulo.* Esse, a meu ver, o melhor entendimento a se conferir ao diploma legal novo. Daí porque, isso estabelecido, acompanho o voto do relator". Finalmente, transcreve-se agora também trechos do igualmente fundamentado voto vencido do Juiz Souza Nery: "*O thema decidendum está diretamente relacionado com a nova redação do art. 51 do CP, reveladora da atual tendência do legislador, de buscar evitar ao máximo o encarceramento dos delinquentes considerados de menor periculosidade. Revogada a permissão para converter em pena corporal a pecuniária inadimplida, vige agora o dispositivo que submete a execução da pena de multa às normas procedimentais concernentes à dívida ativa da Fazenda Pública. Sustentam alguns, dentre eles o i. prolator da r. decisão impugnada, a meu ver de modo equivocado, como procurarei demonstrar adiante, que a vigente redação do art. 51 do CP transformou a multa penal não paga em dívida ativa fazendária, que como tal deve ser inscrita e, subsequentemente, executada no Juízo especial. A multa penal, no entanto, e como ninguém em sã consciência ousaria negar, manteve incólume sua natureza sancionadora, retributiva, de pena propriamente dita. Reconhecer o contrário significa adotar posição que virá a desmoralizar ainda mais o já desprestigiado sistema judicial repressivo pátrio, causando, na população, sentimento de impunidade ainda mais acentuado. Basta que se confi-*

ram os termos dos arts. 32 e 114 do CP – este último também alterado pela mesma Lei 9.268/96 – para chegar à inelutável conclusão acerca da natureza evidentemente penal da multa criminal. A douda decisão recorrida está assentada em pressupostos jurídicos que refogem aos princípios específicos da execução penal, fazendo *tabula rasa* das regras de hermenêutica. Nesse sentido, primeiro, cabe destacar que a lei que alterou a redação do artigo aqui examinado, de conteúdo eminentemente material, não abordou, sequer *en passant*, eventual alteração de competência para a excussão da multa criminal. Mais do que isso: podendo tê-lo feito, a Lei 9.268/96 não revogou, expressa ou tacitamente, o mandamento contido no art. 164 da LEP que, compatível com os termos da nova leitura, permanece em vigor. Segundo, ressaltar que a *equiparação* da multa criminal à dívida ativa fazendária tem alcance jurídico meramente formal. A própria expressão empregada, *será considerada*, implica apenas a idéia de assemelhação, jamais de transubstanciação, da desnaturação de um fato penal para outro, meramente fazendário. A par disso, verdadeiro absurdo entender que a sentença condenatória definitiva, que por si só constitui título executivo judicial, necessite – a fim de possibilitar sua execução – da inscrição por órgão do Executivo, vale dizer, da Procuradoria Geral, verdadeira afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. A propósito, convém ressaltar que o dispositivo legal aqui examinado, CP art. 51, não se refere, implícita ou explicitamente, à exigência da inscrição da multa como pressuposto de sua executibilidade. Essa multa constitui dívida, intrínseca e independentemente de sua inscrição. Isso decorre do fato de que a lei confere à sentença condenatória definitiva força executiva de título judicial, em que se integra, a toda evidência, a multa criminal. Demais disso, e como já asseverei anteriormente, dispositivos legais em vigor há, dentre eles o art. 114 do CP – com nova redação proporcionada pela mesma Lei 9.268/96 –, que continuam a dar à multa criminal o tratamento legal de pena, impondo graves sanções, ainda que não mais possível sua conversão em encarceramento, para as hipóteses de seu inadimplemento. Confirmam-se, exemplificativamente: a disposição que permite a conversão da multa criminal não paga, decorrente de transação penal, em pena restritiva de direitos. Ainda que haja quem sustente o contrário,

tal possibilidade de conversão já foi objeto de reconhecimento por esta mesma C. Câmara (Ag. Exec. 1.032.297); a obrigatoriedade da revogação do *sursis*, acaso não seja adimplida a multa criminal; a regressão a regime prisional mais severo, ocorrida a mesma hipótese. Inconcebível que, de mero crédito fazendário, possam decorrer tão graves conseqüências. Um outro complicador pode ser adicionado, em desfavor da tese esposada pela r. decisão combatida: transmutar-se-á o Juízo Fazendário no competente para resolver os incidentes da execução penal, decretando a revogação do *sursis* ou a regressão a regime mais severo, como acima apontado? Adquirirá competência para, em embargos à execução, ou diante do pagamento da multa, reconhecer a extinção da punibilidade? Ninguém será capaz de advogar tenha sido, também, revogado o art. 65 da LEP! O que dizer, ademais, da violação do princípio da personificação da pena, que não se transferirá, jamais ultrapassando a pessoa do delinqüente? Os créditos fazendários, como é sabido, não enfrentam tal restrição. As penas de multa, que prosseguem tendo lapso prescricional ordinário de dois anos, transmutando-se em crédito fazendário passam a prescrever apenas em cinco anos? Interpretação pretoriana formulada *in pejus* e contrariamente ao texto expresso da lei assemelha-se à antiga e repudiada prática de promulgar leis *ex post facto*. A atual vedação para a conversão da pena pecuniária em corporal funda-se no entendimento do legislador – sobre cujo acerto não importa ao Juiz perquirir – de ser inconstitucional tal prática, vez que a Carta Magna somente contemplou duas hipóteses de prisão por dívidas. Isso não significa, contudo, tenha a multa perdido seu caráter de pena, como penso haver demonstrado. E, nessa qualidade, a iniciativa de sua cobrança forçada compete ao Ministério Público, devendo o processo respectivo tramitar perante o Juízo criminal. Uma última palavra, relativa à por vezes invocada inconstitucionalidade da lei que instituiu o Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo – FUNDESP: tal eiva não está, a meu ver, suficiente e adequadamente demonstrada, principalmente se se considerar que, em nosso Estado, mesmo condenados por crimes de competência da Justiça Federal, são os presos recolhidos em estabelecimentos estaduais, em que se os mantêm com dotação orçamentária igual e exclusivamente proveniente de recursos estaduais. De-

mais disso, é regra geral de hermenêutica que todas as presunções militam em favor da validade de atos do Poder Público, devendo – exceção feita a hipóteses aberrantes a interpretação validar a deliberação da autoridade, somente declarando a inconstitucionalidade quando seja evidente, não deixando margem a sérias objeções. Em síntese, subsistentes e inalterados os princípios que regem a jurisdição e a competência em matéria de execução penal, segue-se como corolário que a excussão da pena de multa, não obstante sua equiparação ou assemelhação com a dívida ativa fazendária, continua a ser da competência da Justiça Criminal, com legitimidade e interesse ativos deferidos ao Ministério Público”.

31.2 Correção monetária: termo inicial de incidência

31.2.1 A partir da data do fato

Nota: tendo a oportunidade de fazê-lo, a Lei 9.268/96 não resolveu de vez a polêmica jurisprudencial a respeito da data inicial da incidência da correção monetária na pena de multa (Cód. Penal, art. 49, parágrafo segundo), prosseguindo incólumes as diversas posições desde há muito registradas: a) desde a data do fato ilícito; b) desde o trânsito em julgado da condenação; c) a partir do décimo primeiro dia após o trânsito em julgado da condenação; d) desde a citação para a execução civil; e) a partir do décimo primeiro dia após a citação para a execução civil. A primeira dessas posições, que também é a nossa, parece atender melhor o reclamo da lei penal, mesmo porque atualização monetária não representa um *plus* na multa mas, simplesmente, a manutenção pura do valor correto. Essa também é aquela posição mais freqüente na jurisprudência, perante a qual a expressão legal *quando da execução* diz respeito tão-somente ao tempo em que deverá ser liquidado o valor devido.

- “É inadmissível a alegação de que a correção monetária da pena de multa a partir da data do fato fere o princípio da legalidade, pois não se trata de aumentar a pena, mas apenas de atualizá-la, até porque a correção monetária foi criada exatamente para se obter a reposição do poder aquisitivo da moeda, não se tratando, portanto, de aumento, mas de simples atualiza-

ção" (TACRIM-SP, 2.^a C.; Ap. 782.339; j. 07.10.1993, v. u., Rel. Oliveira Passos; Bol. IBCCrim 15, abril 1994, p. 47).

- **"Pena – Multa – Atualização – Contagem a partir da data da infração – Admissibilidade – Inocorrência de mudança da individualização da pena – Mera reposição do valor da moeda – Recurso não provido.** No acórdão: "A individualização da pena não sofre nenhuma mudança pela correção da multa, visto que ela, tão-só, repõe o valor da moeda sem nenhum acréscimo à penalidade a ser satisfeita pelo sentenciado (RJTJSP, 135/418), cujo termo inicial remonta ao fato delituoso, como se proclamou no julgamento da Apelação Criminal 109.791-3-Cruzeiro, nesta Colenda 4.^a Câmara Criminal, da qual foi relator o eminente Desembargador Dante Busana (RJTJSP, 135/418). Anote-se, em demasia, que a reprimenda pecuniária perderia seu efeito retributivo se a correção fosse feita a partir do termo preconizado no recurso (atualização a partir do trânsito em julgado do acórdão) pouco importando o que dispõe a Lei 7.730/89, acerca da atualização dos valores dos débitos, visto que após o dia 1.^o de fevereiro de 1991, a Taxa Referencial Diária (TRD), em substituição às BTN's, passou a ser o parâmetro dessa correção, inclusive no tocante às multas penais (RT, 689/373), que – na atualidade – obedece a outro critério, representado pela Unidade Real de Valor (URV), implantado através de recente Medida Provisória 434/94" (TJSP, 4.^a C.; Ag. 132.705-3; j. 09.05.1994, m. v., Rel. Emeric Levai; Bol. IBCCrim 30, jun. 1995, p. 102). Transcreve-se o voto vencido do Des. Sinésio de Souza: "Votei vencido por entender que, enquanto não ocorrer a homologação do cálculo – o que só pode ser feito a partir do trânsito em julgado – a obrigação imposta ao réu de pagar a multa não é nem líquida, nem certa; vale dizer que é inexigível, tanto assim que não lhe é dado cumpri-la por antecipação, v. g., mediante depósito à ordem do Juízo, com correção monetária. E também não me parece justo carregar ao réu a responsabilidade pelos desacertos e descompassos do valor do padrão monetário. A lei de execução penal, por outro lado, concede ao sentenciado o prazo de dez dias, a contar de usa intimação, para a liquidação do débito; aplicar-se, assim, correção monetária ou qualquer outro acréscimo antes do décimo primeiro dia será o mesmo que

penalizar, por mora, quem em mora não foi constituído".

- **"Multa – Correção monetária – Marco inicial.** Diante dos expressos termos do § 1.^o do art. 49 do Código Penal, estabelecendo piso mínimo *ao tempo do fato* e não constituindo a correção monetária alteração da expressão nominal da dívida, mas simples atualização monetária, o ponto de partida da correção deve ser estabelecido na data do fato. Recurso especial conhecido pela divergência e provido" (STJ, 5.^a T.; REsp. 29.144, São Paulo; j. 13.12.1995, m. v., Rel. designado Assis Toledo; DJU 11.03.1996, p. 6.643).

- **"Penal – Pena de multa. Atualização monetária.** Fiel ao termo básico estabelecido no parágrafo 1.^o do art. 49 do Código Penal, o tempo do fato também se impõe como marco da atualização monetária estabelecida no parágrafo 2.^o do referido artigo" (STJ, 5.^a T.; REsp. 67.611, São Paulo; j. 6.2.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 04.03.1996, p. 5.415, *apud* DELMANTO JÚNIOR, Roberto, Ementário de Jurisprudência, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, ano 4, abril-junho 1996, p. 425). No mesmo sentido: STJ, 5.^a T.; REsp. 67.747, Minas Gerais; j. 06.02.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 04.03.1996, p. 5.415.

- **"Penal – Multa – Correção monetária – Termo inicial.** 1. A correção monetária da multa deve incidir desde a data do fato, já que não representa nenhuma alteração nominal da dívida, mas tão-somente a sua atualização frente à desvalorização da moeda. 2. Recurso conhecido e provido" (STJ, 5.^a T.; REsp. 39.429, São Paulo; j. 02.04.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 06.05.1996, p. 14.436).

- **"Criminal – Pena de multa – Atualização monetária.** Fiel ao termo básico estabelecido no parágrafo 1.^o do art. 49 do Cód. Penal, o tempo do fato também se impõe como marco da atualização monetária estabelecida no parágrafo 2.^o do referido artigo" (STJ, 5.^a T.; REsp. 81.277, São Paulo; j. 02.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.446).

- **"Penal – Multa – Correção monetária – Termo inicial.** 1. A correção monetária da multa deve incidir desde a data do fato, já que não representa nenhuma alteração nominal da

dívida, mas tão-somente a sua atualização frente à desvalorização da moeda. 2. Recurso conhecido e provido" (STJ, 5.^a T.; REsp. 81.578, São Paulo; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 13.05.1996, p. 15.568).

31.2.2 A partir do trânsito em julgado

- "A atualização do valor da pena de multa pelos índices de correção monetária deverá ocorrer, em face da letra expressa do § 2.^o do art. 49, do CP, quando da execução. Logo, o termo inicial da mesma deverá coincidir com a data do trânsito em julgado para as partes, i. é, com a formação do título executivo, pois daí se torna exigível a pretensão executória, voluntária ou forçadamente" (TACRIM-SP, 2.^a C.; Ag. Exec. 661.571/5, São Paulo; j. 06.06.1991, m. v., Rel. Haroldo Luz; *apud* LUZ SOBRINHO, Haroldo Pinto da; Jurisprudência comentada: correção monetária da pena de multa; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; número especial de lançamento; p. 116).

31.2.3 A partir do 10.^o dia após o trânsito em julgado

- "I – Após o trânsito em julgado da sentença condenatória é que se forma o *status* de condenado. Constituição Federal, art. 5.^o, II, princípio da presunção de inocência. II – A multa pode ser recolhida após o trânsito em julgado (CP, art. 50), dentro de 10 dias. Assim, a correção monetária começa a incidir após o 10.^o dia, prazo para o recolhimento" (STJ, 6.^a T.; REsp. 23.695-6; j. 25.04.1994, v. u., Rel. Pedro Acioli; DJU 16.05.1994, p. 11.788; Bol. IBCCrim 17, jun. 1994, p. 56).

31.3 Multa e privação de liberdade

31.3.1 Antes da Lei 9.268/96: hipótese de não conversão

Nota: hoje tem valor puramente histórico a possibilidade de conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, o que se admitia à luz da revogada disposição do art. 51 do Código Penal, agora afastada pela Lei 9.268/96 (que, agora sim, se recordou de revogar expressamente também o art. 182 da LEP), disposição

esta que, mais benéfica, tem completa retroatividade. Contudo, em dois pontos o legislador de 1996 novamente foi impreciso: a) esqueceu-se de revogar o art. 81, II do Código Penal; b) esqueceu-se de revogar ainda o artigo 118, parágrafo 1.^o da LEP. A leitura da Exposição de Motivos que acompanhou a Lei 9.268/96 não deixa margem para dúvidas de que se tratou de puro esquecimento, mesmo porque o legislador de 1996 não se preocupou muito em esconder seu completo desconhecimento quanto a vários temas sobre os quais avançava temerariamente. De toda forma, se tratou o legislador de expressamente afastar a conversão direta da multa em pena privativa de liberdade, não teria razões para deixar de fazê-lo também quando essa conversão pode ser indireta: tal é o caso da revogação do *sursis* e, com ainda maiores razões, da regressão quando o condenado se encontra em regime aberto. Mais do que simples regra, nesse particular a modificação do art. 51 do Código Penal institui entre nós um princípio: nenhuma pena de multa pode acarretar privação de liberdade, sob qualquer pretexto.

- "A demonstração inequívoca da solvência do condenado é requisito para que se converta a sanção pecuniária em pena privativa de liberdade, pois em se tratando de levar alguém ao cárcere, nada pode ser presumido em seu desfavor. Assim não há conversão sem a localização do sentenciado e a prova de sua insolvência" (TACRIM-SP, 12.^a C.; Ag. Exec. 964.217/1; j. 16.10.1995, v. u., Rel. Ary Casagrande; Bol. IBCCrim 39, mar. 1996, p. 130).

31.3.2 Após a Lei 9.268/96: inadmissibilidade

Nota: v. nota ao item 31.3.1.

- "Com o advento da Lei 9.268/96 ficou vedada a possibilidade existente até então de conversão da pena pecuniária em detenção na hipótese de inadimplemento do condenado solvente" (TACRIM-SP, 4.^a C.; Ag. 1.039.267/1, São Paulo; j. 04.02.1997, v. u., Rel. Devienne Ferraz; red.).

31.4 Liquidação (após a Lei 9.268/96)

Nota: v. nota ao item 31.1 (*supra*).

31.4.1 Competência do Juízo criminal ou da execução

- “Descabe confundir a liquidação da multa penal com a execução da dívida ativa decorrente do seu não pagamento. A primeira processa-se, em São Paulo (Provimentos 491/92 e 1/93 da Corregedoria Geral de Justiça), quer no juízo da condenação, se a multa foi a única pena imposta, quer no juízo da execução criminal, se além da sanção pecuniária houve a imposição cumulativa de outra pena. Com efeito, o art. 50 do CP estabelece que a multa deve ser paga dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença. Ocorre que as decisões condenatórias, embora fornecendo os parâmetros para a apuração dos valores devidos, de regra não o enunciam, de sorte que é preciso liquidar a pena de multa, atualizá-la, o que não integra, em princípio, o processo executório, cuidando, ao revés, de procedimento que complementa, ainda, o conhecimento e que permite aparelhar a execução (conf. o magistério de Sérgio Pitombo, na Correição Parcial 830.989-9, *apud* Silva Franco, Alberto e outros, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, Revista dos Tribunais, 5.^a ed., 1995, p. 654/655, n. 3.02; assim também o aresto do STJ, 4.^a T., REsp 586-PR, Rel. Sálvio de Figueiredo, j. 20.11.1990, v. u., DJU 18.02.1991, p. 1.041, *apud* Armelin, Donald, “A Nova Disciplina da Liquidação de Sentença”, em *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1996, p. 659, nota 7). Como o CPP não contém dispositivos semelhantes aos dos arts. 604 e 614, II, do CPC, é necessária a ida dos autos ao contador, para a elaboração do cálculo. E sobre esse cálculo faz-se imperiosa a prévia manifestação da defesa, para que possa, querendo, exercitar o direito de impugnação (CF, art. 5.^o, LIV e LV) para, então, sobrevir a homologação, da qual se intimará o condenado para, em dez dias, satisfazer o débito e, inclusive, requerer o parcelamento (CP, art. 50, 2.^a parte). Quedando-se inerte, aplicará o juiz, se for o caso, as providências atinentes à regressão prisional ou à revogação do *sursis*, fazendo encaminhar à Procuradoria Fiscal certidão necessária à inscrição da dívida ativa” (TACRIM-SP, 7.^a C.; Ag. Exec. 1.038.259/8, São Paulo; j. 20.02.1997, m. v., Rel. designado Nogueira Filho; red.).

31.4.2 Notificação para pagamento voluntário

- “Quanto ao procedimento, observe-se que o juiz do processo criminal deverá determinar a notificação (CTN, art. 160) do sentenciado para pagar o débito em 10 dias (aplicação analógica do art. 164 da LEP), cumprindo assim o par. 1.^o do art. 3.^o da Lei 4.320/64, competindo ainda aos Juízos originais dos feitos criminais, quando não houver o pagamento, oficial à Procuradoria Geral do Estado para a sua inscrição, mesmo porque seria séria violação do princípio da economia processual inscrever a multa como dívida ativa não tributária sem tentar, antes, o seu recebimento amigável, como já ocorre com a dívida ativa da Fazenda Pública” (TACRIM-SP, 16.^a C.; Ag. Exec. 1.038.271/9, São Paulo; j. 16.01.1997, v. u., Rel. Mesquita de Paula; red.).

- “Deve ser ressaltado que implicaria em séria violação do princípio da economia processual, inscrever a multa como dívida ativa não tributária sem tentar, antes, o seu recebimento amigável, como já acontece com a dívida ativa da Fazenda Pública, com o Juízo criminal devendo notificar o sentenciado a pagar a multa, no prazo de dez dias, sob pena de inscrição e, não efetuado o pagamento, deverá esse Juízo oficial à Procuradoria Geral do Estado para sua inscrição” (TACRIM-SP, 16.^a C.; Ag. Exec. 1.038.265/3, São Paulo; j. 23.01.1997, v. u., Rel. Ubiratan de Arruda; red.).

- “Todos os incidentes da execução penal têm caráter nitidamente jurisdicional (LEP, arts. 2.^o e 194), sendo que qualquer medida só pode ser adotada em processo revestido de jurisdicionalidade (*jurisditio sine executione esse non potest*), obedecido, por conseguinte, o *due process of law*. E, ainda que alguém entendesse ter a execução penal índole meramente administrativa, o que seria um despropósito, mesmo assim o princípio do devido processo legal, que garante sempre o contraditório, a ampla defesa e o uso dos recursos a ela inerentes, haveria de ser preservado (CF, art. 5.^o, LV). Sem o contraditório, *não pode haver o devido processo legal*, como ensina Frederico Marques (*Elementos de direito processual penal*, v. 1, p. 82). No caso, instaurado o incidente para a execução da sanção pecuniária ou

inscrição da dívida dela decorrente, e apurado o *quantum* devido através de cálculo, deve, previamente, ser ouvido o condenado a respeito (LEP, art. 196), podendo, quiçá, efetuar espontaneamente o pagamento da dívida, pondo fim ao procedimento, sem maiores polêmicas, ou podendo alegar os motivos que o impedem de fazê-lo. Não se pode determinar a inscrição da dívida como dívida ativa da Fazenda Pública sem mais nem menos, medida que, por colher o condenado de surpresa, atenta contra o princípio do devido processo legal. Não é possível tolerar a inscrição da multa como dívida ativa da Fazenda Pública se o devedor não conhecia seu valor, nem foi intimado pessoalmente para o adimplemento espontâneo" (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 220.254-3/4, São Paulo; j. 17.03.1997, v. u., Rel. Silva Pinto; red.).

31.5 Execução civil (após a Lei 9.268/96)

Nota: v. nota ao item 31.1 (*supra*).

31.5.1 Titularidade ativa do Ministério Público e competência do Juízo da execução penal

- "A redação dada ao art. 51 do CP pela Lei 9.268/96 não autoriza concluir que a pena pecuniária foi transformada em simples débito monetário, perdendo a natureza sancionatória, antes levando ao entendimento que a expressão *divida de valor* foi empregada com o sentido de que a multa terá ou receberá o mesmo tratamento do crédito fiscal, apenas reforçando-se a impossibilidade de sua conversão em prisão e indicando-se que deve ela ser atualizada monetariamente (v. Aviso 230/96 da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, publicado no DOE de 24.5.96, Seç. I, item 4, p. 25/26), mesmo porque não se alterou outros momentos do CP e da LEP que dispõem ser a multa espécie de pena. Não convence igualmente o entendimento de que, apesar de sua natureza de pena, teria sido alterada substancialmente sua forma de execução, já que não foi revogada a legitimidade do Ministério Público para promovê-la (LEP, art. 164). Na verdade, a Lei 9.268/96, visando maior eficiência, celeridade e força executória à ação de cobrança da multa, a ela aplicou o mesmo regime processual da execução fiscal (Lei 6.830/80),

apenas trazendo mudança no rito da LEP e nada alterando acerca da competência, somente operando uma mudança procedimental destinada a proporcionar melhor atuação do Estado na persecução criminal e na obtenção do cumprimento da pena, como processo de execução fiscal passando a ser disciplinado pela Lei de Execução Fiscal (conf. referido Aviso, item 1). Entendimento adverso deixaria sem solução a matéria referente a eventual preliminar, em embargos à execução, de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ou executória, pois o Juiz cível, em razão da independência das jurisdições penal e civil vigente no sistema jurídico, não teria competência para decidir questões de natureza penal" (TACRIM-SP, 14.^a C.; Ag. Exec. 1.039.729/2, São Paulo; j. 21.01.1997, m. v., Rel. Renê Ricupero; red.).

- "*Lei 9.268/96 – Pena de multa – Pagamento.* Para o pagamento da pena de multa, necessário que se proceda à citação do sentenciado, em atendimento ao disposto no art. 164, *caput*, da LEP. Feito o recolhimento, a pena pecuniária será julgada extinta, atribuição do MM. Juízo das Execuções Criminais. Frustrado o pagamento, prossegue-se nos termos da lei processual civil pertinente, incidindo a Lei das Execuções Fiscais (nova redação do art. 51 do CP, dada pela Lei 9.268/96)" (TACRIM-SP, 11.^a C.; Ag. Exec. 1.038.255/1, São Paulo; j. 03.02.1997, m. v., Rel. Wilson Barreira).

- "A Lei 9.268/96 em nenhum momento modificou a competência do Juízo criminal para proceder à execução da sanção pecuniária. A única alteração de fundo havida diz respeito à adoção de novo rito procedimental destinado a proporcionar ao Estado-Administração, na busca da persecução criminal, uma mais célere e efetiva cobrança da pena imposta, de molde a fazer o agente cumprir a retribuição estatal. Ao considerar a multa *divida de valor*, a Lei 9.268/96, além de impossibilitar sua conversão em custódia carcerária, quis dizer que ela está sujeita a atualização monetária até o seu efetivo pagamento. O Ministério Público continua tendo atribuição para promover a execução da pena pecuniária imposta em sentença criminal, sendo competente o Juízo da Vara das Execuções Criminais" (TACRIM-SP, 11.^a C.; Ag. Exec. 1.038.717/1, São Paulo; j. 17.02.1997, v. u., Rel. Xavier de Aquino).

31.5.2 Titularidade ativa da Fazenda Pública e competência do Juízo cível especializado

- “De claríssimo conteúdo redacional, a Lei 9.268/96, ao dar nova redação ao art. 51 do CP, mesmo sem furtar à sanção pecuniária o caráter de pena, estabeleceu regime próprio para sua cobrança, idêntico àquele reservado à reclamação de pagamentos da dívida ativa da Fazenda Pública, relegando às Varas especializadas da Fazenda a competência para decidir sobre a pertinência delas e aos Procuradores respectivos aptidão para postular em juízo o pagamento devido” (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 218.817-3/4, São Paulo; j. 16.12.1996, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.).

- “Quanto à execução da pena de multa, a experiência demonstrou que, em regra, o Ministério Público e as Varas especializadas da execução penal, por falta de suporte humano, dificilmente têm condições de tornar aquela uma sanção efetiva, frustrando-se o pagamento. A Exposição de Motivos da Lei 9.268/96 consignou o objetivo de facilitar a cobrança da multa criminal, afastando-se as possibilidades de sua prescrição através de procedimento infenso às dificuldades para atingir maior eficácia desta forma de reação penal. Agora, o trânsito em julgado transubstancia a natureza da multa penal, que passa a ser dívida de valor, sendo aplicável a legislação referente à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que respeita às causas interruptivas e suspensivas da prescrição (REALE JÚNIOR, Miguel; AZEVEDO, David Teixeira de; “Projetos de Reforma do Código Penal”; Bol. IBCCrim 33/9), decorrendo também que a execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 e ss. da LEP, devendo ser promovida pela Fazenda Pública e deixando de ser atribuição do Ministério Público, passando a ter caráter extrapenal (JESUS, Damásio E. de; “Alterações do Código Penal – Lei 9.268, de 1.^o de abril de 1996”; Bol. IBCCrim 41/6). É evidente, pois, que a nova lei se tornaria letra morta se a execução não fosse atribuída a um órgão especializado nesse tipo de cobrança que, no caso, é a Fazenda Pública. Isso não alterou a natureza jurídica de sanção penal da multa, com todas as consequências daí decorrentes. Não se nega que poderão surgir dificuldades quanto à atribuição da execução da multa a órgão não

penal mas isso, que é previsível em toda alteração legislativa, não pode sacrificar a efetividade da nova lei. Observe-se, apenas, que se trata de legitimidade da Fazenda Pública Estadual e não Nacional, não sendo, portanto, inconstitucional a Lei Estadual 9.171/95 que criou o Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo, apenas especificando as diretrizes gerais da Lei Complementar Federal 79/94” (TACRIM-SP, 16.^a C.; Ag. Exec. 1.038.271/9, São Paulo; j. 16.01.1997, v. u., Rel. Mesquita de Paula; red.).

- “Com a entrada em vigor da Lei 9.268/96, a preponderância da natureza da execução da multa mostra-se mais nítida, a medida que o Ministério Público perde a sua titularidade ativa, passando a ser legitimada para promovê-la a Fazenda Pública, sendo competente o Juízo das Execuções Fiscais, observadas as regras do art. 578 e parágrafo único do CPP, como anotam os Juízes de Direito que integram o grupo de estudos do setor das execuções fiscais da Fazenda Pública (Bol. IBCCrim 47/6) e o Prof. Damásio E. de Jesus (Bol. IBCCrim 41/6), bem como o Promotor de Justiça de Rondônia Alex Nunes de Figueiredo (Bol. IBCCrim 48), o Procurador de Justiça João Bosco da Encarnação (MS 296.650/5, desta Corte) e, ainda, o e. Juiz Mesquita de Paula (Ag. Exec. 1.038.271/9, deste Tribunal)” (TACRIM-SP, 16.^a C.; Ag. Exec. 1.038.265/3, São Paulo; j. 23.01.1997, v. u., Rel. Ubiratan de Arruda; red.).

- “A execução da pena só se faz após a ocorrência do trânsito em julgado da sentença para as partes, pois é a partir daí que a decisão condenatória se torna imutável, por se converter em coisa julgada material, nascendo então a pretensão executória. De acordo com a nova lei, tão logo transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor e se lhe deve aplicar as normas da legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública. Ora, a intenção do legislador foi buscar um procedimento rápido e eficiente na execução da multa criminal, retirando-a da competência do juízo penal e transferindo a legitimidade de sua cobrança do Ministério Público para a Fazenda Pública, já que notória a inoperância do sistema vigente até então. É o que se colhe da exposição de motivos da Lei 9.268/90: *Com efeito, a execução da multa criminal deve ser revigorada através de procedi-*

*mento adequado e infenso às dificuldades que atualmente se opõem à eficácia desta forma de reação penal. A sanção pecuniária é uma das mais importantes alternativas da pena privativa de liberdade e uma das fontes de receita que deve alimentar o fundo penitenciário instituído pela Lei Complementar 79, de 07.01.94, e regulamentado pelo Dec. 1.093, de 23.03.1994. (...) Com a proposta ora apresentada, a multa readquire o seu vigor institucional e passa a figurar entre as medidas eficientes de combate à criminalidade patrimonial, principalmente a de natureza astuciosa que ofende não somente bens jurídicos particulares, como interesses coletivos relevantes como os ligados à Administração Pública (Diário do Congresso Nacional de 24.08.1995, p. 19.427). A busca dessa efetividade verte, pois, na modificação trazida pela nova lei, que determina que, na execução da pena de multa penal, se apliquem as regras de cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública. Sendo assim, transitada em julgado a sentença condenatória, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública e sua execução não mais se procederá nos termos dos arts. 164 e seguintes da LEP e sim nos moldes da Lei 6.830/80. Outrossim, é de se observar que, conforme o art. 5.º da Lei 6.830/80, A competência para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da insolvência ou do inventário. Em consequência, claro está que, palco próprio para a execução da pena de multa não mais é o juízo penal, mas sim o da Fazenda Pública, bem como que a legitimidade da cobrança da multa não mais está afeta ao Ministério Público Estadual e sim aos Procuradores da Fazenda Pública, pois a estes últimos incumbe promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa. Esse, aliás, é o entendimento do Prof. Damásio E. de Jesus ao comentar as novas alterações, expressando que *Nos termos da lei nova, transitada em julgado a sentença condenatória, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública. A execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 e ss. da LEP. Devendo ser promovida pela Fazenda Pública, deixa de ser atribuição do Ministério Público, passando a ter caráter extrapenal* (Bol. IBCCrim 41/6). Há de ser reconhecida, portanto, a incompetência absoluta da Vara das Exe-*

cuções Criminais para a execução da pena de multa. Por derradeiro, não cabe discutir se o juízo competente para a execução da pena de multa é o da Fazenda Pública Nacional porque seria inconstitucional a Lei Estadual 9.171/95 que criou o Fundo Penitenciário de São Paulo: cabe lembrar que a e. Corregedoria Geral de Justiça deste Estado consolidou entendimento de que a pena de multa criminal imposta pelo Poder Judiciário paulista deve ser recolhida em favor do referido Fundo, com a ressalva da disciplina diversa prevista em lei federal especial como, por exemplo, na Lei 6.368/76 (parecer do MM. Juiz Adilson de Araújo no Prot. CG 17.743/95, aprovado em 06.03.96 pelo Corregedor Geral da Justiça Dr. Márcio Martins Bonilha, conf. publicação no DOJ de 13.03.1996, p. 46/47)" (TACRIM-SP, 4.ª C.; Ag. 1.039.267/1, São Paulo; j. 04.02.1997, v. u., Rel. Devienne Ferraz; red.).

- "A cobrança judicial da respectiva dívida ativa, por força do disposto na Lei 9.268/96 e na Lei 6.380/86, se faz através da Procuradoria Fiscal do Estado, em juízo outro que não o criminal, e não pelo Ministério Público, pouco importando que se trate de crédito oriundo de multa imposta em decisão condenatória proferida em ação penal, em cuja esfera foi apurado o respectivo montante. A uma porque a sua execução judicial, por força da Lei 9.268/96, passou a ser de interesse patrimonial exclusivo da Fazenda, destinado que está ao Fundo Penitenciário, donde não se poder reputar a causa como de interesse público. E a duas porque, tal como no débito declarado pelo próprio contribuinte, onde embora imprescindível a inscrição da dívida para o ajuizamento da execução, efetua-se o lançamento por homologação (CTN, art. 150), sendo desnecessário o procedimento administrativo do art. 2.º, § 3.º, da Lei 6.830/80. A par disso, o art. 5.º da Lei 6.830/80 dispõe que a competência para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o falimentar, o de maior força atrativa e, a partir de agora, o penal, exsurgindo desnecessária a repetição, no texto da Lei 9.268/96, do dispositivo em apreço, por ela reportado, como é óbvio, ao determinar a transmutação da multa penal não paga em dívida ativa fazendária. E se o condenado, ao interpor ação de embargos à execução fiscal, agitar matéria relativa à prescrição, quer da

pretensão punitiva, quer da pretensão executória, não há óbice a que o juiz, por se tratar de questão prejudicial, suspenda o curso do processo (CPC, art. 265, IV, *a*) para que o juiz criminal, cientificado da arguição, que é de ordem pública e que pode, por isso, ser decidida a todo tempo, *ex officio* e em qualquer grau de jurisdição (CPP, art. 61), lance pronunciamento a respeito. De tal arte resultando manifesta, como posto em relevo na judiciosa contraminuta da Dra. Franciane de Fátima Marques, i. Procuradora do Estado, a incompatibilidade das disposições em apreço com as dos arts. 164 e seguintes da LEP que, por isso, restaram derogadas" (TACRIM-SP, 7.^a C.; Ag. Exec. 1.038.259/8, São Paulo; j. 20.02.1997, m. v., Rel. designado Nogueira Filho; red.).

- "Inegável que a Lei 9.286/96 trouxe modificações a respeito da cobrança da pena de multa, passando a considerá-la como dívida de valor, revogando o disposto no art. 51 do CP que determinava a possibilidade de sua conversão em pena de detenção. Com essa alteração do art. 51 do CP, perdeu sentido a existência dos seus parágrafos e não há mais razão para o disposto no art. 182 da LEP. Embora a multa continue como sanção de caráter de pena, na fase da execução, para a sua cobrança, passa a ser considerada como dívida de valor, correspondente a débito pecuniário que deve ser cobrado na forma da Lei 6.830/80, com a execução ficando relegada às Varas especializadas das Execuções Fiscais" (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 219.036.3/7-00, São Paulo; j. 13.03.1997, v. u., Rel. Gentil Leite; red.).

- "O texto da Lei 9.268/96 é mais do que claro ao determinar que à pena de multa se aplique a legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Afigura-se evidente que o legislador, pela Lei 9.268/96, visou imprimir maior eficácia à cobrança da pena pecuniária e, ao mesmo tempo, acabar com a possibilidade de sua conversão em prisão, almejando a efetiva arrecadação dos respectivos valores, destinados ao Fundo Penitenciário (CP, art. 49). A prova mais eloquente da vontade do legislador está na Exposição de Motivos da nova lei, na qual o expositor realça que a finalidade da reforma visa facilitar a cobrança da multa criminal,

afastando os obstáculos que, presentemente, têm conduzido à prescrição de tal modalidade de sanção. Expressa ênfase é dada à maior eficácia que a nova lei trará à questionada forma de reação penal, além de que a sanção pecuniária é uma das mais importantes alternativas da pena privativa de liberdade e uma das fontes de receita que deve alimentar o Fundo Penitenciário. Forçoso reconhecer que a Fazenda Pública, atuando por seus Procuradores junto a um Juízo especializado e equipado para a execução fiscal, é quem melhor responde ao objetivo da nova lei e, efetivamente, quem melhor pode arrecadar os valores impostos nas sentenças penais condenatórias, não obstante, contudo, o pleno conhecimento que se tem da enorme demora que ocorre nas Varas da Fazenda Pública, em decorrência da sobrecarga de processos. Não se vislumbra, porém, maiores transtornos nesse procedimento, já que o Juízo criminal poderá intimar o sentenciado a comprovar o pagamento da multa, mesmo porque o não pagamento trará sérias consequências ao sentenciado, como, por exemplo, se houver pedido de revogação de *sursis*, de regressão do regime aberto, além de outras possíveis implicações no que pertine à suspensão do processo pela Lei 9.099/95" (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 220.599-3/8, São Paulo; j. 17.03.1997, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; red.).

- "O texto da Lei 9.268/96, de redação clara e objetiva, não deixa dúvida de que, atualmente, a multa deve ser executada nos moldes da Lei de Execução Fiscal, que é a aplicável à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, de natureza tributária ou, como no presente caso, não tributária (CTN, art. 3.º; Lei 6.830/80, art. 2.º). Na Comarca da capital, segundo as normas estaduais de organização judiciária, compete à Vara das Execuções Fiscais a execução da dívida ativa, tributária ou não, da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei 4.289/80). Como bem ressaltado pelo magistrado José Ernesto de Souza Bittencourt Rodrigues (Proc. 308.443 da Vara das Execuções Criminais de São Paulo), *é o Juízo da Vara das Execuções Criminais totalmente incompetente para, doravante, executar as penas de multa oriundas de processos criminais e, muito mais, para intimar o sentenciado a espontaneamente pagá-la, concluindo que a intimação para pagamento inicia processo de liquidação e, não sendo este Juízo competente*

para executar a multa, muito menos será para liquidá-la. Diante disso, chega-se à conclusão de que o Ministério Público já não dispõe de legitimidade para executar a pena de multa. Como fiscal da lei, deve requerer, no Juízo da condenação ou no de execução, a expedição de certidão a ser encaminhada à Fazenda Pública competente para a propositura da respectiva ação de execução" (TACRIM-SP, 10.^a C.; Ag. Exec. 1.052.627/4, São Paulo; j. 02.04.1997, v. u., Rel. Vico Mañas; red.).

31.6 Prescrição da pretensão executória no curso do período de prova (após a Lei 9.268/96)

Nota: para aqueles que entendem que, no sistema instaurado pela Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, o *sursis* passou a ser forma de cumprimento de pena, então é consequência inequívoca que no curso do respectivo período de prova não corre a prescrição da pena de multa quando esta for cumulativamente aplicada (Cód. Penal, art. 117, V). Para os demais, contudo, impõe-se o entendimento diverso, para o qual aliás contam com bons argumentos: se a execução pode ser ajuizada mesmo no curso do período de prova, consequência lógica é sua prescritibilidade desde então (como, aliás, apontava a redação do art. 81, inc. II do Código Penal que, para nós, foi tacitamente reformada pela Lei 9.268/96).

31.6.1 Admissibilidade

• "A prescrição da pretensão executória, quer se trate de pena privativa de liberdade, quer de pena de multa, ou ainda das duas em conjunto, tem início no dia em que transita em julgado a sentença condenatória (CP, art. 112, I). No tocante à pena pecuniária, deve ela ser paga dentro de 10 dias, depois do trânsito em julgado (art. 50), não ensejando a suspensão da respectiva execução a suspensão condicional da pena privativa de liberdade aplicada cumulativamente, tanto que o não pagamento da multa é causa de revogação obrigatória do *sursis* que, a propósito, é tão-somente a suspensão da pena de prisão, não interferindo no prazo prescricional da pena pecuniária" (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 181.347-3/6, São Paulo; j. 22.05.1995, v. u., Rel. Cyro Bonilha; red.).

31.6.2 Inadmissibilidade

• "Fica prejudicado o recurso referente à pena de multa, em face da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória quando já transcorrido o biênio que se seguiu à data do término do período de prova do *sursis*" (TACRIM-SP, 1.^a C.; Ag. Exec. 616.943/1, São Paulo; j. 13.12.1990, v. u., Rel. Alberto Marino; red.).

31.7 "Habeas corpus"

Nota: torrencial posicionamento jurisprudencial, ao qual também nos filiamos, entende que o *habeas corpus* em princípio não é meio idôneo para tratar de questões relativas à pena de multa, já que não fulmina ela o *status libertatis* do condenado: se assim já era anteriormente, agora com melhores argumentos continua a ser à luz das modificações introduzidas pela Lei 9.268/96. De qualquer modo, poderá todavia o *habeas corpus* ser empregado quando se tratar de lesão ou ameaça ao direito de liberdade de locomoção física em razão da multa: recorde-se que continua acesa a polêmica sobre a subsistência, por exemplo, dos arts. 81, II do Código Penal e 118, parágrafo primeiro da LEP.

31.7.1 Meio idôneo

• "Penal – Processual penal – 'Habeas corpus' – Pena de multa: cabimento de 'habeas corpus'. Cabimento de *habeas corpus* para impugnar pena de multa, porque, de forma indireta, poderá ser atingida a liberdade de locomoção: a possibilidade de transformação da pena de multa em detenção (Cód. Penal, art. 51)" (STF, 2.^a T.; HC 73.216-0, Rio de Janeiro; j. 13.02.1996, v. u., Rel. Carlos Velloso; extraído de DJU 29.03.1996, p. 9.346).

31.7.2 Meio inidôneo

• "A utilização do remédio constitucional do *habeas corpus* só terá pertinência quando o paciente sofrer, ou estiver na real iminência de sofrer, injusto constrangimento em sua liberdade de locomoção física. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem proclamado que não se revela suscetível de conhecimento a ação de *habeas corpus* quando, imposta

exclusivamente a pena de multa ao condenado, não houver risco efetivo e concreto de conversão da sanção pecuniária em pena privativa da liberdade" (STF, 1.^a T.; HC 69.380-6; j. 30.03.1993, v. u., Rel. Celso de Mello; DJU 08.04.1994, p. 7.221; Bol. IBCCrim 16, maio 1994, p. 51).

• **"DESPACHO:** O advogado J. M. impetra *habeas-corpus*, em favor de F.S.G.F., contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em que foi confirmada a condenação do paciente à pena de dez dias-multa, pela prática de crime de injúria (art. 140 do CP). Sustenta nulidade processual relacionada à falta de ato formal de recebimento da queixa-crime, que teria sido, por isso, processada sem a fundamentação necessária e toda decisão judicial, impedindo o paciente até mesmo de interpor o recurso apropriado, face à instauração da ação penal. O *habeas-corpus* não merece trânsito, já que a coação alegada como presente não atua sobre a liberdade de locomoção do paciente, tendo em vista que a pena aplicada foi apenas a de multa, sem a menor indicação da possibilidade de sua conversão, por aplicação do art. 51 do Código Penal, em restrição corporal. A jurisprudência desta Corte, com efeito, tem anotado reiteradamente que o *habeas-corpus*, em sua feição constitucional, é instrumento de tutela exclusiva à liberdade de locomoção (RHCC 68.619, Moreira Alves, 70.018, Sepúlveda Pertence, e 70.328, Celso de Mello), não comprometida, como necessário, na hipótese dos autos. Ante o exposto, com fundamento no art. 21, § 1.^o, do RI/STF e no art. 38 da Lei 8.038/90, nego seguimento ao *writ*, prejudicado o exame da medida liminar. Publique-se. Brasília, 22 de agosto de 1994. Ministro Ilmar Galvão" (STF; HC 71.812-4; DJU 30.08.1994, p. 22.366; Bol. IBCCrim 24, dez. 1994, p. 79).

• "Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que não é cabível o *habeas-corpus* quando a pena imposta é exclusivamente a de multa, não havendo risco efetivo e concreto de conversão da sanção pecuniária em pena privativa de liberdade. Assim, a título meramente exemplificativo, o julgado no *habeas-corpus* 69.380, 70.406, 68.619, 66.937 (todos desta 1.^a Turma) e 70.910 (2.^a Turma, invocado no parecer da Procuradoria-Geral da República). *Habeas-corpus* não co-

nhecido, cassada, em consequência, a liminar deferida" (STF, 1.^a T.; HC 71.729-2; j. 18.10.1994, v. u., Rel. Moreira Alves; DJU 16.12.1994, p. 34.888; Bol. IBCCrim 26, fev. 1995, p. 87).

• **"Habeas corpus - Pena de multa - Inexistência de ameaça à liberdade de ir e vir - Não conhecimento - Precedentes.** O pressuposto do *habeas corpus* é o risco ou a atualidade de uma coação sobre a liberdade ambulatoria da pessoa, sobre sua liberdade física (artigo 5.^o, LXVIII da CF). Não se conhece do pedido se não há sequer ameaça de ilegítimo cerceamento a tal liberdade. Precedentes do STF" (STF, 2.^a T.; HC 72.043-9, São Paulo; j. 21.03.1995, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU de 08.09.1995, p. 28.356; Bol. IBCCrim 35, nov. 1995, p. 115).

• **"DESPACHO:** Esta casa, com base na dicção constitucional do art. 5.^o-LXVIII, tem afirmado, de forma reiterada, que o *habeas corpus* é uma via de proteção à liberdade do ser humano, a funcionar dentro do processo penal e também fora dele - quando à margem do processo regular esteja alguém sofrendo ou ameaçado de sofrer constrangimento sobre sua liberdade. Dos precedentes do Supremo, transcrevo ementa do HC 70.910, sob minha relatoria: '*Habeas corpus*'. *Pena de multa. Inexistência de ameaça à liberdade de ir e vir. Não-conhecimento. Precedentes. O pressuposto do 'habeas corpus' é o risco ou a atualidade de uma coação sobre a liberdade ambulatoria da pessoa, sobre sua liberdade física (art. 5.^o, LXVIII da CF). Não se conhece do pedido se não há sequer ameaça de ilegítimo cerceamento a tal liberdade. Precedentes do S. T. F. 'Habeas corpus' não conhecido.* Assim, não demonstrado o risco ou a atualidade de uma eventual coação sobre a liberdade ambulatoria do paciente, determino o arquivamento do feito, prejudicado o exame da medida liminar. Brasília, 09 de abril de 1996. Ministro Francisco Rezek, Relator" (STF; HC 73.856-7, São Paulo; DJU 15.04.1996, p. 11.465).

31.8 Extinção por detração analógica

Nota: além do pagamento (inclusive eventualmente na forma do art. 336 do CPP) e da prescrição, conhece o Direito outra forma de extinção da multa, qual seja a detração penal.

Embora essa hipótese não tenha previsão legal literal, é certo que vem sendo ela reiteradamente admitida na jurisprudência por invocação analógica do artigo 42 do Cód. Penal, reservando-se àqueles casos onde, por qualquer motivo, houve excesso no cumprimento da pena privativa de liberdade cumulativamente exequenda (ainda que aplicada por outro fato, em outro processo), deduzindo-se então tantos dias-multa quantos foram os dias excessivos da privação de liberdade.

Dizem porém alguns: para tanto far-se-ia previamente a conversão da multa em privação de liberdade e, como tal hoje é impensável à vista da nova redação do art. 51 do Cód. Penal trazida pela Lei 9.268/96, então igualmente não mais é possível o pagamento por detração. A afirmativa, todavia, não prospera, basicamente por duas razões (ainda que a primeira delas venha a desaparecer com o tempo): a) fosse correto o raciocínio, nesse particular o direito anterior teria ultra-atividade quanto a multas decorrentes de infrações anteriores a 01.04.1996; b) de toda sorte, não se trata – como nunca realmente se tratou – de conversão precedente da multa em privação de liberdade (mesmo porque já então, antes da Lei 9.268/96, essa conversão comportava pressupostos dificilmente verificáveis), tratando-se antes de aplicação analógica pura e simples de um instituto específico a situações nele não imediatamente previstas, o que se faz – porque assim admitido pelo sistema – em benefício do agente do delito.

Portanto, assim como antes, continua sendo absolutamente possível a extinção da multa sob a invocação propriamente analógica do art. 42 do Código Penal, independentemente da data do fato delituoso.

31.8.1 Admissibilidade

• “(...) a ilustre Promotora de Justiça Dra. Lúcia Maria Casali de Oliveira requereu a conversão da pena de multa em pena detentiva e sua imediata detração. (...) Seria, em verdade, sumamente injusto que não se compensasse, de alguma forma e dentro dos limites legais o sentenciado que ficou 54 dias preso e ao final foi condenado a sanção só pecuniária. Partindo-se desta premissa – e certamente foi dessa premissa que a d. Promotora partiu – busca-se no ordenamento jurídico vigente a sustentação devida. É conhecido o debate doutrinário e

jurisprudencial a propósito da viabilidade ou não da detração penal em sede de multa. Damásio de Jesus, pesquisador de grande fôlego, destaca em seu *Código Penal Anotado*, 1993, p. 131, as correntes que se digladiam. Fica-se, *data venia*, com o entendimento consagrado na ementa inserta na RJDTACrim de S. Paulo, Rel. Walter Swensson: *É admissível a aplicação analógica do art. 42 do CP à pena de multa, baseado no instituto da detração*. Trata-se, como logo se observa, de analogia *in bonam partem*, que não sofre restrição no Direito Penal. Seria absurdo que o sentenciado se insurgisse contra a substituição da pena – que deveria aproveitá-lo – para só assim beneficiar-se da detração. Há, então, que se recorrer a solução criativa e interpretação mais consentânea, não com o estrito formalismo legal mas com o ideal de Justiça. Especialmente em sede de execução, onde, como é notório, avolumam-se os expedientes burocráticos. Se pode, enfim, o sentenciado beneficiar-se com a detração, na sanção mais grave, haverá, com redobrada razão, que se beneficiar na sanção mais leve e, ainda mais, substitutiva da primeira. E desde logo, não havendo porque deixar-se para adiante solução simples, razoável e justa de que se pode imediatamente dispor, permite-se a detração, consoante permissivo do art. 42 do Código Penal” (TACRIM-SP, 11.^a C.; Ag. Exec. 836.875/2; j. 13.12.1993, v. u., Rel. Eduardo Pereira; Bol. IBCCrim 28, abril 1995, p. 95).

31.8.2 Inadmissibilidade

• “Descabe a extinção da pena de multa por aplicação analógica da detração penal, sob o fundamento de que, na hipótese do não pagamento da multa converter-se-ia ela em detenção, sendo então aplicável o art. 42 do CP, raciocínio este que na realidade implica a intolerável frustração da imposição e da execução da pena pecuniária. A decisão condenatória impõe a sanção justa e tida como necessária para o delito, sendo essa a pena que deve ser executada e não outra. Ademais, a LEP estabeleceu um complexo procedimento para a execução da pena de multa que, se outorga garantias de defesa ao sentenciado, por outro lado possibilita à Justiça Pública a integral execução da pena, inclusive com penhora de bens ou desconto de salários ou vencimentos, situações em que não se cogita da conversão mas, sim,

de satisfação da pena imposta. Daí ser prematuro a detração e a extinção da pena de multa, medidas que frustram sua execução e a imposição da pena sancionadora, cuja espécie e quantidade foram afirmadas como necessárias para a reprovação do delito” (TACRIM-SP, 10.^a C.; Ag. Exec. 573.287/6, São Paulo; j. 23.08.1989, m. v., Rel. Costa Porto; tj 19.02.1990; red.; 1.^a inst. 279.051). A seguir, transcreve-se trecho do voto vencido do Juiz Souza Rego: “Em tais condições, o emprego da analogia é perfeitamente razoável. A identidade de razões, que tanto se reclama, consiste nisso: o período de custódia provisória deve ser tido como uma antecipação do cumprimento da pena que afinal venha a ser imposta. Se isso vale até para a pena mais grave, por que não há de valer para a multa? Se o legislador reconhece que o agravado já teria pago sua dívida para com a sociedade mesmo que tivesse sido condenado a 31 dias de prisão simples, detenção ou reclusão – que sentido tem exigir dele que pague 4 dias-multa? A hipótese foi analisada, como lembra a r. sentença, pelo Colendo Terceiro Grupo de Câmaras deste Egrégio Tribunal, no julgamento da Revisão 161.890/8, de que foi relator o eminente Walter Swensson. E o que ali ficou consignado é irresponsável: *Tendo ficado preso por tempo superior àquele que decorreria da conversão da multa que lhe foi imposta em detenção, não pode (o peticionário) continuar sujeito à execução ou ao cumprimento de tal pena de multa. E nem seria o caso de obrigá-lo a aguardar decisão judicial determinando a conversão da multa em detenção para aí, então, dar-se por extinta tal pena, pela detração* (Julgados, Ed. Lex, 94/557). Não se trata, bem se vê, de converter a multa em detenção – e por isso não colhe a alegação de que tal não pode ser feito sem que se cogite da solvência do sentenciado, e da frustração da execução. Muito menos – argumento, *data venia, ad terrorem*, de que se trataria de analogia *in malam partem*. Trata-se de reconhecer que a dívida do sentenciado para com a sociedade está paga, de modo que já não cabe nenhuma execução”.

31.9 Extinção em face do valor irrisório (inexequibilidade): admissibilidade

Nota: eventualmente, o valor apurado da multa é tão irrisório que sequer há viabilidade

prática em sua cobrança, caso em que a razão determina desde logo sua extinção para que a comunidade não seja obrigada a arcar com os custos operacionais de uma execução de antemão fadada ao fracasso.

• “Aplicada a multa em fevereiro de 1984, e em razão dos sucessivos planos econômicos que se seguiram a partir dessa data, o valor da multa corresponderia a quantia irrisória, sendo mais oneroso para o Estado, portanto, o processamento do presente recurso, sem alguma finalidade prática, do que o valor da multa que não se concebe possa vir a ser executada. Assim, também por essa razão é de se dizer prejudicado o recurso, por ser a multa inexequível” (TACRIM-SP, 1.^a C.; Ag. Exec. 616.943/1, São Paulo; j. 13.12.1990, v. u., Rel. Alberto Marino; red.).

32. Medidas de Segurança

32.1 Prazo máximo: pena concreta aplicável ao caso

Nota: há uma nítida tendência na doutrina, com oportunos reflexos também na jurisprudência, de submeter as medidas de segurança aos princípios constitucionais do Direito Penal, do que decorrem importantes consequências, notadamente no que se refere à vedação de sua perpetuidade, havendo mesmo quem sustente que se trata de condenação em sentido amplo. Surgem assim incontornáveis questionamentos a respeito de qual o prazo máximo pelo que se admite a aplicação de uma medida de segurança, sobretudo aquelas consistentes em internação que implicam sério cerceamento à liberdade física do paciente/condenado. Sobre esse ponto, pode-se vislumbrar diversas soluções: a) a medida não poderia ser aplicada por tempo superior à pena concretizada ou concretizável a partir da decisão condenatória; b) a medida não poderia ser superior à pena mínima prevista abstratamente para a infração penal; c) a medida não poderia ser superior à pena máxima prevista abstratamente para a infração penal; d) a medida não poderia ser superior ao prazo prescricional previsto para a infração penal cometida (cabendo aqui variações: prazos abstratos mínimo e máximo; prazo concretizados ou concretizáveis a partir da decisão condenatória). Realmente, ainda não se pode vislum-

brar dentre todas essas possibilidades qualquer resposta irrefutável, já que cada uma dessas posições teria, ao menos em princípio, argumentos favoráveis e também adversos, instaurando-se assim sérias dificuldades para os aplicadores da lei penal que, nesse particular, é taxativa ao dispor que não há prazo de duração abstrato para a vigência da medida de segurança que, em concreto, deve perdurar enquanto não cessada a periculosidade em sua acepção naturalista. De qualquer forma, os operadores da execução penal percebem, em casos não raros, situações esdrúxulas onde a própria medida ultrapassa em muito o que seria admissível caso o agente fosse plenamente imputável: o que fazer então é uma questão que a todos atormenta. Mais uma vez necessário, portanto, delimitar a inspiração geral do sistema com que nos defrontamos, pois a partir dessas respostas primordiais é que se poderá chegar a uma definição para a problemática que está sendo suscitada: quando vislumbramos na medida de segurança apenas um instituto de proteção à sociedade contra o portador de periculosidade de cunho natural (e a literatura, particularmente a estrangeira, é rica em pormenorizar essa possibilidade), então seria decorrência óbvia que as medidas não podem ter um prazo máximo abstratamente fixado; quando, todavia, vislumbramos as medidas de segurança como institutos propriamente penais, ou seja, afetados pelos compromissos próprios do Direito Penal e por seus avanços teóricos mais recentes, então será inevitável estabelecer não apenas a necessidade de um limite como, ainda, os critérios técnicos para sua construção.

- “Réu semi-imputável – Substituição da pena detentiva por medida de segurança – Tratamento ambulatorial a ser feito pelo prazo máximo da pena substituída apesar do disposto no art. 98 do CP. Pelos princípios da legalidade e da igualdade aos quais também se sujeitam as medidas de segurança, substituída a pena por medida de segurança, esta durará no máximo o tempo da condenação, não indeterminadamente como estabelece (injusta e inconstitucionalmente) nosso Código Penal (cf. Luiz Flávio Gomes, *Duração das Medidas de Segurança*, em RT 663/257, citando expressiva doutrina de Muñoz Conde a respeito das garantias constitucionais limitativas)” (TACRIM-SP, 16.^a C.; Ap. 809.885/2; j. 21.07.95, v. u., Rel. Dyrceu Cintra; Bol. IBCCrim 43/148).

32.2 *Recolhimento indevido em estabelecimento prisional: inadmissibilidade e soluções*

Nota: o recolhimento do paciente/condenado à medida de segurança consistente em internação deve ser efetuado em estabelecimento de caráter médico-psiquiátrico e, nunca, em simples estabelecimentos prisionais. Uma vez efetuada a captura ou declarada a aplicação de medida de segurança com o devido trânsito em julgado, o Juízo deve determinar a urgente transferência do paciente/condenado para estabelecimento daquela natureza, preferencialmente fixando um prazo mínimo razoável para que a Administração pública efetue a inclusão.

- “Não pode a pena ser cumprida em local diverso do previsto em lei. O art. 682 do CPP tem espírito protetor, e não disciplinador” (TACRIM-SP, 5.^a C.; HC 134.416-0, São Paulo; j. 29.08.1984, v. u., Rel. Edmeu Carmesini; RT 592/332).

- “Fica prejudicada a impetração de *habeas corpus* quando o paciente, absolvido por inimizabilidade e suportando a aplicação de medida de segurança de internação, encontrava-se recolhido indevidamente em Cadeia Pública mas, de acordo com as informações da Autoridade apontada como coatora, foi recentemente transferido para casa de custódia e tratamento psiquiátrico” (TJSP, 5.^a C. Crim.; HC 169.103-3/5, Itapeva; j. 03.11.1994, v. u., Rel. Poças Leitão; red.).

32.3 *Prescrição da pretensão executória: inadmissibilidade*

Nota: outro tema por vezes repetido na jurisprudência diz respeito à prescrição da pretensão executória das medidas de segurança, cabendo aqui duas posições opostas entre si: a) para uns, a regra do artigo 96, parágrafo único do Cód. Penal diz respeito tão-somente à prescrição da pretensão punitiva e outras causas extintivas diversas; b) para outros, trata-se de norma ampla que diz respeito a qualquer causa extintiva, seja da pretensão punitiva, seja da pretensão executória. Quer nos parecer ser mais literal essa segunda posição, haja vista que o legislador não excepcionou quanto qualquer dessas duas hipóteses e, ademais, não nos

parece razoável que os pacientes/condenados a medidas de segurança, exatamente porque inimputáveis, desmereçam os institutos que assistem, para favorecê-los, os condenados plenamente imputáveis que, de resto, carregam consigo sua específica *culpabilidade*.

- “Não pode o Juízo da execução, sem certificar-se daquilo que na sentença condenatória constara – livramento da dependência toxicológica – extinguir medida de segurança curativa, que não é pena, a pretexto do decurso do prazo da prescrição, calculado pelo máximo da pena cominada ao delito que lhe deu origem. Bem a talho precedente desta mesma C. Câmara, em v. Acórdão relatado pelo insigne Des. Ary Belfort: *Prescrição – Medida de segurança – Inadmissibilidade. Imprescritibilidade, eis que a internação e/ou tratamento, dá-se por tempo indeterminado, perdurando enquanto não definida por perícia a cessação da periculosidade. Impossibilidade do Juízo da Execução encampar para si atribuição exclusiva do Juízo de Conhecimento, fixando pena onde a lei isenta, buscando fonte para decretar a prescrição. Recurso provido para cassar a decisão agravada* (Ag. 94.207-3, São Paulo, julgado em 18 de março de 1991)” (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ag. 105.430-3/9, São Paulo; j. 06.04.1992, v. u., Rel. Di Rissio Barbosa; red.).

32.4 Incidência de cessação de periculosidade na internação: procedimento

Nota: o procedimento de desinternação (medida consistente em internação) ou de liberação (medida consistente em tratamento ambulatorial) é aquele previsto nos parágrafos do art. 97 do Cód. Penal e nos arts. 175 a 179 da LEP.

- “Tratando-se de condenado sujeito a medida de segurança, presumivelmente perigoso, sua desinternação somente ocorrerá quando averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade, nos termos do art. 97, §§ 1.^o e 3.^o, do CP” (TJSP, 6.^a C.; HC 35.838-3, Capital; j. 18.03.1985, v. u., Rel. Hélio Arruda; RT 596/334).

32.5 Cessação de periculosidade e encaminhamento a estabelecimento hospitalar comum: admissibilidade

Nota: há casos em que os médicos confirmam ao Juízo da execução que o paciente/condenado, embora continue sendo portador de anomalia médica, todavia já não apresenta periculosidade em sua acepção técnica que justifique sua permanência sob o regime da medida de segurança: nesses casos, deve o Juízo da execução determinar a desinternação condicional do paciente/condenado, com seu encaminhamento, em caráter meramente assistencial, a estabelecimento hospitalar comum, onde a respectiva alta ficará a critério exclusivamente médico.

- “Apesar da retórica que a envolve, a medida de segurança traz certa carga retributiva, pois o legislador entendeu que a sociedade ainda não tem condições de aceitar a simples internação do doente mental agente de crime sem que seja em estabelecimento especializado. No entanto, cientificamente nada distingue o doente mental comum daquele que cometeu uma infração penal, exceto essa própria circunstância, já que ambos exigem tratamento e são inimputáveis. Com a classificação de que a periculosidade do paciente se nivela a de um doente mental comum, afirmam os peritos que o interno não mais necessita permanecer sob custódia, pois seu grau de temibilidade ou de periculosidade social iguala-se a de um doente mental comum, estando porém ainda inabilitado para o retorno à liberdade, indicando-se o encaminhamento para um nosocômio ordinário. Como assinala a doutrina, nessas situações tem o Estado o dever de propiciar a cura sem a desnecessária carga afliitiva, devendo dar-se a desinternação condicional com a continuação do tratamento em outro estabelecimento especializado” (TACRIM-SP, 1.^a C.; Ag. Exec. 897.409/3, São Paulo; j. 03.08.1995, v. u., Rel. Di Rissio Barbosa; red.; 1.^a inst. 253.372).

32.6 Conversão de pena privativa de liberdade em medida de segurança na superveniência de doença ou perturbação mental (LEP, art. 183)

Nota: tema muito pouco explorado é aquele trazido pelo art. 183 da LEP, havendo profun-

das dúvidas a respeito de qual a amplitude dessa *conversão* da pena privativa de liberdade em medida de segurança. Para alguns, trata-se de conversão absoluta que se opera para todos os fins, com a pena perdendo sua natureza original e passando a ser aplicada como se fosse medida de segurança de internação e, com isso: a) não devendo o paciente/condenado ser liberado caso atinja o tempo de cumprimento de privação de liberdade que lhe foi fixado por decisão condenatória transitada em julgado; b) podendo ser liberado antes daquele prazo original caso não apresente mais qualquer periculosidade natural; c) o paciente/condenado não poderia ser socorrido com limite máximo de restrição previsto no art. 75 do Cód. Penal. Para outros, embora tenha havido a conversão, seriam cabíveis apenas um ou no máximo dois dos efeitos acima. Para uma terceira posição, à qual aliás nos filiamos, a conversão do art. 183 da LEP deve ser operada no ambiente mais limitado do art. 108 da mesma lei: ou seja, trata-se de mera adequação do título do ingresso do condenado em estabelecimento de caráter médico-psiquiátrico, título este cuja rigidez emana do art. 172 da LEP, de forma que ali não se possa abrigar pessoas que não estejam, do ponto de vista jurisdicional, classificadas como portadoras efetivas de enfermidade mental. Todavia, entendemos que não se trata propriamente de conversão definitiva da pena na medida de segurança prevista na parte geral do Código Penal, mas simplesmente de conversão provisória do título (na acepção da qualidade) do recolhimento, de forma que: a) a restrição da liberdade prossegue com todas as suas qualidades jurídicas originais, inclusive para fins de limitação temporal; b) uma vez constatada a cura e a inexistência de perigo no retorno ao estabelecimento prisional, restabelece-se inteiramente o título original (pena em sentido estrito) e o condenado deve então retornar ao presídio, com a execução como um todo retomando seu curso no ponto em que se encontrava, com o tempo de recolhimento no estabelecimento médico-psiquiátrico sendo computado como de efetivo cumprimento da pena.

32.6.1 Procedimento

- “I – Se após a condenação o réu é interditado, por força de sentença que se processou no Juízo Cível, impõe-se, na forma do

art. 41, do Código Penal, a internação do paciente em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou estabelecimento adequado, e não o seu recolhimento à prisão comum. II – *Habeas corpus* conhecido com esta única finalidade” (STJ, 6.^a T.; HC 2.531-8; j. 24.06.1994, v. u., Rel. Pedro Aciole; DJU 29.08.1994, p. 22.216; Bol. IBCCrim 22, out. 1994, p. 70).

32.6.2 Inadmissibilidade

- “A medida de segurança substitutiva do art. 183 da LEP não guarda correspondência com a medida de segurança propriamente dita prevista nos arts. 97 e 98 do CP, não tendo aquela qualquer relação com a prática criminosa ou com a periculosidade do inimputável, não havendo como retroagir seus efeitos de modo a alterar o que ficou decidido e transitou em julgado. Assim, a medida de segurança substitutiva não pode ir além dos limites temporais da pena, devendo o preso ser liberado após o término desta. Caso persista a necessidade de tratamento sem a devolução do condenado à liberdade, deve ele ser encaminhado ao Juízo cível competente, nos termos do art. 682 do CPP, o qual não subsiste apenas quanto à aplicação simultânea da pena e da medida de segurança” (TACRIM-SP, 4.^a C.; HC 270.898/0, São Paulo; j. 07.03.1995, v. u., Rel. Ericson Maranhão; red.; 1.^a inst. 264.105).

32.6.3 Limites específicos

- “Afeita ao sistema vicariante de 1984, a medida de segurança detentiva aplicável nos termos do art. 183 da LEP não pode ter duração superior ao tempo restante da pena, sem prejuízo de que, afinal, recomende-se a providência prevista no art. 682, § 2.^o, CPP” (STJ, 5.^a T.; RHC 2.445-1, São Paulo; j. 10.02.1993, v. u., Rel. José Dantas; DJU 31.05.1993, p. 10.678; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 1, n.^o 3, jul.-set. 1993; p. 257).

32.7 “Habeas corpus”: hipótese de inadmissibilidade

Nota: em princípio, é cabível o *habeas corpus* para o enfrentamento de constrangimentos ilegais

que estejam sendo praticados a título de medida de segurança, observando-se embora que a ação não comporte maiores discussões de mérito que demandem provas periciais.

• “*Penal – Habeas corpus – Prisão – Absolvição – Medida de segurança*. Não comprovada, por meio adequado, a desnecessidade da manutenção do cumprimento da medida de segurança, a pretensão desmerece acolhida. *Habeas corpus* indeferido” (STJ, 6.^a T.; HC 4.111, São Paulo; j. 12.02.1996, v. u., Rel. William Patterson; DJU 15.04.1996, p. 11.552).

33. Indulto e Comutação Coletivos

33.1 Natureza do indulto coletivo

Nota: o direito de graça (em sentido amplo) é um dos institutos mais antigos do direito penal, havendo diversas referências a ele na história dos povos e mesmo, na tradição bíblica: no gênesis encontramos desde logo um exemplo do direito de graça, pois Adão e Eva cometeram delito apenado com a morte (Gn 2, 17), todavia acabaram condenados com o desterro (Gn 3, 16-24); assim também Barrabás conheceu sua libertação a título de um indulto comemorativo (Mt 27, 15-26). Todavia, pese sua longa tradição, poucos institutos do direito penal são assim tão incompreendidos pelos operadores do direito de execução penal e poucos, ademais, são alvo de tantas polêmicas como o direito de graça que, sabidamente, compreende subdivisões, de forma que o direito de graça em sentido amplo compreende: a) o direito de graça em sentido estrito (chamado também de indulto ou comutação individual, concedido pelo Presidente da República a um beneficiário específico e nominado); b) o indulto coletivo em sentido amplo que compreende: b1) o indulto em sentido estrito (perdão completo da pena privativa de liberdade concedido pelo Presidente da República a grupos de destinatários genéricos e comumente discriminados); c) a comutação (simples abatimento na pena original concedida também a destinatários genéricos e comumente discriminados).

Em qualquer de suas modalidades, trata-se do único *benefício* propriamente dito conhecido pelo Direito Penal, sendo inexato denominar como “benefício” os demais institutos pre-

vistos abstratamente na lei penal. No nosso direito, seu titular constitucional é exclusivamente o Presidente da República que, todavia, deve exercer essa sua competência com observância de alguns princípios constitucionais. É decorrência, por exemplo, do princípio do devido processo legal que o Presidente da República não pode comutar penas de forma a transformar a pena original em pena de natureza diversa, apenas podendo fazê-lo para abater quantidades da mesma pena original (p. ex., reduzindo para quatro anos um pena de reclusão de cinco anos, mas nunca podendo comutar essa pena em qualquer quantidade de pena de prestação de serviços à comunidade).

Salvo os casos de graça individual, o Presidente da República costuma anualmente editar, a título de comemoração natalina, os decretos de indulto (por isso mesmo conhecidos como decretos de indulto natalino), neles discriminando os beneficiários do favor presidencial: evidentemente, a correta exegese desses decretos reclama seu exame global, pois avolumam-se as diferenças que se acrescentam ano a ano por sobre os textos anteriores.

• “*Indulto – Perda de objeto – Pena integralmente cumprida*. Ato de clemência específica, o indulto visa a redução ou comutação de determinadas penalidades em fase parcial de cumprimento. Patente a perda de objeto, *in casu*, ante a integralização da pena alvo da postulação indultária. Improvido o recurso *sub examine*. Decisão por unanimidade” (STM; Rec. 6.262-8, Rio de Janeiro; j. 05.03.1996, Rel. Carlos Eduardo Cezar de Andrade; DJU 29.03.1996, p. 9.810).

• “*Recurso criminal*. Satisfeitos os pressupostos para concessão, ínsitos no Decreto Concessivo, espécie de *Clementia Principis*, como ocorre no caso vertente, impõe-se a extinção da punibilidade pelo Indulto. Recurso improvido. Decisão unânime” (STM; Rec. 6.272-1, Rio de Janeiro; j. 05.03.1996, Rel. José Sampaio Maia; DJU 29.03.1996, p. 9.810).

33.2 Competência abstrata do Presidente da República

Nota: o Presidente da República edita os decretos de indulto coletivo em sentido amplo (indulto em sentido estrito e comutação), fazendo-o individualmente ou coletivamente (v.

nota ao item 33.1). Tendo porém editado decreto de indulto puramente coletivo, não poderá com base nele indultar ou comutar individualmente quem quer que seja, devendo fazê-lo, se assim deseja, por novo decreto absolutamente autônomo. O julgado abaixo disse respeito a episódio em que se concedia indulto individual a certo beneficiário com base em decreto coletivo, prática que foi, aliás corretamente, afastada pelo Judiciário.

• *“Inconstitucionalidade – Indulto ou comutação de pena individual com fundamento em decreto de indulto coletivo – Inadmissibilidade – Competência exclusiva do Poder Judiciário, de todo estranha ao elenco constitucional reservado ao Chefe do Poder Executivo – Invasão da esfera de competência do Judiciário pelo Executivo – Manifesta ofensa a princípios da Lei Maior – Arguição procedente.* A concessão de indulto ou comutação de pena em caráter individual, com base em decreto geral que trata de indulto coletivo, é matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário, sendo estranha ao elenco constitucional reservado ao Chefe do Executivo Nacional que, assim, não pode afrontar a partição de competência entre os Poderes da República, sendo-lhe vedado, por manifesta ofensa a princípios da Lei Maior, conceder indulto individual com base em decreto seu coletivo. Se o faz, é caso de ser reconhecida, nos termos do Regimento Interno deste Tribunal e em caráter *incidenter tantum*, afetando apenas o caso em julgamento, a inconstitucionalidade de decreto específico, com a devolução dos autos à Câmara originária para o prosseguimento do pedido de *habeas corpus*” (TJSP, Órg. Esp.; Arg. Inconst. 172.241-3/3-01, São Paulo; j. 20.09.1995, v. u., Rel. Djalma Lofrano; Bol. AASP 1944, 27.03 a 02.04.1996, p. 97-j).

33.3 Competência jurisdicional: Juízo da execução

Nota: editado pelo Presidente da República seu decreto presidencial de indulto/comutação coletivo, cabe tão-somente ao Poder Judiciário decidir se o pretendente enquadra-se ou não entre os beneficiários discriminados naquele decreto: daí porque correto afirmar que, nessa decisão, exerce o Judiciário uma jurisdição limitada, na medida em que lhe cabe exclusivamente apreciar esse ponto, abstando-se de

outras considerações infelizmente nada inco-muns na jurisprudência.

• “1. É admissível em tese a aplicação de decreto de indulto coletivo, quando a condenação – embora pendente de recursos de defesa –, já não pode ser exasperada, à falta de recurso da acusação: precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. Compete ao Juízo de Execução Penal decidir do pedido de indulto, na pendência de recursos extraordinário e especial, até porque, nessa hipótese, a prisão do réu, independentemente de sua necessidade cautelar – como é da jurisprudência dominante – constitui verdadeira execução provisória da pena” (STF, 1.^a T.; HC 71.691-1; j. 09.08.1994, v. u., Rel. Sepúlveda Pertence; DJU 30.09.1994, p. 26.169; Bol. IBCCrim 23, nov. 1994, p. 75).

• *“Processual penal – Execução penal – Pedido de indulto – Juízo competente – Vara das Execuções Penais.* Compete ao Juízo das Execuções Penais processar e julgar pleito relativo a execuções de sentenças penais condenatórias, tal como a concessão de indulto” (STJ, 6.^a T.; RHC 5.143, Rio de Janeiro; j. 12.02.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 15.04.1996, p. 11.554; red.).

33.4 Exclusão em face da hediondez ou caráter assemelhado

Nota: cabe exclusivamente ao Presidente da República discriminar os beneficiários do indulto/comutação. Embora não esteja impedido de conceder tais benefícios coletivos também a autores de crimes hediondos ou assemelhados (a restrição constitucional diz respeito tão apenas ao direito de graça em sentido estrito, ou seja, em sua aceção individual), é certo que comumente o Presidente da República delibera não conceder esse favor aos autores daqueles delitos: em vista da restrição, não pode o Judiciário estendê-la a tais pretendentes, já que, repita-se novamente, não está investido da titularidade constitucional de deliberar sobre a concessão em si do favor presidencial.

33.4.1 Exclusão geral: admissibilidade

• “O delito de latrocínio é classificado como hediondo, o que impede a concessão do benefício de comutação de penas nos termos do art. 6.^o, I,

do Dec. Presidencial 668/92. Observe-se que não há discutir sobre aplicação retroativa das disposições da Lei 8.072/90, e sim sobre o citado Dec. 668/92 pois, como bem exposto pela Procuradoria de Justiça, *o que o Decreto buscou na mencionada Lei foi, tão-somente, a relação dos crimes hediondos lá considerada. Ou seja, ao invés de se relacionar todos os delitos, estupro, atentado violento ao pudor, latrocínio, etc., constou: todos os crimes considerados hediondos estão excluídos dos benefícios do Decreto de Indulto*. Aliás, em todos os decretos de indulto anteriores o latrocínio sempre esteve excluído do benefício. Por último, não há falar em inconstitucionalidade da Lei 8.072/90, como já decidiram o STJ e o STF que, aliás, no caso, sequer é causa de indeferimento do pedido" (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 169.055-3/5, São Paulo; j. 12.12.1994, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

- "Não faz jus aos benefícios do Dec. 953/93 quem foi condenado também por latrocínio" (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 189.081-3/0, São Paulo; j. 11.09.1995, v. u., Rel. Renato Talli; red.; 1.^a inst. 255.077).

- "Penal – Processual penal – 'Habeas corpus' – Indulto – Sentenciado condenado por crime hediondo – Decreto 1.242/94. I. – O paciente não foi incluído no decreto de indulto, por ter sido condenado por tráfico de entorpecentes, considerado crime hediondo. Decreto 1.242/94, art. 2.^o, I. II. – H. C. indeferido" (STF, Pl.; HC 73.118-0, Rio Grande do Norte; j. 28.03.1996, v. u., Rel. Carlos Velloso; DJU 10.05.1996, p. 15.133).

- "Indulto – Preso portador do vírus HIV Concessão nos termos do art. 1.^o, II do Dec. 953/93 – Inadmissibilidade – Agravante que não se encontra em estado terminal – Cometicimento, ademais, de crime de estupro que não admite o favor principis Recurso não provido" (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ap. 203.414-3, São Paulo; j. 02.04.1996, v. u., Rel. Segurado Braz; Bol. TJSP 16, julho 1996, p. 11).

33.4.2 Exclusão específica de autores de crimes na época do fato não classificados legalmente como hediondos ou assemelhados: admissibilidade

Nota: aqui também impera a mesma lógica (v. nota ao item 33.4), pois comumente o

Presidente da República vem expressamente excluindo os autores dos delitos hoje considerados hediondos ou assemelhados ainda que – e a advertência costuma ser expressa no texto do decreto presidencial – cometidos anteriormente à vigência das leis que classificaram tais fatos como hediondos. Nesses casos, não há como ser invocada a pretensão que, por isso mesmo, deve ser extinta desde logo sem o conhecimento do respectivo mérito à vista de sua completa impossibilidade jurídica.

Exceção seja feita, todavia, aos benefícios trazidos pelo Dec. Presidencial 2.365/97 (DOU de 06.11.1997) que, quebrando a linhagem nesse particular estabelecida pelos decretos anteriores, todavia não restringiu o benefício aos autores daqueles delitos quando os mesmos foram praticados anteriormente à vigência das leis que assim os classificaram: daí porque a nítida intenção do Presidente da República em conceder (como aliás lhe é plenamente possível) os favores desse Dec. Presid. 2.365/97 a autores de delitos hediondos ou assemelhados quando, todavia, os fatos criminosos foram anteriores a 25.07.1990 ou, se o caso, a 06.09.1994.

- "É caso de pedido de indulto, para redução de pena imposta por prática de latrocínio. O Decreto Presidencial 668/92, que concedeu o benefício, deixou claro que ele não seria alargado para os reeducandos que tivessem cometido crimes hediondos. Não significa isso que, por serem os fatos da condenação do agravado anteriores a 1990, quando entrou em vigor a chamada Lei de Crimes Hediondos, estivesse ele em condições de merecer o indulto. É que todo ano, quando é baixado o decreto presidencial de indulto e outros benefícios prisionais, sempre se faz a ressalva de sua não aplicação a crimes considerados de gravidade mais dilatada. Foi isso o que aconteceu na espécie examinada, não se podendo falar em aplicação retroativa de lei mais rigorosa, situação que não se afina ao nosso direito nem às nossas tradições. O decreto concessivo fez referência expressa à Lei de Crimes Hediondos como poderia ter anotado os nomes de cada um dos delitos que a lei considera dessa espécie" (TJSP, 6.^a C.; Ag. 148.249-3; j. 01.12.1994, v. u., Rel. Djalma Lofrano; Bol. IBCCrim 29, maio de 1995, p. 99).

- "Indefere-se a comutação pelo Dec. Presid. 668/92 quando, não obstante o art. 281

do CP (já revogado) não fizesse distinção entre usuário e fornecedor de drogas, pode-se verificar, pela sentença condenatória proferida no processo de 1973, que a conduta imputada ao pretendente, que redundou em condenação de um ano de reclusão, foi de tráfico de entorpecentes. Assim, essa condenação é o quanto basta para o indeferimento da pretensão (Dec. Presid. 668/92, art. 6.º, I) (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 179.307-3/4, São Paulo; j. 24.08.1995, v. u., Rel. Augusto César; red.).

33.4.3 Exclusão de autores de homicídio qualificado em geral no Dec. Presid. 1.242/94

Nota: hipótese muito específica é aquela do Dec. Presid. 1.242, de 15.09.1994, quanto aos autores dos crimes classificados como hediondos por força da Lei 8.930, de 06.09.1994. A comparação dessas duas datas bastante próximas, acompanhada do exame da alínea *a* do inc. II do art. 8.º do Dec. 1.242/94 evidencia que, na redação deste último, não foi observada a introdução da referida lei ordinária: daí porque entendemos hoje como inteiramente correta a concessão dos favores desse decreto a autores de crimes de homicídio qualificado (salvo quando mediante paga ou promessa de recompensa).

(a) admissibilidade

- “Nos termos do art. 8.º, inc. II, alínea *c*, do Dec. Presidencial 1.242/94, deve ser indeferido o pedido de comutação de penas formulado por condenado por prática de homicídio qualificado pois, quando da publicação do referido decreto, já se encontrava em vigor a Lei 8.930/94 que, dando nova redação ao art. 1.º da Lei 8.072/90, considerou como hediondo esse tipo de delito. Desta forma, ainda que o crime tenha sido praticado anteriormente à vigência da Lei dos Crimes Hediondos, esta a ele se aplica para os fins em questão” (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 205.019-3/2, São Paulo; j. 02.05.1996, v. u., Rel. Nelson Fonseca; red.).

- “A comutação de penas, como o indulto, corresponde a um ato de clemência do Presidente da República que, ao praticá-lo, está autorizado a estender o benefício a quem melhor lhe aprouver. Está autorizado a estendê-lo

a tal ou qual crime, sem que tenha adequação a invocação que se faz quanto ao princípio da legalidade, que não resta afrontado em nenhum instante, seja pelo decreto, quando exclui alguns delitos do benefício, seja pela decisão que o nega, em face dessa exclusão legítima. Pois, se se trata de faculdade conferida ao Presidente da República conceder a comutação de penas, ou o indulto, claro que ele pode exercê-la nos limites que lhe pareçam convenientes. A ponto de poder excluir do âmbito do favor infrações que lhe pareçam incompatíveis com ele. Aqui, certamente, o Decreto Presidencial não passou a considerar hediondo, especificamente, o homicídio qualificado. Teve em conta que, hoje, são considerados dessa natureza também os homicídios qualificados e, por isso, excluiu do favor tais infrações, mesmo sem merecerem elas a conceituação de hediondas porque praticadas antes da Lei 8.072/90. O Decreto Presidencial 1.242/94 negou o benefício ao crime de homicídio qualificado em geral, ainda que não hediondo, em razão da data em que praticado. E isso não representa escândalo nenhum, pois nada impedia ao editor do decreto negar o favor a tal ou qual infração. Houvesse dito o decreto, tão-somente, que ele não abrangeria os crimes hediondos, claro que beneficiaria os autores de homicídios qualificados anteriormente cometidos, quando esse crime ainda não merecia tal rótulo. Contudo, como ampliou o rol dos delitos abrangíveis, estendendo-o àqueles que, mesmo não o sendo, em razão do tempo em que praticados, hoje são assim considerados, claro que fê-lo legitimamente, já que é ao subscritor do ato de clemência que compete delimitar o âmbito da generosidade” (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 209.725-3/3, São Paulo; j. 02.12.1996, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.).

(b) inadmissibilidade

- “É de ser deferida a comutação de penas pelo Decreto Presidencial 1.242/94 mesmo quando o pretendente cumpre pena por homicídio qualificado diverso do previsto no art. 121, § 2.º, I, do Código Penal. É que o mencionado decreto tem disposição específica e expressa acerca do homicídio qualificado, constante de seu art. 8.º, II, alínea *a*, de sorte a excluir do elenco dos seus beneficiários apenas os condenados pelos crimes contra a vida cometidos mediante paga ou promessa de recompensa. Esse decreto foi editado em 15 de

setembro de 1994, portanto quando já se encontrava em vigor a Lei 8.930, de 6 de setembro de 1994 que, repita-se, passou a classificar como hediondo o homicídio qualificado em geral, de modo que não se pode ampliar o seu alcance para que a restrição do art. 8.º, II, alínea c, atinja também os autores desses crimes, desde que, é claro, não tenham sido cometidos mediante paga ou promessa de recompensa, tendo em vista a vedação constante da alínea a, inc. II, do mesmo art. 8.º. Supõe-se que a defeituosa redação do Decreto do Excelentíssimo Presidente da República decorra de desinformação da sua assessoria, que talvez ignorasse o novo tratamento dado ao homicídio qualificado com a entrada em vigor da Lei 8.930/94. Porém, desde que não mencionado no ato presidencial este texto legal, a sua interpretação há de ser necessariamente restritiva e em favor dos condenados por homicídio qualificado em geral. Registre-se que há nesse sentido decisões desta E. Câmara, proferidas nos Agravos em Execução 196.742-3/3 e 202.663-3/9, relatados, respectivamente, pelos eminentes Desembargadores Gomes de Amorim e Denser de Sá" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. 191.913-3/8, São Paulo; j. 20.06.1996, v. u., Rel. Tristão Ribeiro; red.).

- "O homicídio doloso qualificado só passou a integrar o elenco dos crimes hediondos a partir de 06.09.94, com o advento da Lei 8.930. O Dec. Presid. 1.242/94 é posterior à vigência da citada lei, a qual deu nova redação à Lei 8.072/90. Dessarte, se o legislador pretendesse contemplar todas as hipóteses de homicídio qualificado como impeditivas da concessão de comutação ou indulto, certamente o teria feito expressamente. Entretanto, o texto legal faz referência apenas à Lei 8.072/90, quando já estava em vigor a Lei 8.930/94, bem mais abrangente que aquela. Além do mais, o Dec. Presidencial 1.242/94 teve a preocupação de expressamente ressaltar uma única hipótese de homicídio doloso qualificado como exceção à concessão de seus institutos, qual seja, o homicídio praticado mediante paga ou promessa de recompensa. Tal ressalva seria desnecessária caso o legislador realmente pretendesse vedar a concessão do benefício a todos os casos de homicídio qualificado. A conclusão lógica a que se chega é que a proibição diz respeito tão-somente a hipótese de homicídio qualificado prevista na primeira parte do inc. I, § 2.º,

do art. 121 do CP. Nesse sentido é a r. decisão proferida por este Tribunal no Ag. 202.663-3/ São Paulo, tendo como Relator o Desembargador Denser de Sá" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 213.653-3/9, São Paulo; j. 24.10.1996, v. u., Rel. Augusto César; red.).

33.5 Discriminação por tempo de cumprimento de pena: casuística

Nota: comumente o Presidente da República emprega lapsos temporais como requisito de caráter discriminatório dos favorecidos pelo benefício: necessária atenta leitura do texto do decreto concessivo para que novos requisitos discriminatórios não sejam nele indevidamente incluídos como, de resto, às vezes pode ser visto em alguns julgados.

Outro problema também detectado diz respeito aos textos dos decretos até o de n. 953/93 (inclusive) quanto às hipóteses de comutação quando o condenado suportava pena que totalizasse até 6 anos mas não satisfizesse o requisito temporal mais veementemente exigido para o indulto pleno: nesses casos, lúcido posicionamento jurisprudencial passou a admitir a comutação mesmo quando a pena totalizava menos de 6 anos. A partir do Dec. Presid. 1.242/94 houve correção nos textos concessivos, passando-se a admitir expressamente que esses condenados recebessem a comutação prevista geralmente em seu art. 2.º.

- "Para fins de comutação pelo Decreto Presidencial 245/91, em se tratando de sentenciado reincidente e tendo praticado fuga anteriormente, necessário que cumpra metade do que lhe restava de pena quando de sua recaptura. Exato que a legislação é um tanto omissa, inexistindo dispositivo expresso a respeito da contagem do requisito objetivo para a comutação em caso de fuga, todavia o art. 113 do Código Penal tem servido de parâmetro em hipóteses de regressão e progressão, já que a fuga caracteriza um rompimento na busca de ressocialização do condenado e na sua readaptação à vida em sociedade e, assim, deve ser realizada nova contagem das penas restantes, a fim de possibilitar os benefícios constantes na fase da execução criminal" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 155.434-3/8, São Paulo; j. 07.04.1994, v. u., Rel. Gentil Leite; dtj; red.; 1.ª inst. 149.781).

- “Diante da omissão do legislador, é mais justa a solução que admite a comutação da pena pelo Dec. 1.242/94 aos condenados que, com pena total inferior a 6 anos, não atendem porém o requisito temporal para suportarem o indulto pleno” (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ag. Exec. 977.631/0, São Paulo; j. 10.01.1996, v. u., Rel. Teodomiro Méndez; red.; 1.^a inst. 364.429).

- “O Decreto 1.242/94 não prevê a comutação da pena para aqueles condenados que, apenados com menos de 6 anos de reclusão, não satisfazem porém o requisito temporal para suportar o indulto pleno, descabendo, a respeito, falar em falha do texto legal ou em invocação analógica pois, com efeito, trata-se de repetição do Decreto 953/93 e, se falha houvesse neste último, já teria sido corrigida. Ademais, esses condenados, na maioria das vezes, já estão gozando de outros benefícios como o semi-aberto, o aberto ou o livramento condicional, não havendo como deferir-lhes porém a comutação da pena por falta de amparo legal” (TACRIM-SP, 9.^a C.; Ag. Exec. 978.181/0, São Paulo; j. 31.01.1996, v. u., Rel. Lourenço Filho; red.; 1.^a inst. 366.349).

33.6 Discriminação por critério de reincidência: deferimento

Nota: comumente o Presidente da República emprega o critério da reincidência na diferenciação ou mesmo na exclusão dos beneficiários. Nada impede que se faça, para prestígio do próprio instituto constitucional, a uma diferenciação mais rigorosa como aquela bem sugerida pelo julgado abaixo.

- “É reincidente quem pratica uma contravenção após definitivamente condenado por um crime (LCP, art. 7.^o) mas, para o fim de indulto pelo Dec. 1.242/94, há que se entender os motivos que levam ao aumento do lapso temporal para os reincidentes: maior periculosidade e necessidade de maior expiação prisional. Assim, quando se trata de reincidência por prática de contravenção de menor gravidade, aplicada pena exclusivamente pecuniária, desaparecem esses motivos para o acréscimo do lapso temporal. Ademais, na esteira da crítica doutrinária, seria mesmo injusto alongar o requisito temporal para aquele que comete uma contravenção após um crime quando a ocorrên-

cia inversa, embora demonstrando maior periculosidade, enseja o indulto natalino após o cumprimento do prazo mais singelo que, portanto, deve imperar também naquela situação menos grave” (TACRIM-SP, 16.^a C.; Ag. Exec. 951.475/2, São Paulo; j. 14.09.1995, v. u., Rel. Mesquita de Paula; tj 31.11.1995; red.; 1.^a inst. 293.932).

33.7 Exclusão de beneficiários de comutações anteriores

Nota: embora o Dec. Presid. 2.365/97 não tenha repetido a fórmula, é certo que até então os decretos natalinos negavam a comutação para beneficiários de comutações por decretos natalinos imediatamente anteriores. A mudança traz a conclusão que lhe está implícita: nada impede um condenado de receber a comutação pelo Dec. Presid. 2.365/97 ainda que já tenha recebido igual favor pelo Dec. Presid. 2.002/96.

- “Nega-se a comutação pelo Dec. 99.915/90 quando, pese o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva, o pretendente, reincidente, já recebeu outra comutação dentro do período de 4 anos anteriores, com base no Dec. 98.389/89” (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 164.638-3/0, São Paulo; j. 01.09.1994, v. u., Rel. Gentil Leite; dtj; red.; 1.^a inst. 149.781).

33.8 Reparação do dano

Nota: outro requisito discriminatório também comumente repetido diz respeito à existência de reparação do dano à vista da solvência do condenado.

33.8.1 Deferimento

- “Indulto. Ressarcimento do crime de dano, sobejamente comprovado. Quanto ao do homicídio culposo, em virtude de a vítima fatal ser militar da ativa, ficou a cargo da União Federal. Recurso improvido. Decisão unânime” (STM; Rec. 6.257-8, São Paulo; j. 19.12.1995, v. u., Rel. José Sampaio Maia; DJU 28.02.1996, p. 4.812).

33.8.2 Indeferimento

- “O indulto, em nosso regime, constitui faculdade atribuída ao Presidente da República

(art. 84, XII, da CF), que aprecia não apenas a conveniência e oportunidade de sua concessão, mas ainda os seus requisitos. A fixação do ressarcimento do dano como condição para o indulto não destoa da lógica de nosso sistema legal, que estimula a composição dos prejuízos causados pelo delito, mesmo antes do seu julgamento definitivo (v. g., arts. 16 e 312, § 2.º, do CP), sem conferir-lhe, no entanto, caráter de obrigatoriedade, mas apenas de pressuposto para o gozo de determinado benefício. O seqüestro de bens não tem o condão de tornar insolvente o réu para efeito de eximi-lo da satisfação do dano, erigida como condição para o indulto. Se o beneficiário não cumpre todos os requisitos do indulto, seu indeferimento não constitui constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento" (STF, 1.ª T.; RHC 71.400-5; j. 07.06.1994, v. u., Rel. Ilmar Galvão; DJU 30.09.1994, p. 26.171; Bol. IBCCrim 25, jan. 1995, p. 82).

• *"Processual penal – Réu com bens indisponíveis – Indulto natalino – Inteligência da expressão 'condenado definitivamente' do inc. I do art. 8.º do Decreto 1.242/94 – Possibilidade de o paciente ser indultado e ressarcir a vítima (Previdência Social) após o trânsito em julgado da sentença condenatória – O indulto não tem o condão de limpar os efeitos civis da condenação – Apenas extingue a punibilidade – Ordem denegada"* (STJ, 6.ª T.; HC 3.355-8, Rio de Janeiro; j. 05.12.1995, empate com decisão mais favorável ao paciente, Rel. Adhemar Maciel; DJU 06.05.1996, p. 14.473).

33.9 Condenados em "sursis"

Nota: nada sendo excepcionado no texto do decreto concessivo, não pode ser recusado o benefício a condenado que esteja em *sursis*.

• *"Sentenciado beneficiado com sursis. Requisitos do art. 6.º, inc. III, do Decreto Federal 953, de 1993, preenchidos. Decisão confirmada. Agravo não provido. O Decreto Federal 953, de 1993, criou um terceiro quadro de benefício, ou seja, a concessão de indulto para os condenados que tenham revelado condições pessoais favoráveis à sua permanência na comunidade, quando beneficiado por suspensão condicional, cumprido pelo menos a metade do respectivo prazo, com exata obser-*

vância das condições impostas e das penas restritivas de direitos, se for o caso" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 171.429-3, São José do Rio Preto; j. 06.03.1995, v. u., Rel. Marcial Hollanda; Bol. AASP 1.936, 31.01 a 06.02.1996, p. 10-e).

• *"Descumprida a condição estabelecida no art. 6.º, inc. II, do Decreto 1645, de 26.09.95, impõe-se a desconstituição da decisão declaratória do indulto na espécie. 3) Provimento do recurso do MP. Unânime"* (STM; Rec. 6.254-3, São Paulo; j. 18.12.1995, v. u., Rel. Paulo César Cataldo; DJU 11.03.1996, p. 6.809).

33.10 Discriminações subjetivas

33.10.1 Prognóstico de não reincidência e pareceres técnicos: indeferimento

Nota: quanto a esse específico requisito subjetivo, há duas posições antagônicas: a) de um lado, aqueles que entendem que o indulto/comutação, salvo quando expressamente exigido, prescinde de comprovação do prognóstico de não reincidência (e, conseqüentemente, prescinde também de apresentação de parecer técnico completo pela CTC), bastando a comprovação do bom comportamento carcerário nos termos em que exigido expressamente pelo decreto concessivo; b) de outro lado, há aqueles que entendem que tal prognóstico é indispensável à concessão do favor presidencial, salvo quando o texto do decreto expressamente o afasta. Nessa polêmica, filiamo-nos à última posição: o exórdio dos decretos natalinos rotineiramente fazem expressa referência ao merecimento interno e vivencial, não cabendo assim ao Judiciário admitir como beneficiário condenado que na verdade não o seja. Outrossim, não nos parece lúcido e mesmo técnico admitir a concessão de uma dispensa total ou parcial de uma pena quando ela se faz ainda necessária e reclamada, mesmo porque não se pode dispensar algo ainda imprescindível. Finalmente, é também certo que quando o Presidente da República, enquanto titular de sua exclusiva competência constitucional, desejou dispensar os pareceres da CTC ele o fez expressa e diretamente (Dec. Presid. 1.860/96, art. 2.º § 2.º).

Desnecessário talvez acrescentar que o parecer da CTC será, em qualquer caso, despro-

vido de qualquer caráter vinculante, podendo ser motivadamente repellido pelo Juízo da execução quanto a seu mérito.

- “Apesar de pareceres favoráveis da CTC e do Conselho Penitenciário, descabe a comutação de penas pelo Dec. 668/92 quando o sentenciado suportou muitas condenações por crimes contra o patrimônio e contra pessoas, sempre com violência, sem ainda ostentar sociabilidade patente e sem demonstrar que não retornará a delinquir” (TACRIM-SP, 2.^a C.; Ag. Exec. 866.239/3, São Paulo; j. 27.10.1994, v. u., Rel. Silvério Ribeiro; tj 09.12.1994; red.; 1.^a inst. 149.408).

- “É sabido que o instituto da comutação de penas é reservado tão-somente a condenados de baixíssima periculosidade, praticamente recuperados e prontos para retornar, sem riscos, ao seio da sociedade, não devendo assim ser deferido a condenado que cometeu, no estabelecimento prisional, várias faltas graves e crimes, não tendo ainda vínculo afetivo, possuindo agressividade controlada e sendo imaturo” (TACRIM-SP, 11.^a C.; Ag. Exec. 972.215/4, São Paulo; j. 20.11.1995, v. u., Rel. Xavier de Aquino; red.).

- “*Indulto – Decreto Presidencial 1.242/94 – Alegação de que não se refere a requisitos de natureza subjetiva.* Condenado, agravante, que, patentemente, não apresenta mérito para o benefício: a LEP subalterna os decretos presidenciais concessivos de indulto e prevê, em seu art. 190, que o Conselho Penitenciário exporá os antecedentes do condenado, sobre os quais, também, haverá-de escorar seu parecer sobre o mérito do pedido. Prevalece a lei, ainda que o decreto silencie acerca dos requisitos subjetivos. Prevalece também o interesse da sociedade, que, por certo, não é o de ver libertados presos que, soltos, reincidirão, segundo razoável prognose, na vida delitiva. O interesse administrativo transitório do Estado – que é parte da sociedade civil – não se confunde, em alinhamento automático, com o interesse dessa sociedade” (TACRIM-SP, 11.^a C.; Ag. Exec. 1.021.509/8, São Paulo; j. 21.10.1996, v. u., Rel. Ricardo Dip; red.).

33.10.2 Comportamento disciplinar: hipóteses de indeferimento

Nota: evidentemente, o Juízo da execução não pode ser reduzido à condição de simples

reprodutor da decisão administrativa, de forma que, para a negativa do indulto/comutação, impõe-se-lhe o exame do mérito da decisão administrativa que classificou esse ou aquele episódio como falta disciplinar de natureza grave.

- “Comportamento insatisfatório faz com que o condenado não satisfaça o requisito objetivo necessário para a comutação da pena pelo Dec. 97.164/88” (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 90.795-3, São Paulo; j. 25.06.1990, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

- “Conquanto o *favor principis* do indulto natalino, inserido no poder de graça de consagração imemorial, seja ato de atribuição do Presidente da República (art. 84, XII, da CF), não prescinde, o de caráter coletivo, de intermediação judicial para avaliação do cumprimento dos requisitos estabelecidos no ato normativo presidencial pelo destinatário. Se, nada obstante, porque não se tinha notícia da evasão do agravado, tenha ele sido deferido, não havendo trânsito em julgado da decisão, sabendo-se agora que o condenado cometeu a falta grave, não há razão para manter o indulto *que não recebeu antes por entrave burocrático*. Em verdade, na ordem natural das coisas, o recorrido não fazia jus ao favor. Não é possível analisar-se o tema somente tendo em vista a contemporaneidade do decreto com a fuga. Dando-se por suposto que quem se evade, estando em regime semi-aberto, não revela mérito imediato para obter algum tipo de benefício, não importa se o fato veio à tona num ou em outro dia, pesando sempre contra a concessão de alguma benesse. Como bem enfocado pelo Procurador de Justiça Dr. Shiguenobu Kawano, *Se a falta grave acarreta o regresso ao regime prisional anterior e a perda do tempo remido ou o impedimento à remição das penas, seria um contra-senso que valesse para indultar plenamente o restante das penas do presidiário* (TACRIM-SP, 12.^a C.; Ag. Exec. 896.331/9, São Paulo; j. 19.12.1994, m. v., Rel. Walter Guilherme; red.).

- “Não é de ser atendido pedido de comutação de penas com base no Dec. 953/93 quando o pretendente, registrando precedentes de fuga, tem ainda longo tempo para o cumprimento das penas” (TJSP, 5.^a C. Crim.; Ap.

178.788-3/0, São Paulo; j. 25.05.1995, v. u., Rel. Cunha Bueno; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 240.841).

- “A comutação de penas é instituto reservado tão-somente a condenados de baixíssima periculosidade, praticamente recuperados e prontos para retornar, sem riscos, ao seio da sociedade. Não deve ser deferido quando, pese embora o parecer favorável da CTC, o condenado não se mostra apto a gozar do benefício, havendo cometido diversas faltas graves e mesmo crimes no curso do cumprimento da pena, não demonstrando, ademais, vínculos afetivos e possuindo agressividade controlada e imaturidade” (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 972.215/4, São Paulo; j. 20.11.1995, v. u., Rel. Xavier de Aquino; red.).

33.10.3 Comportamento disciplinar: período de abrangência

Nota: grave desvio técnico pode ser aqui detectado em muitos julgados. Normalmente, os decretos natalinos concessivos do benefício arrolam, como requisitos de caráter discriminatório dos beneficiários, a existência de bom comportamento *durante os últimos 12 (doze) meses de cumprimento da pena privativa de liberdade*. A questão central passa a ser: como é contado esse período de 12 meses? Entendemos que outra resposta não seria possível: o termo final desse período é o dia da edição de decreto presidencial concessivo do benefício pois, sem dúvida, já a partir desse dia (e não do dia de natal do ano respectivo, como pensam alguns) pode o condenado postular e até mesmo obter do Judiciário uma decisão que o reconheça como beneficiário do favor constitucional.

Logo, evasões ou quaisquer outras faltas disciplinares porventura ocorridas após o dia da edição do decreto respectivo (quando redigido com a fórmula acima) não podem servir de óbice ao deferimento da pretensão, sob pena de estar o Judiciário invadindo competência constitucional que lhe é estranha e arrolando novos requisitos discriminatórios à revelia da vontade expressa do Presidente da República que, ademais, quando desejou diferentemente soube perfeitamente como exprimir-se (v. Dec. Presid. 1.860/96, art. 2.º, *caput* e seu parágrafo primeiro).

- “É de ser deferido o indulto quando, ao tempo da publicação do respectivo decreto presidencial, o pretendente apresentava ótima conduta carcerária e satisfaz o requisito temporal. A fuga posteriormente praticada, considerada falta disciplinar grave, não tem o condão de retroagir seus efeitos para prejudicar a pretensão, principalmente quando o condenado em nada contribuiu para o atraso na decisão do seu pedido de indulto” (TACRIM-SP, 11.ª C.; Ag. Exec. 890.891/6, São Paulo; j. 24.10.1994, v. u., Rel. Xavier de Aquino; 1.ª inst. 345.818 – DECRIM/SP; red.).

- “É de ser concedido o indulto pleno pelo Dec. 953/93 quando o pretendente preenche todos os requisitos objetivos e subjetivos para alcançar a benesse, não apresentando agressividade e ostentando ótima conduta carcerária e satisfatório desempenho laboratório, com todos os pareceres técnicos sendo favoráveis. Faltas disciplinares pretéritas não impedem o indulto pois, através de medidas premiais e sancionatórias, o sistema carcerário permite exatamente que o preso aperfeiçoe sua conduta, caminhando para a reinserção social: caso não lhe fosse possível apagar as faltas praticadas, não teria nenhum estímulo para implementar seu comportamento prisional” (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 918.709/1, São Paulo; j. 19.01.1995, v. u., Rel. Ricardo Lewandowski; tj 03.04.1995; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 363.225).

- “É merecedor do indulto pleno o detento que, na data da promulgação do decreto de natal, preenchia todas as condições objetivas e subjetivas para ser indultado, não podendo ser punido porque ocorreu atraso no processamento do pedido e, dias antes da prolação da sentença, se evadiu, mesmo porque seu direito ao indulto estava resguardado desde a data da publicação do decreto” (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 919.443/5, São Paulo; j. 06.04.1995, v. u., Rel. Assumpção Neves; red.).

- “Não se põe em dúvida que a fuga, a teor do art. 50, II, da LEP, constitui falta grave. Nada obstante, tal como acontece com o crime, os seus efeitos só se projetam para o futuro. O período anterior, atestado como de bom comportamento prisional, permanece inalterado. O exame dos requisitos objetivos e subjetivos, com efeito, deve ser feito com base na situação do sentenciado à época do respectivo decreto

natalino de indulto e não no momento da decisão que, por inúmeras razões, pode demorar meses e até anos para ser proferida. Nesse sentido, aliás, já se decidiu: *As decisões relativas a indulto ou comutação de pena, meramente declaratórias, reportam-se às condições vigentes no dia em que o interessado fez jus ao benefício, retroagindo seus efeitos também a essa data* (RT 583/372). Por igual, também é a lição de Júlio Fabbrini Mirabete (Execução Penal, Ed. Atlas, 1993, p. 454)" (TACRIM-SP, 15.^a C.; Ag. Exec. 983.177/1, São Paulo; j. 01.02.1996, v. u., Rel. Lopes da Silva).

• "O art. 7.^o, I, do Dec. Presid. 1.242/94 exige, para a concessão do indulto, que o condenado haja tido bom comportamento nos últimos 12 meses de cumprimento da pena privativa de liberdade. Os 12 meses a que alude o dispositivo legal são os que antecedem o momento do exame do pedido de indulto. O condenado não tem direito adquirido por preencher, quando da edição do decreto presidencial, os requisitos para o benefício; tem, somente, expectativa de direito" (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 211.048-3/3, São Paulo; j. 12.09.1996, v. u., Rel. Geraldo Xavier; red.).

33.11 Indulto especial (Dec. Presid. 1.860/96)

Nota: a partir de diversas tensões surgidas nos últimos anos, em 1996 o Presidente da República deliberou excepcionar a tradição de apenas editar os chamados decretos natalinos coletivos, acabando assim por editar um novo decreto presidencial prevendo hipótese de indulto coletivo noticiada como mais ampla. Assim surgiu o Dec. Presid. 1.860/96, inicialmente apresentado como uma incisiva solução para a diminuição da população carcerária do País: todavia, a interpretação mais restrita dada ao texto do novo decreto pela jurisprudência majoritária acabou por diluir as intenções iniciais, de forma que relativamente poucos presos alcançaram o favor presidencial por força desse decreto (v., especialmente, a polêmica referida na nota ao item 31.11.2 *infra*), o qual acabou sendo conhecido como decreto de "indulto especial".

Embora não se trate de corrigir as sadias intenções iniciais que certamente inspiraram o Presidente da República e sua assessoria, é certo que uma questão assim tão complexa

como a nossa realidade prisional – resultado de muitas décadas de tropeços e enganos – não poderia ser solucionada por um decreto de redação precipitada e defeituosa: maior atenção tivesse sido prestada à proposta original – centralizar esse "indulto especial" em favor dos presos que já estão no regime semi-aberto – certamente os resultados seriam, pese talvez menos bombásticos, sem dúvida mais efetivos. Assim também a metodologia de indultar indistintamente – expressamente inserindo a cláusula de exclusão do parecer técnico – não poderia levar a outra reação do que aquela afinal verificada na jurisprudência: acabar-se-ia por restringir adiante, com critérios objetivos, em franco prejuízo do exame do sempre valiosíssimo merecimento subjetivo. Em suma, o exercício do poder de indultar não pode ter por escopo uma celeridade irrefletida nem uma lógica puramente quantitativa: necessário às vezes seguir com maior vagar e de modo mais racional, sempre tendo em vista que o direito penal em princípio é incompatível com rígidos trilhos puramente objetivos, caminhando melhor em ambientes voláteis onde a cristalização da norma possa ser equilibrada pela microscopia do caso concreto, sempre na alçada da imprescindível função jurisdicional. O bom exercício do poder de indultar pressupõe a diminuição dos parâmetros objetivos e o fortalecimento daqueles de caráter subjetivo, sendo de todo insensato o afastamento do opinar técnico que, a rigor, haveria antes de ser bem celebrado.

33.11.1 Reincidência: indeferimento

Nota: nas hipóteses dos incisos I e III do seu art. 1.^o, o Dec. Presid. 1.860/96 admite a concessão do indulto exclusivamente aos condenados primários, sem prejuízo de eventuais diferenciações como aquelas referidas na nota ao item 33.6 (*supra*). Curiosamente, a exigência não se repetiu no inciso II desse mesmo artigo, em tese sendo assim admissível o indulto especial àquele condenado reincidente que foi já beneficiado por comutações anteriores e cujo saldo de pena não ultrapasse seis anos. Outra diferenciação importante entre esses incisos é que, nessa última hipótese, a pena remanescente também poderia ser igual a 6 anos enquanto, nos demais incisos, ela precisaria ser inferior a 6 anos (diferenciação relevante pois diz respeito aos condenados à pena mínima por homicídio simples).

• “Não pode pretender os favores do Decreto Presidencial 1.860/96 o condenado que possui duas condenações transitadas em julgado, sendo que em uma delas foi reconhecido que é reincidente e ostenta antecedentes desabonadores” (TACRIM-SP, 13.^a C.; Ag. Exec. 1.042.421/1, São Paulo; j. 21.01.1997, v. u., Rel. Teodomiro Mendez; red.).

33.11.2 Exclusão de roubos qualificadas pelos incs. II e III do § 2.^o do art. 157 do Código Penal

Nota: a posição que já tivemos oportunidade de defender em outro texto (v. Boletim IBCCrim 41, encarte especial) é a de que, especificamente com relação à vedação do art. 7.^o, inc. III do Dec. Presid. 1.860/96, a melhor leitura há de admitir que não se concede o indulto ao condenado por crime de roubo praticado mediante concurso de agentes cumulativamente a transporte de valores: dizíamos então que, nesse caso, a partícula “e” tem nítido caráter aditivo, já que não se coloca entre figuras alternativas por si próprias mas, simplesmente, entre figuras que comumente podem ser cumuladas. Logo, não há como entender que essa partícula “e” tenha o caráter alternativo, com o significado de “ou” como, todavia, acabou entendendo majoritariamente a jurisprudência (embora com não poucas exceções), inclusive como acabou afinal posicionando-se também o e. STF. Consequentemente, para nós, tratando-se de condenado apenas por concurso de agentes (com ou sem o emprego de arma), é plenamente possível a postulação do indulto especial.

Desde então, examinando atentamente os muitos argumentos que surgiram contra e a favor dessa nossa posição original, apenas encontramos razões para ratificar integralmente esse nosso entendimento. Depreende-se dos julgados que se posicionam diversamente sempre a mesma insistência, qual seja a de que a partícula “e” às vezes pode ter a acepção alternativa. Ora, que isso é em tese possível nunca contestamos como, aliás, já não contestávamos naquele nosso texto: o que contestamos é que o Juiz possa, a seu bel-prazer, dizer se a partícula é aditiva ou cumulativa ao simples sabor dos ventos, pois apenas poderá fazê-lo com base em um critério racional de interpretação e, nunca, à luz do simples acaso ou de

sua vontade pessoal. Daí porque — insistimos mais uma vez — o critério que sugerimos inicialmente: a partícula “e” terá o sabor de partícula alternativa apenas quando as figuras em si são substancialmente diversas (p. ex., quando o Presidente da República nega o indulto a autores de latrocínio ou tráfico: ou o crime é de latrocínio ou o crime é de tráfico, pois as figuras em si próprias já são alternativas e não haveria sentido em recepcioná-la como partícula aditiva); todavia, a partícula “e” terá sim o sabor de aditiva quando está entre figuras em si próprias não alternativas mas que, não raramente, podem ser cumulativas (p. ex., o Presidente da República nega o indulto a autores de roubo em concurso de agentes e de transporte de valores). Daí a racionalidade nesse ato de aplicação da norma, racionalidade esta que, todavia, não foi objeto de maior cuidado por parte daqueles que entenderam diversamente.

(a) cumulatividade do impedimento

• “A dúvida do Decreto Presidencial 1.860/96 paira sobre seu art. 7.^o, III, que veda a concessão do indulto especial *aos condenados pelos crimes previstos no art. 157, § 2.^o, incisos II e III do Código Penal*. É necessário interpretar a vontade do legislador ao elaborar o referido artigo. Seria possível conceder-se o indulto para quem comete o crime de roubo, com apenas uma das qualificadoras que aparecem no texto do decreto presidencial, isoladamente? Quando o agente cometeu o crime de roubo, com uma das qualificadoras que aparecem no texto do decreto de indulto, mais outra que ali não figura, é possível a concessão do benefício? Ou teria sido o objetivo do decreto manter presos os condenados por roubo em concurso de agentes contra vítima que está em serviço de transporte de valores, enquanto o agente do crime é sabedor desta circunstância? O dispositivo traz a conjunção *e*, quando se refere aos crimes previstos no art. 157, § 2.^o, I e III. A aludida conjunção pode tanto ser usada no sentido de adição como de adversidade. No sentido aditivo, pode unir orações ou palavras. Dessa forma, tanto pode se entender o *e* existente entre os incisos, como indicativo da indispensabilidade da presença de ambas as qualificadoras para a negação do indulto, assim como poderia apontar para possibilidade de ser concedido o benefício quando qualquer uma das aludidas qualificadoras incidisse sobre cri-

me de roubo, de forma isolada, ou ainda quando ao lado de outra que não veio registrada no texto do decreto presidencial. Assim, a interpretação gramatical do dispositivo mantém o questionamento acerca de qual seria a melhor forma de sua aplicação. A modalidade de delito que mais aflige a sociedade é, indiscutivelmente, aquele que vem previsto no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, exatamente o emprego de arma, aquele que demonstra a perigosidade do agente, sua intensa capacidade criminógena, que vêm ressaltadas de forma imaneente ao próprio comportamento desenvolvido na prática do crime. Trata-se de crime que promove clamor público, sendo que a maior intensidade de reprimenda imposta, abstratamente, visa prevenir a prática de tais delitos, proteger a ordem e segurança públicas, além de assegurar a credibilidade da Justiça. No entanto, o Dec. 1.860/96 não vedou a outorga do indulto aos autores de crime de roubo qualificado pelo uso de arma. Se o legislador não proibiu a concessão do benefício ao crime que causa maior clamor social, que mais aterroriza a sociedade, não seria sua intenção não deferi-lo ao reeducando que cumpre pena pelo crime de roubo qualificado pelo concurso de pessoas. É evidente que o perfil psicológico do agente que comete roubo em concurso de pessoas é de veras diferente do que utiliza arma para obter o resultado almejado. Demonstram capacidades criminógenas distintas e portanto periculosidade distintas. Assim, não há coerência em se colocar em liberdade um agente que cometeu um assalto em uma residência, sozinho, utilizando uma metralhadora, e deixar preso aqueles dois assaltantes franzinos que resolvem interpelar uma pessoa na rua de modo a lhe causar medo. Ao desenvolvermos a interpretação de um texto legal, não é conveniente restringir-se à literalidade gramatical ou à manifestação formal imediata que fenomenicamente emerge ou aparece na singeleza da norma escrita. Há que se endereçar a hermenêutica, levando-se em consideração uma *weltanschauung* mais ampla e vasta, envolvendo análises que atravessassem a sociologia, a antropologia, a história, a economia etc., tudo de forma a captar o verdadeiro espírito do texto legal, o qual tende sempre ao estabelecimento do Bem Comum e à distribuição do *jus suum unicuique tribuit*. Nesse sentido, é a lição de Sebastian Soler ao comentar a interpretação das leis (*Derecho penal argentino*, 2.ª reimpr., t. I, p.

151). Nosso país sofre, infelizmente, com as péssimas instalações carcerárias, com a superlotação dos presídios. A finalidade dos indultos é, de fato, colocar em liberdade sentenciados não-reincidentes, com boa conduta carcerária, para que se possa, de certa forma, esvaziar as enxovias. E, assim sendo, não se pode interpretar a norma jurídica de maneira restrita. É necessário analisar todo o contexto sócio-jurídico do país, e verificar, como dizia Beccaria, *o espírito da lei* (*Dei delitti e delle pene*, Firenze, 1950, ed. Felice Le Monnier, p. 170 e ss.). Se não bastassem esses argumentos, sempre que sobre a mente do magistrado surge uma incerteza, por menor que seja, em como interpretar um dispositivo, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reo*. É o que preleciona Néelson Hungria, *no caso de irreduzível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força reconhecer em matéria penal, irrestritamente, o princípio do 'in dubio pro reo' (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal)* (*Comentários ao Código Penal*, p. 72, v. I, Forense, 1959). Assim também é a lição de Vincenzo Manzine ao comentar a questão da dúvida na interpretação das normas (*Diritto penale italiano*, p. 300, v. I, 1950). Assim, acolhe-se a interpretação que beneficia o sentenciado, concedendo-se a ordem de *habeas corpus* para outorga do indulto especial e condicional ao paciente, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura clausulado" (TACRIM-SP, 12.ª C.; HC 292.704/4, São Paulo; j. 29.07.1996, v. u., Rel. Junqueira Sangirardi; red.).

• "O indulto especial, segundo o art. 7.º, III, do Decreto Presidencial 1.860/96, não beneficia os condenados pelos crimes previstos no art. 157, § 2.º, II e III, do CP, tentados ou consumados. Pela redação daquele decreto, o benefício não deve ser concedido a quem cometeu roubo praticado por duas ou mais pessoas contra vítima em serviço de transportes de valores e o agente conhecia tal circunstância, porque a palavra *e'*, que liga os incisos II e III, deve ser interpretada unicamente como uma conjunção aditiva e não alternativa" (TACRIM-SP, 10.ª C.; Ag. Exec. 1.027.203/3, Guarulhos; j. 28.08.1996, v. u., Rel. Márcio Bártoli; red.).

• "É cabível a concessão do indulto especial previsto pelo Decreto Presidencial 1.860/

96 aos condenados por roubo qualificado pelo concurso de agentes (CP, art. 157, § 2.º). Hoje prevalece — ou deveria prevalecer — entre os intérpretes do Direito a lógica *del razonable*, isto é, a lógica do razoável, preconizada por Recaséns Siches, a qual toma por rumo não a expressão literal da lei, mas o fundamento axiológico que lhe serve de arrimo, de maneira a conciliar o processo interpretativo com os fins buscados pelo legislador, confrontados, sempre, com as exigências da natureza humana. Nesse sentido, adverte o autor que *el juez debe atenerse no tanto al texto de la regla — lo qual frecuentemente le llevaria a disparates o injusticias — sino sobre todo y principalmente a las valoraciones efectivas sobre las cuales la regla está de hecho fundada* (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, México, Porrúa, 2.ª ed., 1973, p. 289). Segundo Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 1984, 9.ª ed., 3.ª tir., p. 151/152), *considera-se o direito como uma ciência primariamente normativa ou finalista; por isso mesmo, a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática*. Só há vedação do benefício do indulto especial quando o roubo é praticado em concurso de agentes e contra a vítima a serviço de transporte de valores. Ora, é evidente o texto do Decreto 1.860/96, que se utiliza do aditivo *e* e não da alternativa *ou*. Ao referir-se o decreto prisional em *crimes*, no plural, e não ao *crime*, no singular, cuida-se de simples questão de concordância com a palavra *condenados* que está no plural, como ocorre com os demais incisos, embora se referia a um só crime” (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 1.031.141/5, São Paulo; j. 05.12.1996, v. u., Rel. José Urban; red.).

(b) *alternatividade do impedimento*

• “A interpretação de que o indulto especial do Dec. Presid. 1.860/96 só estaria impedido na hipótese de abrangência simultânea dos incisos II e III do § 2.º do art. 157 do CP não encontra razoabilidade jurídica, sob pena de prejuízo à sociedade, quando um de seus componentes desponha como vítima. Não há, pois, entender como aditiva a conjunção *e* do dispositivo em questão, bastando inferir-se tal conclusão dos demais itens desse mesmo artigo

onde, a aceitar-se tal posicionamento, chegar-se-ia a situações absurdas. Ademais, o legislador utilizou-se da expressão no plural ao mencionar, nesse inciso III do art. 7.º, *os condenados pelos crimes previstos no art. 157, § 2.º, incisos II e III, do Código Penal*. Nesse sentido são os seguintes julgados deste Tribunal: Ag. Exec. 1.023.241/2, da 15.ª C., Rel. Fernando Matallo, j. 12.09.1996; Ag. Exec. 1.027.201/0 da 14.ª C., Rel. Oldemar Azevedo, j. 24.09.1996” (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 1.039.279/8, São Paulo; j. 30.01.1997, v. u., Rel. Silvério Ribeiro; red.).

• “Ao cuidar das vedações do benefício, no inciso III do art. 7.º do Decreto 1.860/96, a Presidência da República só elencou duas das figuras qualificadoras do § 2.º do art. 157 do Código Penal. E, por referir-se a somente duas, não teve como virgular entre os incisos, devendo, necessariamente, colocar a partícula aditiva *e* (incisos II e III). Daí a confusão. Ao se admitir a exigência de cumulatividade dos incisos na condenação, pela simples existência daquela conjunção aditiva, ter-se-ia que presumir no inciso I do mesmo art. 7.º, e nos demais semelhantes a redação, que o benefício estaria vedado somente no caso de cumulação de crimes ou mesmo de capítulos do Código Penal e leis extravagantes, inclusive. Absurda conclusão, pois, o que pretendeu o Dec. 1.860/96 foi impedir o benefício, tanto na hipótese do inciso II, como na do inciso III do § 2.º do art. 157, não cumulativamente. Seria estranho que só se desse proteção social, contra os autores de delitos contra carros-fortes somente, deixando o cidadão comum, violado sob mira de arma, à mercê dos beneficiados pelo indulto, sabido que as instituições bancárias e de transportes bancários, evidentemente são aparelhadas e melhor dotadas, na defesa de seus patrimônios, do que o cidadão comum, mais exposto e atemorizado do que os profissionais que transportam valores. Daí o desacerto da decisão agravada, que determinou a proibição do benefício aos autores de roubo com concurso de duas ou mais pessoas, bem como, quando a vítima estiver em serviço de transporte de valores, mas, sem exigir cumulatividade de ambas as situações. Daí, o Provimento agora declarado, para cassar-se o benefício concedido” (TJM-SP; Ag. Exec. 37/96, São Paulo; j. 15.10.1996, v. u., Rel. Evanir Ferreira Castilho; red.).

• “A vedação legal é clara e insofismável. O Dec. Presid. 1.860/96 não beneficia os condenados por crime de roubo com a qualificadora do concurso de pessoas, como também quando o ofendido se encontra em serviço de transporte de valores e o agente conhece essa circunstância. É certo ter o legislador empregado a vogal *e* quando fez o elemento de ligação entre os incisos II e III do art. 157 do CP. Contudo, a vogal utilizada deve ser interpretada como elemento de ligação alternativa, não como conjunção aditiva, até porque o mesmo legislador utilizou a mesma vogal em situações similares, sempre no sentido alternativo. Por fim, a 15.ª Câmara desta Corte, em acórdão relatado pelo Juiz Fernando Matallo, no Ag. Exec. 1.023.241/2 de Ibitinga, consagrou esse entendimento” (TACRIM-SP, 14.ª C.; Ag. Exec. 1.042.971/2, São Paulo; j. 21.01.1997, v. u., Rel. San Juan França; red.).

• “Com base na premissa de que a lei não contém palavras inúteis e que, na sua interpretação, deve-se considerar a intenção do legislador (interpretação teleológica), é de se pensar que o objetivo da exclusão do art. 7.º, III, do Dec. Presid. 1.860/96 é o de evitar que autores do crime de roubo, tanto em concurso de agentes quanto sabedores do fato da vítima estar transportando valores ou ambas as situações, simultaneamente, venham a ser beneficiados com o indulto (Nesse sentido: Ag. Exec. 1.031.813/6, j. em 31.10.1996 pela 7.ª C. deste Tribunal, Rel. Souza Nery; assim também o Ag. Exec. 1.042.289/4 desta 16.ª C., hoje julgado e relatado pelo Juiz Mesquita de Paula)” (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 1.041.407/1, São Paulo; j. 23.01.1997, v. u., Rel. Assumpção Neves; red.).

• “Quando o Dec. Presid. 1.860/96 exclui de seu âmbito *os condenados pelos crimes previstos no art. 157, incisos II e III, do Código Penal* não está alijando apenas os roubos em que as agravantes estão cumuladas, mas, obviamente, todas aquelas correspondentes aos incisos II ou III, isoladamente. O fato do decreto utilizar a letra *e* não significa que reclama vinculação entre as circunstâncias descritas naqueles comandos legais, pois a vogal foi utilizada na forma disjuntiva, isto é, para impedir a concessão do indulto para os roubos cometidos com emprego de arma ou quando a vítima se encontrasse em transporte de valores

(Nesse sentido: Ag. Exec. 1.023.241/2 e 1.027.210/0, ambos deste Tribunal). Ademais, interpretação diversa tornaria o dispositivo anacrônico, apartando-o do contexto do decreto” (TACRIM-SP, 13.ª C.; Ag. Exec. 1.042.423/4, São Paulo; j. 28.01.1997, v. u., Rel. Abreu Oliveira; red.).

• “O art. 7.º, inc. III, do Decreto Presidencial 1.860/96 não favorece os condenados pelos crimes de roubo, cometidos com emprego de arma, como também os cometidos quando a vítima estiver transportando valores e o agente tiver conhecimento de tal fato. Compreende-se claramente pelo texto legal que a vogal *e* foi empregada no sentido alternativo, não havendo necessidade de um crime ter sido praticado em concurso com o outro, para que seja negado o benefício. Dessa forma, estando o condenado cumprindo pena por crime de roubo com emprego de arma somente, já basta para se indeferir a pretensão” (TACRIM-SP, 15.ª C.; Ag. Exec. 1.028.701/2, Guarulhos; j. 03.02.1997, v. u., Rel. Vidal de Castro; red.).

33.11.3 Imposição de condições: admissibilidade

Nota: aqui também não vemos razões para mudar nosso entendimento inicial. O Presidente da República tem o poder constitucional de indultar mas, todavia, não tem o mínimo poder constitucional de criar obrigações de caráter penal, o que se reserva à lei ordinária através de processo legislativo próprio. Assim, a imposição de condições a serem cumpridas ao longo de dois anos (Dec. Presid. 1.860/96, art. 3.º) é completamente inconstitucional e deve – de acordo com o que acreditamos – ser afastada pelo Judiciário. Pode o Presidente da República, no máximo, discriminar os beneficiários do favor mas, jamais, poderá impor a eles a menor condição não prevista e que não seja imanente à pena que suportam após responderem ao devido processo legal, ainda que tais condições sejam menos gravosas do que essa pena. Foi dito, em sentido contrário, que aquele que é titular do *mais* (indultar sem condições) também poderia o *menos* (indultar com condições): raciocínio enganado e tecnicamente insustentável quando aplicado à espécie, pois pode sim o *menos* mas não pode instituir *outro*. Ademais, esse *menos* (do ponto de vista da comunidade) será todavia um *mais* do ponto de vista do condenado.

• “Embora se cuide de matéria polêmica, o indulto concedido pelo Dec. Presidencial 1.860/96, em se tratando de *ato do príncipe*, deve ser cumprido isento de qualquer eiva de inconstitucionalidade, pois a decisão do Presidente da República não está subordinada ao parecer do Conselho Penitenciário e é ato de sua exclusiva competência (CF, art. 84, XII). Daí então subordinar-se o condenado ao regime de provas, consoante prescrição do aludido diploma presidencial, regime este que não é inconstitucional, com o instituto aperfeiçoando seus resultados após 24 meses contados da expedição do termo disposto no seu art. 5.º, obedecendo-se às condições estabelecidas” (TACRIM-SP, 14.ª C.; Ag. Exec. 1.039.109/5, São Paulo; j. 18.02.1997, v. u., Rel. Oldemar Azevedo; red.).

• “Sendo da essência do instituto do indulto a possibilidade de ser ele limitado e condicionado, como o revela farta doutrina brasileira, ao impor condições ao beneficiário o Dec. Presid. 1.860/96 não extrapolou a competência constitucional do Presidente da República e tampouco invadiu a esfera do Poder Legislativo” (TACRIM-SP, 6.ª C.; Ag. Exec. 1.036.643/0, São Paulo; j. 19.02.1997, v. u., Rel. Ivan Marques; red.).

33.11.4 Deferimento por política criminal

• “Tem entendido esta c. 16.ª Câmara que não tem direito ao benefício do indulto especial (Dec. Presid. 1.860/96) o agente condenado por crime de roubo qualificado, quer pelo concurso de agentes, quer contra vítima que está em serviço de transporte de valores, cumulativamente ou não (Ag. 1.042.289-4, Santos, Rel. Mesquita de Paula). Mas, quando a hipótese dos autos tem particularidades próprias é de se manter a decisão concessiva do benefício. Assim, estando o pretendente a pouco mais de um mês do vencimento final da pena, que resgatou em regime fechado, o benefício é bem concedido, abstraindo-se o exame mais aprofundado das teses jurídicas para se saber se S. Exa. o Presidente da República poderia ou não condicionar o indulto concedido por decreto; ou se as orações coordenadas que compõem a redação do art. 7.º, III, do Dec. Presid. 1.860/96 estão ligadas por conjunção *sindética aditiva*; ou, ainda, se o bom comportamento deve ser

aferido no último período de um sexto do cumprimento da pena ou se durante toda a permanência do preso no estabelecimento prisional” (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 1.051.747/9, São Paulo; j. 20.03.1997, v. u., Rel. Ubiratan de Arruda; red.).

33.12 Indulto humanitário

Nota: o chamado indulto humanitário é aquele que comumente se reserva aos condenados que estejam em estágio avançado ou terminal (os decretos consagram um desses dois termos que, todavia, não são idênticos, sendo o segundo mais restrito) de doença grave e incurável: os casos mais conhecidos são os dos condenados aidéticos que se encontram naqueles estágios, mesmo porque são conhecidos os altos índices da contaminação por HIV no meio prisional. Sobretudo em razão dessa dura realidade, anualmente o Presidente da República vem inserindo nos decretos natalinos previsão especial do benefício para condenados nessa situação.

Dois importantes questões vêm surgindo em torno desses indultos ditos humanitários:

a) trata-se de expedientes que devem ser processados com absoluta urgência, mesmo porque via de regra o laudo médico é elaborado quando o condenado já se encontra nos últimos dias de vida, surgindo assim uma problemática bastante delicada, pois é sabido que deve haver manifestação prévia do Conselho Penitenciário estadual quanto ao mérito do pedido, assim como é sabido que esse parecer pode eventualmente demorar muito para ser colhido (sobretudo quando o Juízo da execução se localiza em comarca distante daquela em que está sediado o Conselho). Diante dessa contingência, duas soluções jurisdicionais surgiram: a primeira admitindo a concessão cautelar do indulto humanitário, com a imediata sultura do condenado, reservando-se para momento subsequente a colheita do parecer do Conselho Penitenciário e o exame definitivo do mérito do pedido; a segunda, que aliás nos parece tecnicamente mais correta, é a sultura do condenado em caráter cautelar, suspendendo-se o curso da execução da pena privativa de liberdade para que, adiante, seja colhido aquele parecer e apreciado em caráter definitivo o mérito da pretensão;

b) outro problema também constante é que o Presidente da República, certamente com

grande infelicidade, insistentemente nega o indulto humanitário a presos que foram condenados por crimes hediondos ou assemelhados. Embora haja quem defenda a inconstitucionalidade dessa negativa, por afrontar o princípio de humanização das penas, não nos parece esse o melhor entendimento pois, de qualquer modo, não se pode impor ao Presidente da República a concessão do indulto a outrem que não os beneficiários por ele discriminados. Daí porque, mais recentemente, sobretudo a partir de decisões inéditas e originais de primeira instância do eminente Magistrado Benedito Roberto Garcia Pozzer da Vara das Execuções Penais da capital de São Paulo, passou-se a admitir nesses casos o livramento condicional (primeiramente em caráter cautelar em vista da urgência e da aparência do bom direito do condenado), eventualmente dispensando-se a comprovação do prognóstico de não reincidência, bem como dispensando-se a satisfação do requisito temporal que, de acordo com o melhor entendimento, na execução não pode ter qualquer aceção retributiva mas, simplesmente, devendo servir tão-somente para objetivos preventivos: ora, tratando-se de condenados já fulminados por uma enfermidade que via de regra os levará à morte próxima, muitos dos quais já sem qualquer esperança de sobrevivência, até mesmo atados permanentemente ao leito e não raramente atacados de toxoplasmose cerebral, não se pode vislumbrar o mínimo sentido em preocupações de caráter preventivo, desse modo dispensando-se a comprovação dos predicados subjetivos próprios do livramento condicional e, ainda, a satisfação do respectivo requisito objetivo.

33.12.1 Estágio avançado de doença grave e irreversível:

(a) deferimento

• “Indulto. Basta, para a concessão do favor estabelecido no inciso II do art. 1.º do Decreto 953, de 08.10.93, que se encontre o condenado em estado avançado de doença grave e irreversível, assim comprovada por laudo médico oficial. Sem cabimento a exigência posta no acórdão atacado, de tratar-se de paciente em estado terminal” (STF, 1.ª T.; HC 73.195-3, Rio de Janeiro; j. 05.12.1995, v. u., Rel. Octavio Gallotti; DJU 15.03.1996, p. 7.204).

(b) indeferimento

• “Para a concessão do indulto humanitário do Dec. 98.389/89 é preciso que a moléstia seja incurável, de fácil contágio e esteja em estágio avançado, não bastando que o pretendente seja portador do vírus da AIDS” (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 118.534-3, São Paulo; j. 23.04.1992, v. u., Rel. Ivan Marques; red.).

• “RHC – Penal – Processual penal – Indulto – Interpretação. O decreto de indulto, espécie da *Clementia Principis*, é de interpretação restrita. Se condicionado, cumpre ser provada a exigência. Assim, embora grave a moléstia, o Decreto de 1993 impõe: *estado avançado de doença grave*” (STJ, 6.ª T.; RHC 4.526-4, São Paulo; j. 28.08.1995, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 04.03.1996, p. 5.420; *apud* DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; vol. 14, ano 4, abril-junho 1996; p. 424).

33.12.2 Comprovação médica e seus critérios

Nota: para o indulto humanitário, evidentemente não basta que o condenado seja portador da doença grave mas exige-se, em qualquer caso e de acordo com o texto do decreto natalino, que esteja ele em estágio terminal ou, eventualmente, ao menos em estágio avançado, o que deve ser comprovado mediante laudo médico.

• “RHC – Penal – Processual penal – Indulto – Interpretação. O decreto de indulto, espécie da *Clementia Principis*, é de interpretação restrita. Se condicionado, cumpre ser provada a exigência. Assim, embora grave a moléstia, o Decreto de 1993 impõe: *estado avançado de doença grave*” (STJ, 6.ª T.; RHC 4.526-4, São Paulo; j. 28.08.1995, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 04.03.1996, p. 5.420).

33.13 Efeitos do indulto pleno: inadmissibilidade da extinção da multa

Nota: entendíamos inicialmente que o indulto pleno, classificado por lei ordinária como causa extintiva da punibilidade da pretensão

executória, exatamente por essa razão não podia deixar de fulminar também a pena de multa. Hoje, todavia, reformulamos esse nosso entendimento: realmente, quando o decreto concessivo excepciona expressamente dispondo a subsistência da multa, a rigor trata-se de indulto pleno apenas quanto à pena privativa de liberdade (ou seja, a rigor o indulto continua sendo parcial, já que não alcança a multa quando esta foi cumulativamente aplicada). Atente-se, todavia, que o Dec. Presid. 2.365/97 expressamente deixou de excluir a multa e, portanto, tanto o indulto quanto a comutação concedidos com base nesse decreto estendem-se também às penas de multa (as exceções nele ficaram reservadas exclusivamente às penas acessórias do Cód. Penal Militar e aos efeitos da condenação).

• “Não deve prosperar a sentença que estendeu o indulto concedido pelo Dec. 1.242/94 à sanção pecuniária, contra expressa disposição de seu art. 9.º que preceitua que *o indulto que trata este Decreto não se estende às penas de multa e restritivas de direitos*. Não procede o argumento de que, extinta a pena privativa de liberdade, não há como remanescer qualquer tipo de penalidade porventura aplicada ao fato ilícito. Segundo conhecida lição de Basileu Garcia, os indultos podem ser parciais, dentre outras hipóteses, *quando não redimem de todas as penas impostas. É que os decretos respectivos, consubstanciando deliberação excepcional, se interpretam restritivamente, e só se considera canceladas as penas a que se faz referência ou são abrangidas necessariamente, por inelutável força de compreensão. Assim, se o decreto tem por indultados os réus a que se infligiram penas não excedentes a tantos anos de prisão, silenciando quanto à multa, não se entenderá exonerada a condenação pecuniária. Aliás, o art. 738 do Código de Processo acentua que, perante o decreto de graça, o juiz declarará extinta a pena ou penas, prevendo que alguma escape à indulgência* (Instituições de Direito Penal, Max Limonad, 4.ª ed., vol. I, t. II, p. 674/675). Ora, se tal interpretação, endossada por autorizada doutrina (cf. Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, Atlas, 1987, p. 456), afigura-se acertada mesmo nos casos em que o decreto silencia a respeito da pena de multa, não se pode admitir a sua extinção contra expresse

dispositivo legal em contrário” (TACRIM-SP, 14.ª C.; Ag. Exec. 989.177/8, São Paulo; j. 26.02.1996, v. u., Rel. Renê Ricupero; red.).

• “O indulto especial do Dec. Presid. 1.860/96 ficou expressamente restrito, nos termos do seu art. 4.º, à pena privativa de liberdade, de forma que não alcança a pena pecuniária, mesmo porque não se trata de pena acessória, mas de pena principal tal como a privativa de liberdade, não podendo esta última ser declarada extinta” (TACRIM-SP, 6.ª C.; Ag. Exec. 1.036.643/0, São Paulo; j. 19.02.97, v. u., Rel. Ivan Marques; red.).

33.14 *Questões processuais em geral*

33.14.1 Oitiva do Conselho Penitenciário: desnecessidade

Nota: o Conselho Penitenciário estadual deve obrigatoriamente manifestar-se com antecedência nos pedidos de indulto e comutação de penas (LEP, art. 70, I). Não se deve esquecer a importância até mesmo política da participação dos Conselhos Penitenciários no processo de execução penal: antecipam eles a participação da própria comunidade no processo de execução que, assim, sem perder as garantias próprias de seu estágio jurisdicional, passa a anunciar uma fase ainda mais evoluída, onde a comunidade possa reivindicar para si também as graves responsabilidades para com a sorte e reinserção social dos condenados. Pese a formalidade inerente à oitiva de mais um órgão de execução, porventura acarretando algum atraso no processamento judicial, trata-se de objetivar um democrático e sadio pluralismo no processo de execução penal que, por sua eloquente natureza, não pode ser tratado como uma questão que diga respeito exclusivamente a Juízes, Promotores de Justiça e Advogados.

• “O Dec. 953/93 não exigiu a realização de exame criminológico para a concessão do indulto natalino, exame este indispensável apenas quando o sentenciado cometeu crimes com grave ameaça ou violência à pessoa. Aliás, a LEP não prevê a realização desse exame antes da concessão do indulto coletivo e, a rigor, para tanto sequer é expressamente indispensável o parecer do Conselho Penitenciário” (TJSP, 1.ª

C. Crim.; Ag. 167.695-3/0, São Paulo; j. 19.12.1994, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; red.).

33.14.2 Demora judicial

Nota: entendemos que o *habeas corpus* pode e deve ser empregado para o controle de demoras injustificadas no julgamento dos pedidos formulados ao Juízo da execução, obviamente quando se trata de condenados submetidos a cerceamento de sua liberdade de locomoção.

- “Constitucional – Processual penal – Pedido de comutação de pena – Demora no julgamento – Habeas corpus – Meio impróprio. O *habeas corpus*, ação constitucional destinada a afastar coação ou violência ao direito de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, não é instrumento processual próprio para ordenar urgência em julgamento de competência de instâncias inferiores. – *Habeas corpus* denegado” (STJ, 6.^a T.; HC 3.555, Bahia; j. 05.12.1995, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 11.03.1996, p. 6.658).

33.14.3 Instrução do pedido: ônus da parte

Nota: tratando-se de procedimento que teve início a pedido de qualquer das partes, deve esta providenciar sua exata instrução, socorrendo-se do Juízo da execução penal apenas quando justificadamente não tiver como superar os obstáculos porventura surgidos.

- “Não está o Juízo obrigado a providenciar a instrução de pedido de indulto pelo Dec. Presidencial 1.860/96, requisitando ao estabelecimento prisional o relatório disciplinar a que se refere o parágrafo único de seu art. 2.^o, cabendo à Defesa, mesmo quando patrocinada pela Procuradoria de Assistência Judiciária, providenciar a juntada aos autos desse documento, ainda que o pedido seja feito com base no art. 103, I e II, da Lei Complementar 478/86, o qual atribui ao Procurador do Estado o poder de requisitar diligências às autoridades estaduais, diligências estas que não podem ser postergadas. De fato, essa Lei Orgânica da Procuradoria do Estado de São Paulo, e mesmo seja de que unidade federativa for, na medida em que é diploma legislativo estadual, jamais

poderá se erigir à categoria de norma de processo, de índole evidentemente federal: só por aí já se vislumbra pressuposto jurídico equivocado. Ademais, o Juízo não está subordinado ao impulsionamento processual ou modo de peticionar do Procurador do Estado, cabendo ao próprio interessado, ou seus defensores, tomar as providências adequadas à instrução do pedido, mesmo porque são elas gratuitas e podem ser obtidas com um pouco de boa vontade. Por outro lado, quem dirige o processo é o juiz. E, gerindo-o, não há que ficar atrelado ao que a Procuradoria do Estado determine. Caso contrário, haveria flagrante inversão de posicionamento instrumental, de todo aberrante à própria lógica e ao bom senso, não cabendo à Procuradoria do Estado requisitar o que quer que seja ao Poder Judiciário. Norma que porventura determinasse medida dessa ordem, na medida em que criada por lei estadual, seria de ilegalidade manifesta mas, no caso, bem examinada a referida norma, sequer possui ela a amplitude que canhestamente se lhe pretende atribuir. Os dispositivos legais acima apenas estabelecem a obrigatoriedade de auxílio recíproco nas diversas esferas da Administração Pública, enquanto Poder Executivo, porém jamais enquanto Poder Judiciário. Ou, em outras palavras, o que deles se afere é que poderá o Procurador do Estado interessado requisitar *auxílio e colaboração das autoridades públicas, para o exercício de suas atribuições*, podendo também fazê-lo para obter as *competentes certidões, informações e diligências necessárias ao desempenho de suas funções*, tocando-lhe, finalmente, *utilizar-se dos meios de comunicações sociais quando o interesse o exigir*. O Juiz, todavia, não só não faz as vezes de *meio de comunicação social*, pois é órgão de soberania, com a função de dizer o direito e dirigir o processo, jungido não se achando a Procurador nenhum, como igualmente não se erige à condição de *autoridade pública* (vale dizer, não é funcionário da Administração estadual, mas sim órgão de poder) para ser obrigado a tomar esta ou aquela providência, em processo a seu cargo. Legislação estadual que determinasse o contrário, repitase, seria verdadeiramente desbordante da própria Constituição pois, de exigência em exigência, de interferência em interferência, ao final só faltaria mandar o magistrado julgar o caso como a Procuradoria do Estado quisesse. Assim, o impetrante, que quer compelir o

magistrado a tomar esta ou aquela providência no bojo de um processo judicial, tem a faca e o queijo na mão, mas deles não se vale, quiçá por comodismo. O Diretor da Penitenciária ou de outro estabelecimento prisional, incumbido de passar a certidão aqui objetivada, de cuja falta o processo se ressentir, relativa à boa conduta do reeducando patrocinado pela PAJ é, sim, autoridade pública do Executivo, no sentido jurídico do termo: por que, então, não pedir diretamente ao Diretor a certidão faltante? A providência ainda é mais fácil se se atentar que, na comarca do estabelecimento, a PAJ atua e tem quadro próprio de funcionários. O problema, de qualquer modo, não é do Magistrado da execução, ora impetrado, que andou bem em indeferir o descabido pedido. Daí a denegação da ordem, que ora tem lugar" (TACRIM-SP, 7.^a C.; MS 291.654/0, São Paulo; j. 20.06.1996, v. u., Rel. Luiz Ambra; red.).

33.15 "*Habeas corpus*": meio inidôneo

Nota: aqui também, em princípio e a exemplo do que já se verificou quanto a outros institutos da execução penal, a ação de *habeas corpus* não é meio idôneo para o condenado postular a concessão do indulto ou da comutação.

- "A concessão de redução de penas pelo Dec. 668/92 não pode ser apreciada em *habeas corpus*, seja porque se trata de matéria a ser definida por decisão agravável, seja porque o deferimento do pedido exigiria profunda análise de prova para a verificação dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva, análise esta incompatível com os estreitos limites do *mandamus*" (TACRIM-SP, 5.^a C.; HC 253.780/1, São Paulo; j. 18.02.1994, v. u., Rel. Heitor Prado; red.).

34. Procedimento Judicial em Geral

34.1 Princípios da economia, da informalidade e da celeridade

Nota: trata-se de princípios de suma relevância para o correto curso do processo de execução penal. Não bastasse nossa já caótica realidade prisional, acrescida dos seculares problemas da administração da justiça no Bra-

sil, não raramente se encontram atrasos desnecessários provocados pelo Juízo da execução penal ou, então, pelos operadores do direito de execução penal (Promotores de Justiça e Advogados) sob o beneplácito daquele, a quem cabe, sabidamente, a presidência dos atos processuais. É óbvio que esses princípios encontram limites tão-somente em outros princípios igualmente relevantes, como os da ampla defesa e da ampla postulação, do contraditório etc. Em todo caso, ao postular diligências cabe à parte fundamentar sua postulação, também não esquecendo os ônus que decorrem ainda do princípio da eventualidade.

- "O processo de execução deve ser célere e pronta deve ser a resposta aos pedidos dos presos, até mesmo em prol da disciplina prisional. Assim, cabe ao juiz, observando os princípios da brevidade, da celeridade e da simplicidade, rejeitar dilações probatórias desnecessárias postuladas pelo Ministério Público que, de sua parte, deve precaver-se manifestando-se desde logo também quanto ao mérito dos pedidos, mesmo porque providências gratuitas contribuem para o caos já notório do sistema penitenciário" (TACRIM-SP, 16.^a C.; Ag. Exec. 968.235/1, São Paulo; j. 14.09.1995, v. u., Rel. Eduardo Pereira; tj 13.11.1995; red.).

34.2 Procedimento: oitiva das partes interessadas

Nota: v. nota ao item anterior.

- "Conforme dezenas de precedentes deste Tribunal, não comete ilegalidade o juiz que, em vista de requerimento do promotor de justiça, sem manifestação de mérito, logo aprecia o fundo da pretensão pois, se o órgão competente limita-se a requerer diligências sem ferir o mérito, expõe-se a ver a causa decidida pelo mérito íntimo" (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 91.431-3, São Paulo; j. 04.07.1990, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

34.3 Recursos

34.3.1 Interesse

Nota: também na execução devem estar presentes os pressupostos recursais típicos.

- “Sendo uno o Ministério Público, carece de legítimo interesse recursal o promotor desde que, tendo o anterior opinado sobre o pedido, deixou de recorrer na época oportuna” (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ap. 317.061-5, Capital; j. 14.02.1984, m. v., Rel. Adauto Suannes; RT 595/380).

34.3.2 Tempestividade

Nota: normalmente volumosos os autos do processo de execução, formados sempre por diversos apensos, é comum a parte manifestar-se por vistas em qualquer deles e deixar de interpor recurso em face de decisão já proferida em outro. Nesses casos, a rigor, submete-se ela à preclusão temporal do direito de recorrer.

- “Conhece-se do recurso quando há dúvida pairando sobre a tempestividade do agravo em execução, pois é preferível, em homenagem ao princípio da ampla defesa, admitir a irresignação” (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ag. Exec. 780.691/7, São Paulo; j. 31.03.1993, m. v., Rel. Paulo Franco; tj 22.06.1993; red.).

- “Conforme precedentes, o agravo de execução, não regulamentado pela LEP, rege-se pelas normas do agravo de instrumento previstas no CPC, sendo de 5 dias o prazo para sua interposição” (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 159.563-3/5, São Paulo; j. 08.08.1994, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; red.).

- “Não se conhece de recurso interposto pelo Ministério Público contra decisão de unificação de penas pela continuidade delitiva, datada de anos antes da interposição, quando, embora não haja certidão da respectiva intimação ao recorrente, desde então os Promotores lotados na Vara das Execuções já teriam tomado ciência, há muito, da decisão agravada, manifestando-se repetidamente nos autos do processo. Nessas circunstâncias, conhecer do recurso importaria estabelecer verdadeiro desequilíbrio de tratamento, no processo, entre o sentenciado e os órgãos do Estado encarregados de fiscalizar a execução da pena, premiando-se a desídia, não somente dos funcionários cartorários que não realizaram a intimação específica no momento oportuno, mas de todos os demais que, oficiando repetidamente nos autos, somente agora se deram conta daquela decisão” (TACRIM-SP, 4.^a C.; Ag. Exec.

1.030.177/0, São Paulo; j. 03.12.1996, v. u., Rel. Figueiredo Gonçalves; red.).

34.3.3 Procedimento: rito do agravo do processo civil

Nota: problemática das mais tormentosas diz respeito ao rito do agravo previsto no art. 197 da LEP, havendo duas posições bem definidas a respeito (aliás bem sintetizadas na ementa do julgado proferido no Ag. Exec. 1.017.619/6 (v. item 34.3.4 *infra*). De nossa parte, entendemos ser aplicável a esse agravo o rito do recurso em sentido estrito, seja porque assim o admite o art. 2.^o da LEP; seja porque esse rito é mais adequado a processos de natureza penal, particularmente aqueles de interesse de pessoas presas e normalmente assistidas por defensoria dativa; seja porque assim está previsto nas normas de organização judiciária do Estado de São Paulo; seja, ainda, porque a Lei 9.139/95 trouxe um excessivo formalismo ao procedimento do agravo do processo civil que se mostra incompatível com os princípios da celeridade e da informalidade que devem reger o processo de execução penal.

- “A norma do art. 197 da LEP deve ser entendida com subsídio do art. 185 do CPC (TJSP, Ag. 63.396, RT 631/303), sendo de 5 dias o prazo do recurso. Tratando-se de Assistência Judiciária, ao lado da obrigatoriedade da intimação pessoal de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, conta-se em dobro os prazos (Lei 7.871/89) que, no caso, é de 10 dias” (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ag. 181.435-3/8, São Paulo; j. 29.05.1995, v. u., Rel. Irineu Pedrotti; red.).

34.3.4 Procedimento: rito do recurso em sentido estrito

- “Como anotado por Júlio Fabbrini Mirabete (*Execução penal*, 5.^a ed., 1993, Atlas, p. 458), dispondo o art. 197 da LEP que as decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo, não indicando qual o seu processamento, existe discussão sobre sua natureza e aplicação, entendendo alguns, fundados no art. 2.^o da LEP, que devem ser aplicadas ao recurso de agravo, subsidiariamente, as disposições referentes ao recurso em sentido estrito, previsto no atual CPP,

sendo que, para outros, devem ser aplicadas, por analogia, as regras do agravo de instrumento do CPC quanto a prazos, ritos, requisitos, etc. A questão, até o advento da Lei 9.139/95, que deu nova redação aos arts. 523 e seguintes do CPC, que cuidam do agravo, não gerava muitos problemas ante a similitude de processamento desses dois recursos. Apesar disso, como ressalta o referido autor (nota 9 ao art. 197 da LEP), este E. Tribunal, pelo Assento Regimental 2/84, inseriu no art. 195, V, do Regimento Interno, o recurso de agravo de instrumento, com procedimento idêntico ao do recurso em sentido estrito. Também o E. Tribunal de Justiça de São Paulo fez consignar, no art. 825 de seu Regimento Interno, que o agravo atenderá, no que couber, ao disposto nos arts. 575 a 579 e 587 a 591 do CPP, sendo expresso o art. 828, do aludido regimento, no sentido de que *no Tribunal, o agravo será processado nos moldes dos recursos em sentido estrito e julgado por uma das Câmaras Criminais*. A guinada procedimental dada pela Lei 9.139/95 ao agravo, principalmente no que diz respeito ao seu endereçamento, devendo o recurso, agora, ser dirigido diretamente ao tribunal competente (CPC, art. 524), traz a questão novamente à baila, já que, na execução criminal, estando os sentenciados presos e havendo o costume de os recursos serem interpostos por simples anotação quando da intimação da decisão que lhes foi contrária (*apelo, agravo, quero recorrer, recorro*, etc.), em muitos casos, a rigidez da forma justificável no campo civil traria, no penal, prejuízos irreparáveis, pois o não conhecimento do recurso erigir-se-á em desprezo ao *status libertatis* do reeducando e à garantia da amplitude de defesa. Assim, no Protocolado 208.667, de 27.02.96, o MM. 2.º Vice-Presidente do E. Tribunal de Justiça de São Paulo indeferiu pedido de processamento do agravo em execução nos moldes estabelecidos no CPC, por estar ele indicando que, no campo penal, onde está em jogo a liberdade do cidadão, não se pode, pura e simplesmente, adotar procedimentos previstos para o processo civil. Ora, se por qualquer motivo a decisão de primeira instância deva ser modificada, fica claro que o não conhecimento do recurso interposto por simples termo nos autos implicaria sério cerceamento de defesa que nunca seria entendido por quem está por fora dos meandros do Direito, o que, como vem acontecendo, geraria insatisfação e revolta,

sentimentos que, entre outros, têm dado causa às rebeliões de presos que vêm acontecendo diuturnamente. Portanto, entende-se que, em sede de execução penal, o agravo deve ser processado como recurso em sentido estrito, de modo a permitir necessária desformalização como meio imprescindível de fazer justiça, de modo a contribuir para a tão sonhada pacificação do ambiente carcerário" (TACRIM-SP, 16.ª C.; Ag. Exec. 1.017.619/6, São Paulo; j. 25.07.96, m. v., Rel. Mesquita de Paula; red.). Registra-se o r. voto vencido, assim declarado pelo Juiz Ubiratan de Arruda: "Mirabete, em comentários ao art. 197 da LEP, esclarece que alguns juristas entendiam aplicáveis subsidiariamente as regras do recurso em sentido estrito e outros preferiam valer-se, por analogia, quando a prazos, ritos, requisitos, etc, das regras do agravo de instrumento e acrescenta: *Concordamos com a segunda proposta já que, tendo o legislador utilizado a denominação específica de 'agravo', não previsto no Código de Processo Penal vigente, é correto recorrer à analogia com o Código de Processo Civil, que prevê tal espécie de recurso*. Historicamente, portanto, recorria-se subsidiariamente a um recurso similar do CPP ou por analogia ao agravo de instrumento do CPC, isto em razão de não existir uma lei que regulamentasse o então criado *agravo*. É bom que se diga, ainda, que a denominação de Agravo em Execução foi adotada pela jurisprudência, porquanto a LEP criou, em seu art. 197, o *agravo* como recurso adequado para as decisões sobre matéria ali disciplinada. Pois bem, agora a Lei 9.139/95, em seu art. 1.º, estabelece que o Livro I, Tít. X, Cap. II, do CPC, passa a vigorar *sob o título Do Agravo*. Eis, portanto, a lei nova e posterior que veio disciplinar o recurso de *agravo* criado pela LEP. Ao que se depreende, outra não foi a intenção do legislador. Em assim sendo, regem a matéria os arts. 524 e 525, § 2.º, do CPC, com a redação que lhes deu a Lei 9.139/95. Concluindo, entendo que o recurso correto seria mesmo o Agravo, tal como estabelecido na LEP, processado com a observância das regras dos arts. 524 e seguintes do CPC, com a redação dada pela Lei 9.139/95: na hipótese dos autos, diante da expressa e tempestiva manifestação do sentenciado em recorrer, só resta a nomeação de Advogado para arrazoar o inconformismo e endereçá-lo corretamente; é de considerar-se tirado tempestivamente o agravo e, suprida, assim, a incapacidade postulatória

de quem pretendeu recorrer e está preso, não se excluindo, inclusive, a possibilidade de conversão do julgamento em diligência" (red.).

34.3.5 Embargos infringentes e de nulidade em agravo: inadmissibilidade

Nota: a jurisprudência não vem admitindo a interposição de embargos infringentes quanto a decisões proferidas em agravo em execução, embora não nos pareça a melhor solução pois, como vimos (v. nota anterior), este deve ter o rito do recurso em sentido estrito para o qual se admite tais institutos.

- "O agravo em execução não admite embargos infringentes e de nulidade porque tais institutos não lhe foram previstos, sendo cabíveis apenas para as decisões não unânimes de segunda instância prolatadas em recursos em sentido estrito e em apelações, conforme o disposto no Cap. V do Título II do CPP e no art. 201 do Regimento Interno deste Tribunal" (TACRIM-SP, 7.^a C.; EInfrs. 490.229/4, São Paulo; j. 20.09.1990, m. v., Rel. Hélio de Freitas; tj 12.12.1991; red.).

- "Com o máximo respeito pelos ilustres defensores da tese contrária, entende-se ser incabível o oferecimento de embargos infringentes em caso de agravo em execução. Isso porque há expressa restrição legal às hipóteses de apelação e recurso em sentido estrito, o que torna incabível o recurso. Veja-se, a respeito, farta orientação doutrinária e jurisprudencial no voto vencedor do Eminentíssimo Desembargador Cunha Camargo, nos Embargos Infringentes 83.168-3, de São Caetano do Sul, publicado em RJTJESP 132/519. Não há que se falar que o agravo substituiu o recurso em sentido estrito e, por isso, que deveriam ser admitidos os embargos. Quando da elaboração e vigência da LEP obviamente já existia a limitação legal e era ela de todos conhecida. Assim sendo, se o legislador preferiu optar pelo agravo e não cuidou de incluí-lo nas hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, não se pode pura e simplesmente desprezar a letra taxativa da lei para dar-lhe interpretação extensiva contrária a essa mesma lei" (TJSP, 1.^o G. C. Crim.; EInfr. 60.232-3/0-01, São Paulo; j. 26.10.1992, m. v., Rel. Ivan Marques; dtj; 1.^a inst. 241.211 – VEC/SP; red.).

34.4 Mandado de segurança

Nota: são bastante raros os casos de admissibilidade de mandado de segurança quanto a temas da execução penal, embora em princípio não estejam excluídos em absoluto.

34.4.1 Hipótese de admissibilidade

- "Decidir se alguém tem direito líquido e certo à prisão especial é questão a ser discutida em sede de mandado de segurança, quando a constrição à liberdade de locomoção já foi objeto de *habeas corpus* denegado" (TRF 1.^a Reg., 2.^a T.; MS 93.01.32776-7; j. 08.03.1994, v. u., Rel. Eustáquio Silveira; DJU 18.04.1994, p. 16.608; Bol. IBCCrim 16, maio 1994, p. 52).

34.4.2 Hipóteses de inadmissibilidade

- "É de ser denegada a ordem em mandado de segurança interposto pelo Ministério Público, legitimado para tanto pelo art. 128, § 5.^o da CF e pelo art. 123, n.^o 1, da Lei Complementar de São Paulo 743/93, visando alcançar o efeito suspensivo em recurso de agravo em execução penal interposto contra sentença concessiva do indulto, hostilizada por não observar as exigências da lei, já que o condenado não fora submetido a exames criminológicos e não trouxera prova alguma da reparação do dano, além de não demonstrar, como lhe cumpria, que seus filhos menores necessitavam de seus cuidados. Trata-se de matéria que tem todo o aspecto de mérito da decisão guerreada, devendo obter solução no momento mesmo de julgar-se o agravo interposto, sobretudo quando o Juiz de Direito impetrado diz em suas informações, com firmeza, que os requisitos mencionados foram devidamente analisados. A jurisprudência que a esse respeito se firmou é toda no rumo de somente conceder-se tal efeito suspensivo em casos absolutamente teratológicos, em que se evidência, *prima facie*, a ilegalidade ou a monstruosidade da medida judicial adotada, cuja reparação se torne impossível ou imensamente dificultada na hipótese de provimento do recurso proposto. Quando porém o foco da discussão está em a decisão da qual pende agravo em execução penal haver sido tomada ou não ao arrepio da prova, essa matéria puramente meritória deve ser, por isso mesmo,

devidamente pesquisada quando do julgamento próprio do recurso” (TJSP, 6.^a C. Crim.; MS 202.074-3/0, São Paulo; j. 18.04.1996, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

- “Não se outorga o *writ* em mandado de segurança para o deferimento de efeito suspensivo ao agravo interposto pelo Ministério Público, contra decisão que concedeu a transferência a sentenciado, condenado neste Estado, para que ele cumpra o restante de sua pena no Estado de Mato Grosso do Sul, onde tem familiares. É cediço que o mandado de segurança não é remédio adequado a dar suspensividade a recurso que não o tem. Excepcionalmente, apenas em casos teratológicos, é que se tem permitido o uso do *mandamus*, desde que ocorram os pressupostos legais, a fim de que o direito do impetrante não pereça. Esse porém não é o caso de impetração como a presente. Primeiramente, porque o cumprimento de pena em outro Estado, que não aquele onde o crime ocorreu, está expressamente previsto no art. 86 da LEP. Segundo, porque a aludida transferência, contra a qual já foi interposto regular recurso de agravo, poderá ser, a qualquer tempo, revogada, não havendo possibilidade do *periculum in mora*. Portanto, inexistente direito líquido e certo do Ministério Público, a ser amparado pelo remédio heróico, denegando-se assim a impetração” (TJSP, 6.^a C. Crim.; MS 207.026-3/9, São Paulo; j. 13.06.1996, v. u., Rel. Nélson Fonseca; red.).

- “Mandado de segurança – Pretendido efeito suspensivo a agravo em execução – Decisão que promoveu reeducando ao regime semi-aberto Não caracterização do periculum in mora. Segurança denegada. A excepcionalidade na admissão do mandado de segurança contra ato judicial pressupõe ilegalidade ou abuso de poder, além de se evidenciar de plano a iminência de irreversível dano à situação jurídica” (TJSP, 3.^a C. Crim.; MS 210.271-3/3, São Paulo; j. 26.08.1996, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; red.).

34.5 “Habeas corpus” em geral

34.5.1 Hipóteses de admissibilidade

- “Penal – Processual – Progressão – Livramento condicional – Habeas corpus –

Recurso. Havendo injustificada demora na apreciação de pedidos de progressão de regime prisional, livramento condicional e comutação de penas, concede-se a ordem, sem supressão de instância, para que, de ofício, se instaurem os procedimentos necessários à concessão do livramento condicional e da redução de pena ao paciente, observando-se evidentemente todos os requisitos legais. Recurso conhecido e provido” (STJ; RHC 1.414, São Paulo; j. 04.12.1991, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 16.03.1992, p. 3.103; *apud* TORON, Alberto Zacharias; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; número especial de lançamento; p. 255).

- “O agravo de que trata o artigo 197 da LEP pode ser substituído pelo *habeas corpus*” (STJ, 5.^a T.; RHC 3.355-0, Rio Grande do Sul; Rel. Jesus Costa Lima; DJU 28.03.1994, p. 6.334).

- “Processual penal e execução – Decisão agravável – Cabimento do *habeas corpus*. O fato de a Lei de Execução Penal prever o cabimento de agravo contra as decisões do juízo das execuções jamais pode constituir, por si só, motivo para que o Tribunal deixe de conhecer do *habeas corpus*. A ser assim, também quando interposta apelação ou recurso em sentido estrito, a parte ficaria impedida de requer o *writ*, embora sofrendo coação ilegal ou violência à sua liberdade de ir e vir. Recurso conhecido, com baixa dos autos para que o Tribunal aprecie o mérito da impetração” (STJ, 5.^a T.; RHC 4.689/9; j. 07.08.1995, Rel. Jesus Costa Lima; DJU de 28.08.1995, p. 26.644; Bol. IBCCrim 34, out. 1995, p. 110).

- “HC – Constitucional – Processual penal – Execução da pena. O *Habeas corpus*, em tese, é ação idônea para debater tema de cumprimento da pena” (STJ, 6.^a T.; HC 4.073, São Paulo; j. 27.02.1996, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 27.05.1996, p. 17.917).

- “Penal – Habeas corpus – Regime prisional – Substituição recursal – Meio adequado. Não obsta o uso de *habeas corpus* para o exame de questões sobre a verificação do regime de cumprimento da pena, a previsão de outro recurso (agravo) não utilizado. Recurso

provido em parte" (STJ, 6.^a T.; RHC 5.421, São Paulo; j. 30.04.1996, v. u., Rel. William Patterson; DJU 10.06.1996, p. 20.394).

34.5.2 Hipóteses de inadmissibilidade

- "Quanto ao livramento condicional, o *writ* não pode ser conhecido por se tratar de substitutivo de recurso ordinário contra decisão, em *habeas corpus*, de Tribunal de Justiça, sendo esta Corte incompetente para processá-lo e julgá-lo originariamente. Também é esta Corte incompetente para processar e julgar originariamente o *writ* no tocante à decisão do juiz da execução que unificou as condenações do paciente. Para não prejudicar o ora paciente, a alegação de nulidade por colidência de defesas deve ser deixada para o exame em revisão criminal que tramita no Tribunal de Alçada Criminal. Irresignação contra exigência de membro de Tribunal, e que, portanto, deveria ser objeto de *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, mas que se acha prejudicada. *Habeas corpus* não conhecido" (STF, 1.^a T.; HC 70.905-2, São Paulo; j. 27.09.1994, v. u., Rel. Moreira Alves; Bol. AASP 1938, 14 a 20.02.96, p. 14-e).

- "*Direito penal e processual penal. Habeas corpus* contra acórdão que cassou o benefício de prisão albergue domiciliar. Alegação de constrangimento ilegal porque, com esse desfecho, ficou obstado o cômputo do tempo durante o qual o paciente gozou de tal benefício, por decisão do Juiz de 1.^o grau. Alegação repelida. Não havendo, no acórdão impugnado, qualquer afirmação incidente e muito menos decisão sobre não se poder computar, como tempo de cumprimento da pena, aquele durante o qual o paciente esteve em gozo de benefício de prisão albergue domiciliar, é prematura a impetração de *habeas corpus*, baseada em mera inferência do próprio paciente e não em ato do juiz ou do Tribunal. *H. C. não conhecido*" (STF, 1.^a T.; HC 73.042-6, São Paulo; j. 23.02.1996, v. u., Rel. Sydney Sanches; DJU 29.03.1996, p. 9.345).

- "*Processual penal – Habeas-corpus – Sentença condenatória – Pena integralmente cumprida – Constrangimento ilegal – Inexistência – Prescrição*. Na hipótese de integral cumprimento da pena imposta em sentença criminal, desaparece o fundamento de eventual

constrangimento ilegal, passível de reparação por via de *habeas corpus*, que não é remédio processual para se obter mera declaração de prescrição da ação penal, sem qualquer repercussão no direito de locomoção. *Habeas corpus* denegado" (STJ, 6.^a T.; HC 4.430, São Paulo; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 20.05.1996, p. 16.741).

- "*Criminal – Prescrição retroativa – Controvérsia factual. Habeas corpus*. Acerto do não conhecimento, por se tratar de matéria envolta em controvérsia factual imprópria de deslinde em via tão sumária" (STJ, 5.^a T.; RHC 5.401, São Paulo; j. 16.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 20.05.1996, p. 16.722).

- "*Criminal – Condenação – Revelia – Prescrição. Habeas corpus*. Reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, sobre não servir o *writ* para exame da matéria de prescrição" (STJ, 5.^a T.; RHC 5.424, São Paulo; j. 07.05.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 03.06.1996, p. 19.265).

34.5.3 Generalidades

- "*Processual penal – Habeas corpus – Constrangimento ilegal – Extinção da punibilidade*. 1. Cabe ao Tribunal de Alçada examinar o alegado constrangimento ilegal, decorrente da demora, no Juízo das Execuções Penais, em decidir pedido de extinção de punibilidade formulado pelo réu. 2. Ordem não conhecida" (STJ, 6.^a T.; HC 3.857, São Paulo; j. 12.09.1995, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 1.^o.04.1996, p. 9.942).

- "*Habeas corpus*. Não se conhece do presente *habeas corpus* quanto à alegação de o paciente estar cumprindo pena em regime mais gravoso do que o fixado na sentença, porquanto diz ele respeito a coação que, se existente, é de ser imputada ao Juiz das Execuções Penais, sendo, portanto, esta Corte incompetente para julgá-lo originariamente" (STF, 1.^a T.; HC 73.102-3, Mato Grosso do Sul; j. 06.02.1996, v. u., Rel. Moreira Alves; extraído de DJU 19.04.1996, p. 12.215).

- "*DESPACHO*: Trata-se de *habeas corpus* apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara das Execuções Penais de

Curitiba-PR. Determino, pois, a sua remessa ao Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, competente para decidir sobre o pedido como achar de direito. Publique-se. Brasília, 23 de fevereiro de 1996. Ministro José Dantas" (STJ; HC 4.270, Paraná; DJU 29.02.1996, p. 4.915).

• “**DESPACHO:** Vistos, etc. Rivair Castanho Marcondes, condenado a seis anos de reclusão por prática de homicídio, impetra *habeas corpus* contra ato omissivo do Juízo das Execuções Penais da Comarca de Curitiba – Paraná, que não aprecia seu pedido de indulto, requerido em novembro de 1994. Alega que já cumpriu mais de quatro anos e está a sofrer constrangimento ilegal porque o seu pleito nem é apreciado nem decidido pela autoridade impetrada. O pedido é instruído com prova idônea de suas alegações. Todavia, o ato omissivo atacado emana de Juiz de Direito, o que afasta a competência deste Tribunal para conhecer do *writ*, por não se ajustar às hipóteses inscritas no art. 105, I, c, da Carta Magna. A competência, no caso, é do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Isto posto, não conheço do *habeas corpus* e ordeno a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Publique-se. Intime-se. Brasília-DF, em 26 de fevereiro de 1996. Ministro Vicente Leal” (STJ; HC 4.410, Paraná; DJU 06.03.1996, p. 5.844).

• “**DESPACHO:** Vistos, etc. Cuida-se de *habeas corpus* impetrado, em benefício próprio, por Valdir Ferreira, indicando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Alega estar sofrendo constrangimento ilegal em virtude de ter sido condenado a cumprir pena em regime semi-aberto e já ter condições de obter a progressão ao regime aberto, embora, até hoje, ainda se encontre no regime fechado. As informações da autoridade apontada como coatora esclarecem que a sentença que fixou o regime semi-aberto para o paciente foi reformada em grau de apelação. A Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Wagner Natal Batista, opinou no seguinte sentido (fls. 125): *Não se instala, in casu, a competência desta Corte Suprema para analisar e julgar o writ. É que a coação, se existente, deve ser imputada ao juízo das execuções criminais, a quem compete decidir, em primeira instância, acerca da possibilidade de progressão de regime prisio-*

*nal. Ademais, engana-se o paciente quando diz que o regime estabelecido para o cumprimento da pena foi o semi-aberto. Na verdade, de acordo com as informações prestadas, o paciente, acusado da prática de roubo qualificado, foi condenado em primeira instância, às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime semi-aberto, mais multa. Ocorre que, tendo o Ministério Público apelado da sentença condenatória, a E. Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso para elevar a pena privativa de liberdade a 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, determinando que o regime inicial para o cumprimento da pena fosse o fechado. Com estas considerações, opina o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do pedido. Em tal circunstância, não há como se dar trânsito ao pedido no âmbito desta Corte, visto que inexistente, no caso, qualquer ato que possa conduzir à competência deste Tribunal para processar o *writ* (CF, art. 102, I, i). Por isso, se coação existe – considerando o tema discutido nos autos –, há que ser atribuída ao juízo das execuções criminais, cabendo, em consequência, ao Tribunal de Justiça examinar a questão, como achar de direito. Ante o exposto, com fundamento no art. 21, § 1.º, do RI/STF e no art. 38 da Lei 8.038/90, nego seguimento ao *habeas corpus*. Remetam-se os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Publique-se. Brasília, 07 de março de 1996. Ministro Ilmar Galvão, Relator” (STF, HC 73.448-1, São Paulo; DJU 14.03.1996, p. 7.086).*

• “**DESPACHO:** Vistos, etc. *Habeas corpus* impetrado por Alfredo José Calado, em causa própria, contra ato do Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais de São Paulo que indeferiu o pedido de progressão ao regime semi-aberto formulado pelo sentenciado. É o relatório. No presente caso, a ordem foi impetrada contra ato de Juiz de Direito. Evidencia-se, assim, a incompetência do Superior Tribunal de Justiça, ao qual segundo o art. 105, I, c, da Constituição Federal, cabe apreciar os *habeas corpus* quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea *a* daquele mesmo inciso, ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Remetam-se os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Publique-se. Brasília, 15 de março de 1996. Ministro Luiz Vicente

Cernicchiaro" (STJ; HC 4.269, São Paulo; DJU 26.03.1996, p. 8.867).

- **"Direito constitucional e processual penal. Habeas corpus.** Competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *i*, da Constituição Federal). 1. Não impugnando o paciente julgado de qualquer Tribunal e mostrando-se inconformado, apenas, com a forma pela qual está sendo executada a pena, que lhe foi imposta, eventual constrangimento ilegal decorre de ação ou omissão de Juiz de 1.º grau. 2. Nesse caso, não compete, originariamente, ao S.T.F., o processo e julgamento do *Habeas Corpus* (art. 102, I, *i*, da Constituição Federal). 3. *H. C.* não conhecido, remetidos os autos ao Tribunal de Justiça do Estado ao qual vincula a autoridade judiciária de 1.ª instância" (STF, 1.ª T.; HC 73.473-1, Paraná; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Sydney Sanches; DJU 17.05.1996, p. 16.328).

- **"DESPACHO:** Vistos, etc. Condenado por homicídio (CP, art. 121), em grau de apelação, a 19 (dezenove) anos de reclusão, regime fechado, Ednardo Silva de Araújo, 42 (quarenta e dois) anos, impetra *habeas corpus* reclamando que, passados mais de 10 (dez) dias, o Acórdão ainda não foi publicado e que já tem direito ao regime semi-aberto do qual precisa para frequentar o curso superior em que está matriculado. Diz que precisa do Acórdão publicado para postular a progressão ao regime semi-aberto. Pede liminar. Indefiro a liminar, à falta dos pressupostos legais – *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Peçam-se informações à autoridade apontada como coatora. Após, juntadas, sigam ao Ministério Público Federal. Publique-se. Brasília, 27 de março de 1996. Ministro Edson Vidigal" (STJ; HC 4.486, Rio Grande do Norte; DJU 06.05.1996, p. 14.541).

- **"DESPACHO:** Vistos etc. O Supremo Tribunal Federal não é competente para processar e julgar, originariamente, *habeas corpus* quando a autoridade coatora for juiz singular, por indeferir pedido de progressão de regime prisional, ou a Equipe Técnica de Classificação (art. 102, I, da CF). Nestes termos e com base no art. 21, § 1.º, do RISTF, nego seguimento ao pedido no âmbito desta Corte, e determino a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para proceder como entender de direito. Intime-se e envie-se cópia desta

decisão ao paciente. Brasília, 28 de março de 1996. Ministro Maurício Corrêa, Relator" (STF; HC 73.820-6, São Paulo; DJU 09.04.1996, p. 10.594).

- **"DESPACHO:** Vistos, etc. O impetrante está preso, cumprindo pena na Casa de Prisão Provisória de Goiânia, GO. Diz que está marcado para morrer e pede para ser transferido para a 8.ª Delegacia, na Capital. Queixando-se do Juiz da Vara de Execuções Penais, que indeferiu o pedido de transferência, impetra este *habeas corpus* para ter garantida a transferência. A competência para este *Habeas Corpus* é do Tribunal de Justiça de Goiás. Nesta instância, nego seguimento ao pedido. (RI-STJ, art. 34, XVII, § único). Sigam os autos ao Tribunal estadual. Publique-se. Brasília-DF, 08 de abril de 1996" (STJ; HC 4.508, Goiás; DJU 06.05.1996, p. 14.541).

- **"DESPACHO:** Vistos, etc. Sentenciado sob acusação de triplo homicídio a 54 (cinquenta e quatro) anos de reclusão, já tendo cumprido 04 (quatro) anos, Juarez da Silva Guimarães, ex-Agente de Polícia de 3.ª Classe, em Goiás, quer *habeas corpus* para dar continuidade aos seus estudos de História na Universidade Federal. A autoridade apontada como coatora é o Juiz da Vara de Execuções Penais; por isso a competência para conhecer e julgar este *habeas corpus* é do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Nesta instância, nego seguimento ao pedido (RI-STJ, art. 34, XVII, § único). Sigam os autos ao Tribunal estadual. Publique-se. Brasília-DF, 12 de abril de 1996. Ministro Edson Vidigal" (STJ; HC 4.509, Goiás; DJU 06.05.1996, p. 14.541).

- **"'Habeas corpus' – Regime prisional – Reforma para pior – Princípio tantum devolutum quantum appellatum'.** Ao modificar o regime prisional fixado na sentença, o tribunal de origem foi além do pedido, agravando a situação do condenado. Ofensa ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. Ordem concedida" (STF, 2.ª T.; HC 73.291-7, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU 19.04.1996, p. 12.217).

- **"DESPACHO:** O *habeas corpus* ataca acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, proferido nos autos do Agravo em Execução 706.879/1. Nessa hipóte-

se, incompetente é esta Corte para apreciá-lo, segundo orientação do STF. Pelo exposto, determino a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. P. e I. Brasília, 29 de abril de 1996. Ministro Assis Toledo” (STJ; HC 4.331, São Paulo; DJU 06.05.1996, p. 14.541).

• “**DESPACHO:** Vistos. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Fábio Vicente Vieira, que se encontra preso, em cumprimento da pena de quatro anos de reclusão, que lhe foi imposta pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pelo crime previsto no art. 12, caput, c/c o art. 18, III, da Lei 6.368/76. Diz o impetrante que, ciente de que é demorada a tramitação do processo de livramento condicional, requereu desde 1994 sua remoção para um presídio, a fim de ser submetido aos necessários exames para possibilitar sua soltura ao completar 2/3 da pena, o que ocorreu em 28.01.1996. Como até a presente data não foi providenciada a remoção que vem pleiteando, requer a concessão da ordem para que o paciente seja posto em liberdade condicional com a máxima urgência, independentemente da realização dos r. exames de avaliação do mérito. O writ foi impetrado originariamente perante o Egrégio STJ, que encaminhou os autos a esta Corte (fls. 15). O eminente Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro prestou informações, esclarecendo: 1. *O paciente foi condenado a quatro anos de reclusão, em regime fechado, pelo crime de tráfico de entorpecentes em concurso de agentes (artigos 12, 'caput' c/c 18, III, da Lei Federal 6.368). A condenação emanada da 3.ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça transitou em julgado e o processo está na Vara de Execuções Penais deste Estado. O cumprimento da pena corporal terá seu termo final em 23 de maio de 1997.* 2. *Foram ajuizados perante a 3.ª Câmara Criminal dois pedidos de habeas corpus, visando 'a liberdade condicional de plano independentemente da realização dos exames' (sic). O Juiz das Execuções ao prestar as informações esclareceu que o apenado já havia sido transferido, em 19 de janeiro de 1996, para o Presídio Ary Franco do DESIPE. Nessa unidade penitenciária ele está sendo submetido aos exames necessários à instrução do benefício.* 3. *O relator dos dois habeas corpus, Desem-*

bargador Dilson Navarro, nos termos do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, julgou prejudicados os dois writs, conforme decisão de 13 de fevereiro de 1996. Os impetrantes voltaram a peticionar nos autos, sendo o pleito recebido como agravo regimental. Tal recurso ainda não foi julgado pela Egrégia Terceira Câmara Criminal deste Tribunal (fls. 24/26). Oficiando às fls. 28/29, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral Edinaldo de Holanda Borges, o Ministério Público opina no sentido de que sejam os autos devolvidos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por entender que não há na postulação vertente impugnação aos termos da decisão colegiada do Egrégio Tribunal, que condenou o réu ao cumprimento de pena restritiva de liberdade. O que se perquire é ato do Juízo de Execução, que o Egrégio Tribunal não conheceu, na via do habeas corpus. Conclui o parecer que a presente postulação constitui substituição do recurso ordinário constitucional, em sede de habeas corpus. Isto posto, decido. A impetração não ataca o acórdão que condenou o paciente. Limita-se a alegar que ele já cumpriu 2/3 da pena, e que há demora na concessão da liberdade condicional a que entende fazer jus, pelo que requer que o benefício lhe seja concedido pelo Supremo Tribunal Federal, sem os exames de avaliação exigidos. Pelo que consta das informações prestadas pelo Presidente do TJ/RJ, os dois habeas corpus impetrados em favor do paciente, com vistas à sua liberdade condicional, independentemente da realização dos exames, foram julgados prejudicados, em face das informações prestadas pelo Juízo das Execuções, no sentido de que o paciente já havia sido transferido para o Presídio Ary Franco e que estava sendo submetido aos exames necessários à instrução do benefício. Trata-se, por isso, de impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional, da competência do Superior Tribunal de Justiça (C. F., art. 105, II, a). A competência, pois, no caso, é daquela Egrégia Corte. Remetam-se-lhe estes autos. Publique-se. Brasília, 30 de abril de 1996. Ministro Carlos Velloso, Relator” (STF; HC 73.678-5, Rio de Janeiro; DJU 23.05.1996, p. 17.269).

• “**DESPACHO:** Vistos. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Jesus Aparecido Joaquim de Oliveira, em que se

alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em virtude da sustação do livramento condicional, pelo Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Capital, decisão que a Egrégia Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve, ao julgar *habeas corpus* impetrado em favor do paciente (fls. 105/109). O eminente 2.º Vice-Presidente do Egrégio TJ/SP prestou informações, esclarecendo sobre a situação jurídica do paciente: (...) 1. *O paciente cumpre pena total de quinze anos, cinco meses e vinte e quatro dias de reclusão, com término previsto para 29.08.1997. Atualmente se encontra recolhido no Centro de Readaptação da Penitenciária de Taubaté, em regime fechado.* 2. *Aos 13.06.1995, foi concedido ao paciente o Livramento Condicional. Antes da formalização do benefício, vieram aos autos da Execução Penal 191.127, que se processa perante a Vara das Execuções Criminais da Comarca da Capital, notícia de envolvimento do paciente na rebelião na Casa de Detenção de Hortolândia, onde se encontrava recolhido, entre os dias 20 e 21.06.1995, sendo preso em flagrante delito.* 3. *Com a informação trazida pela administração do presídio, foi o benefício concedido ao paciente cautelarmente sustado, na data de 12.07.1995. Decisão unânime da Colenda Sexta Câmara Criminal deste Tribunal deixou de conhecer de Habeas Corpus impetrado em favor do paciente pelo restabelecimento do benefício, em 26.10.1995. O recurso ordinário constitucional tirado contra o v. acórdão não teve prosseguimento, indeferido por intempestividade, em despacho desta Segunda Vice-Presidência, na data de 26.01.1996.* 4. *Em 09.01.1996, o MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais tornou insubsistente a decisão concessiva de Livramento Condicional até o julgamento da ação penal intentada contra o paciente. Atualmente o feito aguarda manifestação final da Defesa em pedido de restabelecimento do benefício por ela formulado. Do exposto, decido. Tem-se, no caso, conforme registra o parecer do Ministério Público, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional, da competência do Superior Tribunal de Justiça (C. F., art. 105, II, a). A competência, pois, no caso, é daquela Egrégia Corte. Remetam-se-lhe estes autos. Publique-se. Brasília, 13 de maio de 1996. Ministro Carlos Velloso, Relator” (STF; HC 73.606-8, São Paulo; DJU 23.05.1996, p. 17.268).*

35. Reabilitação criminal

35.1 Natureza jurídica

Nota: embora via de regra apresentado e processado perante o Juízo de conhecimento que prolatou a decisão condenatória, a rigor a reabilitação criminal é instituto típico do direito de execução penal.

- “O perdão judicial tem maior alcance, é mais abrangente e mais suave para o interessado, do que a mera reabilitação, principalmente tendo em vista os preceitos dos arts. 748 do CPP e 202 da Lei 7.210/84. Na verdade, a reabilitação elimina apenas alguns efeitos secundários da condenação (art. 93, CP), enquanto o perdão judicial extingue todos os efeitos da condenação” (TACRIM-SP, 1.ª C.; RO 910.063/5; j. 03.08.1995, v. u., Rel. Di Rissio Barbosa; Bol. IBCCrim 35, nov. de 1995, p. 114).

35.2 Ausência de ressarcimento do dano: indeferimento

- “Se o crime foi de natureza sexual, contra menor honesta, seduzida por promessa de matrimônio, e o qual não foi reparado pelo casamento, (para a reabilitação criminal) é devida indenização sob a forma de dote, que a ofendida tem o direito de receber do ofensor, nos expressos termos do art. 1.548, I e III, do Código Civil” (TJSP, 1.ª C. Crim.; Rec. 193.571-3, Osasco; j. 13.11.1995, v. u., Rel. Marcial Hollandia; Bol. IBCCrim 38, fev. de 1996, p. 127).

35.3 Recurso de ofício

Nota: tema sempre polêmico é o que diz respeito ao recurso de ofício da decisão concessiva da reabilitação pois, pese a literalidade da lei processual penal, há quem entenda com boas razões que, na nossa atual sistemática, o recurso de ofício é incompatível com a titularidade da ação penal pública incondicionada que se reserva, com exclusividade, ao Ministério Público.

35.3.1 Admissibilidade

- “Reabilitação – Reexame necessário – A Lei 7.210/84 não revogou, nem tácita

nem expressamente, o art. 746 do CPP – Recurso conhecido” (TJSP, 6.^a C. Crim.; Rec. 202.082-3, São Paulo; j. 13.06.1996, v. u., Rel. Djalma Lofrano; Bol. TJSP 18/11).

35.3.2 Inadmissibilidade

- “Em sede de reabilitação não tem lugar a interposição de recurso de ofício, pois é impossível a coexistência da remessa oficial prevista no art. 746 do Cód. Proc. Penal com a prevalente sistemática de ordem constitucional, que baniu o sistema inquisitivo da administração da Justiça Criminal, implantando-se tão-somente o sistema acusatório” (TACRIM-SP, 4.^a C.; RO 756.543; j. 15.12.1992, m. v., Rel. Passos de Freitas; Bol. IBCCrim 19, agosto 1994, p. 62).

- “Revogação do recurso de ofício – CF, art. 129, I, e CPP, art. 746. A CF/88 estabeleceu ser a iniciativa da ação penal privativa do Ministério Público. Sendo o recurso de ofício uma forma de iniciativa da ação, que faz prosseguir o exercício da jurisdição, tem-se como revogados os dispositivos da lei processual penal que determinam a obrigatoriedade de sua interposição pelo Juiz (na reabilitação criminal)” (TRF 4.^a Região, 1.^a T.; Rec. *Ex Officio* 93.04.38348.0, Porto Alegre; j. 14.03.1995, m. v., Rel. Ivo Tolomini; DJU de 26.04.1995, p. 24.318; Bol. IBCCrim 32, agosto 1995, p. 108).

35.4 Renovação do pedido: admissibilidade

- “Reabilitação – Pedido renovado – Apresentação de novos documentos. Provido o recurso *ex officio* no primeiro processado de Reabilitação, por insuficiência de prova, veio o pedido a ser renovado, agora com novos documentos. Atendidas as exigências legais (art. 652, alíneas a, b, c e d, do CPPM), o Tribunal mantém a Reabilitação decretada no Juízo *a quo*. A Reabilitação refere-se à condenação na Justiça Militar da União. Decisão unânime” (STM; Rec. 6.274-8, Rio de Janeiro; j. 12.03.1996, Rel. Aldo da Silva Fagundes; DJU 10.04.1996, p. 10.906).

35.5 Insubsistência do instituto após a LEP

Nota: há também quem entenda que o instituto da reabilitação criminal não prospera à vista do texto legal mais recente da LEP (posicionamento que não nos convence à vista da disposição específica do parágrafo único do art. 93 do Código Penal, tratando de tema estranho ao ambiente mais restrito do art. 202 da LEP e, eventualmente, justificando um interesse específico na reabilitação).

- “1. Em face da Lei 7.210/84, que disciplinou, por inteiro, a execução penal, não sobrevive o instituto da reabilitação, como previsto no art. 743 e segs. do CPP. 2. O art. 202 da LEP determina que, cumprida ou extinta a pena, é vedada qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. 3. Desnecessidade do procedimento antigo previsto para a reabilitação e, também, do recurso de ofício” (TRF 1.^a Região/Brasília, 4.^a T.; Rec. *Ex Officio* 94.01.34562-7; j. 29.03.1995, v. u., Rel. Eustáquio Silveira; DJU de 27.04.1995, p. 24.659; Bol. IBCCrim 29, maio 1995, p. 98).

35.6 “Habeas corpus”: inadmissibilidade

Nota: efetivamente, não se vislumbra hipóteses de cabimento de *habeas corpus* quanto a temas próprios da reabilitação criminal.

- “Habeas corpus – Pedido de reabilitação – Acórdão que, provendo recurso de ofício, cassou a reabilitação. 2. Não conhecimento de *habeas corpus*, na espécie, por não ocorrer constrangimento à liberdade de ir e vir do paciente. A reabilitação pressupõe a extinção da pena por seu cumprimento” (STF, 2.^a T.; HC 72.360-2, São Paulo; j. 23.08.1994, v. u., Rel. Néri da Silveira; DJU 08.03.1996, p. 6.239).

36. Temas Diversos

36.1 Conceitos de maus antecedentes e de reincidência

Nota: embora cotidiano na terminologia do legislador, e bem ao contrário do que ocorre com

a reincidência, não há um conceito exato e material de "maus antecedentes", pese a gravidade dessa categoria estabelecida na lei penal, inclusive no direito de execução penal. Devido a sua relevância para diversos institutos da execução penal, alguns pontos merecem ser ressaltados:

a) simples inquéritos policiais e simples processos criminais em andamento (com ou sem sentença condenatória ainda não definitiva) não podem desabonar os antecedentes de quem quer que seja: sobre isso impera a lúcida e irretorquível presunção constitucional de inocência;

b) se a lei penal admite o período depurador para a reincidência (sem dúvida mais gravosa do que os "maus antecedentes"), evidentemente condenações anteriores depuradas quanto à reincidência não podem desabonar os antecedentes de quem quer que seja;

c) se a omissão legislativa quanto ao conteúdo dos maus antecedentes serviu para alguma coisa no sistema do direito penal, certamente foi para bem advertir que não se deve construir ao redor dessa categoria um conceito puramente aritmético, mas sim baseado em critérios qualitativos e racionais de avaliação.

- "*Maus antecedentes – Desconsideração destes no prazo prescricional da reincidência.* O art. 64, I, CP, determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a 5 (cinco) anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, sem outro delito, evidencia-se ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a justiça penal. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada" (STJ, 6.^a T.; RHC 2.227-2, Minas Gerais; j. 18.12.1992, m. v., Rel. design. Vicente Cernicchiaro; DJU 29.03.1993, p. 5.267; *apud* TORON, Alberto Zacharias; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; v. 2, abril-junho 1993, p. 240).

- "O art. 64, I, C.P. determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condena-

ção anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior houver decorrido período superior a 5 (cinco) anos. O dispositivo se harmoniza com o direito penal e a criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, sem outro delito, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a justiça penal. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada" (STJ, 6.^a T., RHC 2.227-2, Minas Gerais; Rel. Pedro Acioli; DJU 29.03.1993, p. 5.267).

- "Mau antecedente é fenômeno ocorrente na experiência jurídica. Acontecimento histórico. Como tal, identificável no tempo e no espaço. Cumpre ser explicitado na sentença. O Direito é fato e norma (valorados)" (STJ, 6.^a T.; RHC 2.533-9, Espírito Santo; Rel. Vicente Cernicchiaro; DJU 29.03.1993, p. 5.268).

- "O princípio da presunção de inocência significa que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Vale dizer, nenhuma sanção criminal poderá ser imposta, ou extrair efeito jurídico próprio da condenação. Assim, logicamente, estar o réu indiciado, ou denunciado (em outro processo) não pode conduzir à conclusão de maus antecedentes. Constituiria, sem dúvida, a condenação hipotética e antecipada" (STJ, 6.^a T.; RHC 2.702-6, Pará; Rel. Vicente Cernicchiaro; DJU 28.06.1993, p. 12.901).

- "Processos em andamento não se erigem em *maus antecedentes*, por força do princípio constitucional da presunção de inocência, já que sempre presente a possibilidade de uma absolvição" (TACRIM-SP, 5.^a C.; HC 251.236; j. 10.11.1993, v. u., Rel. Ivan Marques; Bol. IBCCrim 15/47).

- "1. Inquérito policial arquivado por haver sido extinta a punibilidade pela prescrição, não pode ser considerado como antecedentes para efeito do art. 59 do CP" (TRF 4.^a Reg., 2.^a T.; Ap. 95.04.46130-1, Rio Grande do Sul; j. 14.12.1995, m. v., Rel. designado Dória Furquim; DJU 14.02.1996, p. 7.365; Bol. IBCCrim 40, abril 1996, p. 134).

• *“Pena – Redução – Admissibilidade – Condenação anterior, ocorrida há 20 anos, que não pode ser indicativo de maus antecedentes – Demais aspectos da vida do apelante com saldo francamente positivo – Compensação do aspecto negativo com inúmeros outros que o abonam – Pena reduzida ao mínimo legal – Recurso parcialmente provido para esse fim.* Por maus antecedentes não se consideram apenas as condenações criminais, porém o comportamento social, profissional e familiar; a conduta anterior e o procedimento do réu posterior ao delito a que responde. É a vida do réu e não mero aspecto dela e que não se confunde com primariedade” (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ap. 164.640-3, Pindamonhangaba; j. 10.01.1996, v. u., Rel. Devienne Ferraz; Bol. IBCCrim 39, mar. 1996, p. 131).

• *“Penal – Reincidência – Lei das Contravenções Penais.* Na Lei das Contravenções Penais, verifica-se a reincidência quando o agente que pratica contravenção já tenha sido, irrecorivelmente, condenado no Brasil por outra contravenção. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 5.^a T.; REsp. 67.062, São Paulo; j. 12.02.1996, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 11.03.1996, p. 6.644).

• *“Direito penal e processual penal – Reincidência: arts. 63 e 64, I, do Código Penal.* Alegação de nulidade na fixação da pena, com o reconhecimento da reincidência, apesar de extinta a punibilidade do delito anterior. Alegação repelida. 1. Havendo o novo delito ocorrido após o trânsito em julgado da condenação anterior, restou caracterizada a reincidência (art. 63 do Código Penal). 2. A extinção da pena, pelo respectivo cumprimento, além de não se confundir com extinção da punibilidade, não elimina a condenação anteriormente imposta, para efeito de reincidência, se não ocorre a hipótese prevista no artigo 64, inciso I, do C. Penal” (STF, 1.^a T.; HC 73.167-8, São Paulo; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Sydney Sanches; DJU 17.05.1996, p. 16.325).

36.2 Expulsão de estrangeiro: hipótese de inadmissibilidade

• *“DESPACHO:* Vistos, etc. Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pelo ilustre advogado João José Ramacciotti Júnior, em favor de Miguel Gercwolf, de nacionalidade argentina, objetivando o reconhecimento da ilegalidade do

decreto presidencial datado de 29 de julho de 1994, publicado no DOU-I de 1.^o de agosto do mesmo ano, que resolveu expulsar o referido paciente do território nacional, na conformidade do art. 65 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980. 2. Diz o impetrante que a expulsão em tela lastreou-se em imputação cuja pretensão punitiva do Estado já se encontrava extinta por decisão judicial. 3. Aduz que, por fatos ocorridos desde 1977 até 1979, o ora paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal oficiante junto ao Juízo da 1.^a Vara Federal em Salvador, Bahia, tendo sido a denúncia recebida em 19 de março de 1981, vindo a ser condenado a três anos de reclusão, que pela causa de aumento prevista pelo art. 71 do Código Penal, foi fixada em definitivo em quatro anos de reclusão. 4. Da sentença condenatória não apelou o Ministério Público, fazendo-o apenas o paciente e três co-réus, tendo a Quarta Câmara do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região negado provimento ao recurso, à unanimidade, em 10 de novembro de 1993. 5. Sob o fundamento do trânsito em julgado da sentença de primeira instância para o Ministério Público em 5 de fevereiro de 1986, o Juiz da 1.^a Vara Federal em Salvador, atendendo requerimento do próprio Ministério Público, houve por bem declarar extinta a punibilidade do paciente, por sentença datada de 5 de setembro de 1994, nos termos seguintes: *A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada. No caso dos autos, o prazo para a ocorrência da prescrição é de oito anos, já que a maior pena aplicada não superou os quatro anos. Tem-se nos autos, o transcurso de mais de oito anos entre o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e o trânsito em julgado para os réus, sem interrupção ou suspensão, verificando-se assim, a prescrição que, a teor do artigo 107, IV do Código Penal é causa de extinção da punibilidade.* 6. Daí argumentar o impetrante: *Ora, se o fato jurídico em tela, não gerou efeitos no campo do direito, em razão da extinção da punibilidade, não se prestaria também a embasar o decreto de expulsão do Paciente, pois com o advento da Lei 7.209/84 que modificou substancialmente a parte geral do Código Penal, considera-se que a prescrição retroativa atinge diretamente a pretensão punitiva, de modo que reconhecida, como no caso em exame, essa modalidade de prescrição são apagados os efeitos principais e acessórios da ação penal e da condenação.* 7. Presentes os requisitos do

fumus boni iuris e do *periculum in mora*, defiro o pedido de liminar para suspender os efeitos do decreto presidencial que expulsou o paciente do País, até final julgamento do presente *habeas corpus*. 8. Apensem-se aos autos os do Mandado de Segurança 22.405-3, do qual fui Relator, impetrado pelo ora paciente. 9. Requistem-se as informações. Após, dê-se vista à Procuradoria Geral da República. Intime-se. Brasília, 30 de abril de 1996. Ministro Maurício Corrêa, Relator” (STF; HC 73.940-7, São Paulo; DJU 06.05.1996, p. 14.321).

36.3 *Homonímia e/ou incidente de identificação: critérios*

Nota: são sempre tormentosos os incidentes de identificação no curso do processo de execução penal. Precipitada norma constitucional, ao excluir em princípio os meios de identificação datiloscópica pela autoridade policial, desserviui a sociedade brasileira e a Justiça criminal de modo intolerável, provocando grande aumento nos índices de falsidade nas identificações policiais. Em consequência, multiplicaram-se os casos de pessoas inocentes sendo adiante presas e até cumprindo inteiramente penas apenas porque, no passado, perderam seus documentos ou os viram de qualquer forma duplicados pelos verdadeiros criminosos que, com eles, se identificaram quando de seus indiciamentos. O pior é quando se recorda que a inclusão dessa esdrúxula norma em nossa Constituição Federal decorreu menos de intenções autenticamente garantistas e, muito mais, do objetivo de se evitar que certas personalidades políticas, então como hoje comumente indiciadas em acusações de todo gênero, passassem pelo constrangimento de serem submetidas a processos de identificação datiloscópica em repartições policiais.

Diante da notícia fundamentada de que a pessoa que suporta a pena não seria aquela que realmente foi condenada, deve o Juiz da execução instaurar o incidente de homonímia, o qual admite a produção de todos os meios de prova permitidos, sendo mais comum a confrontação das impressões datiloscópicas (quando possível) e exames grafotécnicos, não estando porém descartada mesmo a produção de meios orais e documentais de prova, reabrindo-se, desse modo, o procedimento de identificação (v. o apurado enquadramento conceitual empreendido no julgado abaixo). Necessária, portanto, uma atenta comparação de todos os dados constantes dos autos do processo da condenação com aqueles apresenta-

dos nos autos do processo de execução. Esse incidente culmina com uma decisão de caráter meramente declaratório, a qual declara que o interessado é ou não a pessoa que foi condenada (em caso negativo, seguindo-se a comunicação aos órgãos competentes).

Importante recordar que aqui também é possível a emissão de decisões de caráter cautelar, sobretudo em vista da urgência reclamada pela aplicação do estado prisional a pessoas que os autos noticiam fundamentadamente serem inocentes e que se encontram cumprindo penas em lugar de outras, impondo-se assim sua imediata soltura.

- “A identificação jurídica guarda, sempre, caráter pragmático. Serve à segurança, à certeza e à igualdade das relações de direito. Como tal atividade surge objetiva e subjetivamente complexa, pode-se dizer existente um procedimento de identificação. Se o procedimento aflora empírico, temos o reconhecimento; se emerge técnico-científico, possuímos a identificação médico-legal ou pericial e policial ou judiciária. A identificação é, pois, o procedimento técnico-científico por meio do qual se identifica alguém, reencontrando-lhe a identidade, ou a descobrindo, por necessidade jurídica. No processo penal, a mencionada indispensabilidade está em só se poder aflorar a acusação em face de argüido conhecido, comunicando ou apontando, ao menos, sua identidade física (arts. 41 e 259, primeira parte, do Cód. de Proc. Penal). Há quem denomine de identificação nominal aquilo que se chama qualificação pessoal. Convém delimitar os conceitos. A identificação consiste no verificar a identidade e é a sua prova. Um dos meios legais de demonstrá-la – não o único – acha-se na exibição da cédula de identidade. Já, a qualificação é ato de qualificar-se, ou de ser qualificado, pela indicação de qualidades pessoais, ou dos diversos papéis sociais exercidos. Daí, mostrar-se direta ou indireta, conforme sejam os papéis comunicados ou atribuídos. A qualificação, no processo penal, mostra-se como a tomada de informes pela autoridade, policial ou judiciária, da vítima, testemunha, suspeito, indiciado ou acusado sobre seu nome, naturalidade, estado civil, idade, filiação, domicílio, residência, meio de vida ou profissão, lugar onde trabalha e se sabe ler e escrever. Afinal, é a anotação formal dos dados pessoais daqueles supra-aludidos. O Código de Processo Penal menciona a qualificação em vários dispositivos (arts. 41; 185; 203; 352, ns. III e IV;

365, n. II; 533, § 3.º; e art. 724, n. I; o último revogado pelo art. 138 e §§ da Lei 7.210/84, o qual se refere à identificação do liberado condicional). A qualificação do acusado irrompe, na lei processual penal, exibindo rol exemplificativo de informes individuais, até porque manifestamente incompleto (art. 352, ns. III e IV; e art. 365, n. II). Basta ver o que se pede às testemunhas (art. 203). O diploma processual penal, contudo, não usa, com critério, das palavras identificação e qualificação. Cabe, pois, à doutrina e à jurisprudência apartarem os conceitos, para fazê-los operar. A qualificação pessoal tem valia, no direito e no processo penal, de manifesto. Serve, inclusive, como elemento complementar da identificação, quando aponta as qualidades individuais da pessoa física. Inobstante o comum alargamento do conceito de identidade, as qualidades, ou acidentes, tais como a nacionalidade, idade, filiação, estado de casada ou de solteira da pessoa natural, profissão ou outras, não o integram. Aquilo que não se exhibe permanente, não dura no tempo, só qualifica; apenas adjetiva, não identifica; eventualmente, colabora na identificação. É preciso não confundir a identificação do indiciado, ou do acusado — a pessoa incriminada; a que surge qual provável agente ou autor da infração penal —, com uma das maneiras de identificar fisicamente: a colheita de impressões dactiloscópicas. As ações penais de conhecimento, de natureza condenatória, exigem inculpados certos, individuados. Reclamam pessoa humana, considerada em suas características próprias e físicas; ainda que se lhe desconheça o nome e não se tenha a identificação digital (arts. 41 e 259, do CPP). Daí, um dos mais conhecidos erros do diploma vigente, quando, referindo casos de chamamento edital, menciona pessoa incerta (art. 363, n. II, do CPP). Ao se assentar que o increpado é pessoa, sempre certa, mostram-se dois interesses prevalentes, em jogo. O da Justiça Penal, no perseguir em juízo, só, pessoa física determinada, seja para lhe saber dos antecedentes criminais, seja para evitar o risco do erro judiciário. E da sociedade, em não ver nenhum de seus membros acusados, senão aquele provável autor de fato ilícito e típico, por mínima garantia contra o eventual arbítrio estatal. A certeza jurídica precisa funcionar, então, duplamente: estabelecendo estado de razoável conhecimento e informação sobre o incriminado — *quis* — e lhe protegendo os direitos fundamentais, bem assim os dos outros membros da comunhão social, perante o poder

do Estado. No que pertine à ação penal, de que se cuida, teve ela argüidos certos, individuados. A todo tempo identificado por suas características físicas, foi o inculpadado, que se fez passar pelo coato. Sempre com a maior vênica, não se cuida de falta de legitimidade para causa, ou para o processo (art. 43, n. III, do CPP). A *legitimatio ad causam* diz com as partes certas; quanto ao direito material violado, ou ameaçado de violação; a quem a lei concede a ação judiciária e o direito de responder-lhe ao pedido. Já, a *legitimatio ad processum* resume-se na capacidade processual, em senso estrito, ou faculdade de praticar atos processuais válidos. Na ação penal, que tramitou pelo juízo de conhecimento, o paciente nem haveria de ser parte; nem deveria estar em Juízo. Eram e estiveram, porém, de modo determinado, os participantes dos crimes; utilizando-se-lhe um deles, falsamente, das qualidades. No tocante ao coato, jamais irrompeu, portanto, justa causa, para indiciamento, acusação e condenação. No muito amplo sentido, que se há de tirar da expressão legal, que se não cifra, unicamente, em fundamento probatório, para arrimar acusação (art. 648, n. I, do CPP). Ainda, e com o acatamento devido, não exsurge hipótese de trancamento. A ação penal existe; guarda, ao que parece, validade; e tem a específica eficácia; sempre em relação aos inculpados certos, individuados. Cumpre, tão-só, reconhecer e declarar que o paciente não há de figurar como indiciado, acusado, ou condenado, pelos crimes em questão, fatos objetivados na referida ação penal. Assim, não possuindo força e efeito, quanto a ele, o indiciamento, a acusação e a r. sentença condenatória; dando-se baixa, inclusive, na distribuição. Retificando-se, oportunamente, os dados de qualificação do acusado, por termo, nos autos, na forma estabelecida em lei (art. 259, segunda parte, do CPP). Impossível salvo-conduto ao paciente, em face de inquéritos policiais e outras ações penais, em curso, ou por emergir. Em cada caso, terá que erguer incidente de legitimação de identidade, por muito que lhe custe o extravio de documentos. Posto isto, concede-se, em parte, a ordem para reconhecer e declarar que o paciente não há de figurar como indiciado, acusado, ou condenado, pelos crimes em questão, fatos objetivados na ação penal respectiva. Assim, restando sem efeito, quanto a ele, o indiciamento, a acusação e a r. sentença condenatória; dando-se baixa, inclusive, na distribuição” (TACRIM-SP, 10.ª C.; HC 275.312/1, São Paulo; j. 07.06.1995, v. u., Rel. Sérgio Pitombo; 1.ª inst. 256/94 — 6.ª Vara Criminal Central de São Paulo; red.).