

# Os limites da atuação jurisdicional na modificação de penas restritivas de direitos na execução no direito brasileiro

## *The limits of judicial action in modifying restrictive rights penalties in execution in Brazilian law*

Artigo recebido em 21/03/2023 e aprovado em 18/07/2023.

### Enio Felipe da Rocha

Juiz de direito substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em direito penal pela Escola Superior Verbo Jurídico.

#### Resumo

A disciplina legal da execução das penas restritivas de direitos não trata especificamente sobre os limites da atuação do juiz em seus incidentes. A dinâmica forense demonstra que a fixação de limites rígidos torna ineficiente e difícil o cumprimento da pena pelos sentenciados. O presente trabalho tem como objetivo tratar sobre a possibilidade de efetuar a modificação das penas restritivas de direitos, cujas modalidades tenham sido determinadas na sentença penal condenatória. Para isso, foram analisadas as disposições legislativas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. A conclusão apresentada é no sentido de que a posição do Superior Tribunal de Justiça, que inadmitte a modificação da espécie de pena alternativa sob o fundamento de que a coisa julgada deve ser preservada, parte de interpretação restritiva da lei e contraria a sua própria jurisprudência relativa a outros temas da execução penal.

**Palavras-chaves:** coisa julgada; direito penal; pena restritiva de direito.

#### Abstract

*The legal discipline of the execution of restrictive rights penalties does not specifically address the limits of the judge's action in their incidents. Forensic dynamics demonstrate that setting rigid boundaries makes it inefficient and difficult for sentenced individual to comply with the penalty. This paper aims to address the possibility of modifying restrictive rights penalties whose modalities have been determined by the sentence. To do so, legislative provisions and jurisprudence from the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court on the matter were analyzed. The conclusion presented is that the position of the Superior Court of Justice, which does not allow the modification of the type of alternative penalty on the grounds that the res judicata must be preserved, contradicts its own jurisprudence regarding other issues in criminal execution.*

**Keywords:** res judicata; criminal law; restrictive rights penalties.

## 1 Introdução

A execução das penas restritivas de direitos encontra enormes desafios no ordenamento jurídico brasileiro.

Por se tratar de espécie de pena, cuja execução depende essencialmente de atuação positiva dos sentenciados, muitas vezes o cumprimento das sanções fixadas prolonga-se demasiadamente por causa de diversos fatores, dentre os quais a falta de compromisso do sentenciado, bem como a ausência de compreensão da lógica da execução por quem não está envolvido em sua dinâmica.

É certo que esse descumprimento da pena, em diversas ocasiões, ocorre por motivos alheios à vontade dos sentenciados, ligados às circunstâncias da vida cotidiana ou razões de força maior.

Na rotina das Varas de Execução, não é incomum que pessoas condenadas, em regular cumprimento da sanção fixada, venham ao juízo e demonstrem que precisam modificar a sistemática de resgate, seja por motivos de saúde, seja por razões econômicas, dentre outras.

E por causa desses pedidos, os órgãos da execução ficam diante de verdadeiro dilema, uma vez que há imprecisão normativa e divergência jurisprudencial relevantes, que interferem de forma primordial no destino das execuções.

Partindo dessa premissa, o objetivo do presente trabalho é discutir um desses dilemas: a possibilidade de o juiz da execução modificar as penas restritivas de direitos fixadas na sentença, a pedido da parte.

Registre-se que, muito embora trata-se de questão pouquíssimo discutida em sede doutrinária, seus reflexos são imensos, pois há a possibilidade de numerosa quantidade de pessoas não estarem conseguindo cumprir a pena simplesmente por não terem condições pessoais para isso.

Tal fato pode ser motivado por questões econômicas, haja vista a existência de piso legal de um salário mínimo para a fixação de prestação pecuniária; profissionais, considerando as demandas empregatícias e laborais de muitos condenados; e territoriais, ocasionada pela distância e custos inerentes aos deslocamentos para cumprimento de penas de prestação de serviços.

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar soluções para uma simples pergunta: é possível ao juiz alterar a modalidade de pena restritiva de direitos fixada na sentença?

Nos capítulos subsequentes, esse problema será examinado sob a ótica teórica, mas principalmente prática, relativamente à execução das penas restritivas de direitos.

## 2 Panorama histórico das penas restritivas de direitos

A Constituição da República de 1988, rompendo o paradigma autoritário anterior e atenta à necessidade de resguardar os direitos fundamentais de todos – inclusive daqueles eventualmente condenados por condutas criminais –, tratou de aspectos relevantes para a execução das penas, estabelecendo que a sua individualização é imprescindível para garantir os objetivos punitivos e ressocializadores da sanção.

Nesse sentido, estabeleceu em seu art. 5º, XLVI que: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” (Brasil, 1988).

Sem embargo da existência de discussão doutrinária na interpretação de tal previsão constitucional, conforme exposto em Alves (2016, p. 11), vê-se, de plano, que a prestação social alternativa foi prevista em norma constitucional originária como espécie de pena, a ser disciplinada pelo legislador ordinário.

Porém, não se tratou do efetivo marco inaugural da política de desencarceramento. Desde a reforma da parte geral do Código Penal, promovida pela Lei 7.209/1984, já havia previsão normativa sobre a possibilidade de fixação de penas restritivas de direitos, ainda que de forma tímida.

Na redação do art. 43 do Código Penal, dada pela Lei 7.209/1984, as penas restritivas de direitos abrangiam as seguintes modalidades: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

A exposição de motivos do referido diploma legal é didática ao apresentar as balizas que direcionaram os trabalhos da comissão responsável pela reforma:

27 As críticas que em todos os países se têm feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal freqüentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinqüentes habituais e multi-reincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as conseqüências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.

28 Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma “procura mundial” de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a segurança da sociedade.

29 Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área. Por esta razão, o projeto situa as novas penas na faixa ora reservada ao instituto da suspensão condicional da pena, com significativa ampliação para os crimes culposos. Aprovada a experiência, fácil será, no futuro, estendê-la a novas hipóteses, por via de pequenas modificações no texto. Nenhum prejuízo, porém, advirá da inovação introduzida, já que o instituto da suspensão condicional da pena, tal como vem sendo aplicado com base no Código de 1940, é um quase nada jurídico (Brasil, 1983a).

Ou seja, houve a previsão legal de tais modalidades alternativas de penas, porém timidez no seu tratamento, haja vista o rompimento do paradigma em relação ao sistema anterior.

Com o advento da Constituição de 1988, o legislador aperfeiçoou o modelo, dando ensejo à Lei 9.714/1998, a qual, dentre outras inovações, passou a prever as penas de natureza real (prestação pecuniária e perda de bens e valores), além de ter ampliado o limite numérico-temporal das reprimendas que admitiam a substituição e permitido a substituição mesmo nos casos de reincidentes não específicos, quando a medida seja socialmente recomendável.

A proposta legislativa explicou as razões da mudança na exposição de motivos, citando espécie de pena alternativa posteriormente vetada:

5 A par das alternativas já existentes, acrescentam-se a prestação pecuniária, o recolhimento domiciliar e a perda de bens e valores (art. 43), fornecendo ao juiz maior leque de opções para substituir a pena privativa de liberdade, quando cabível a substituição.

6 A prestação pecuniária já vem sendo usada, com sucesso, nos Juizados Especiais Criminais, tanto na modalidade do pagamento em dinheiro quanto na da prestação de outra natureza, como mão de obra e doação de cestas básicas. [...]

17 Inovação se busca, também, no que toca à reincidência. Como está posta, a reincidência opera duplamente em desfavor do condenado. Em desprezo ao princípio da individualização da pena, tanto é motivo para exasperar a reprimenda penal quanto impedimento absoluto para a obtenção da substituição de penas. Nem sempre uma nova condenação, por si só, justifica a restrição atualmente imposta. Dentro da concepção sugerida, caberá ao juiz, em cada caso concreto, decidir, conforme seja socialmente recomendável, se a reincidência constituirá, ou não motivo para negar a substituição (art. 44, § 3º) (Brasil, 1996).

A despeito dos avanços legislativos, tais previsões abordaram a questão sobre o aspecto estático do juízo de conhecimento. Não trataram da forma de execução de tais espécies de sanções, reservando tal encargo a diploma normativo próprio.

Isso foi feito quando da promulgação da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP), a qual não foi ampliada após a promulgação da Lei 9.714/1998, de forma que seu regramento se encontra desatualizado quanto a algumas modalidades de penas posteriormente inseridas. Mesmo assim, a exposição de motivos da Lei 7.210/1984 traz elementos importantes que ajudam na compreensão temática:

138 A atividade judicial é de notável relevo na execução destas espécies de pena. Como se trata de inovação absoluta, inexistem parâmetros rigorosos a guiá-la. Cabe-lhe, assim, designar entidades ou programas comunitários ou estatais; determinar a intimação do condenado e adverti-lo das obrigações; alterar a forma de execução; verificar a natureza e a qualidade dos cursos a serem ministrados; comunicar à autoridade competente a existência da interdição temporária de direitos; determinar a apreensão dos documentos que autorizem o direito interditado, etc. (arts. 148 e seguintes).

139 Na execução das penas restritivas de direitos domina também o *princípio da individualização*, aliado às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal (art. 147).

140 A responsabilidade da autoridade judiciária no cumprimento das penas restritivas de direitos é dividida com as pessoas jurídicas de direito público ou privado ou com os particulares beneficiados com a prestação de serviços gratuitos. Mas o seu desempenho não é minimizado pelo servidor ou pela burocracia, como sucede, atualmente, com a execução das penas privativas da liberdade. O caráter pessoal e indelegável da jurisdição é marcante na hipótese de conversão da pena restritiva de direito em privativa da liberdade (art. 180) ou desta para aquela (art. 179) (Brasil, 1983b).

Especificamente em relação à execução das penas restritivas de direitos e a possibilidade de sua alteração pelo juízo da execução, há apenas um artigo em todo o sistema normativo, mais especificamente o art. 148 da LEP, que assim dispõe (Brasil, 1984b):

Em qualquer fase da execução, poderá o Juiz, motivadamente, alterar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal.

A interpretação restritiva do citado art. 148 da LEP gera dificuldades práticas relevantes e com potencial de enormes repercussões no sistema das execuções de penas.

### 3 Coisa julgada no processo penal

Sem embargo da complexidade do tema, tanto no âmbito do processo civil, como no do processo penal, divide-se ordinariamente a coisa julgada nas modalidades formal e material.

A primeira consiste na aptidão para impedir que a decisão seja objeto de impugnação pela via recursal ordinária. É também pressuposto, nos casos de sentenças condenatórias, da abertura do processo de execução.

Quanto às penas restritivas de direitos, cumpre-se fazer breve digressão.

O art. 147 da Lei de Execução Penal dispõe expressamente que apenas após o trânsito em julgado da condenação é aberta a via executória, a qual pode dar-se de ofício ou a requerimento do Ministério Público:

Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares (Brasil, 1984b).

Ou seja, apenas após a formação definitiva do título executivo é cabível exigir o seu cumprimento.

Apesar da clareza da redação legal, houve interessante vacilação jurisprudencial sobre o tema, o qual somente foi resolvido após o julgamento do REsp 1.619.087/SC, em que se firmou a seguinte tese: “[...] considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. 3. Embargos de divergência rejeitados” (Brasil, 2017).

No que toca ao objeto do presente trabalho, portanto, resta claro que a formação da coisa julgada formal é condição inerente à possibilidade de execução.

Porém, quanto ao aspecto material, a questão revela contornos polêmicos.

Lavoura (2013, p. 206) define a coisa julgada penal material como:

[...] a qualidade de imutabilidade do comando emergente do provimento decisório penal definitivo (sentenças penais, ordinárias e sumárias) e das decisões com força de definitivas que, ao reforçar a estabilidade desses atos estatais (agora não mais impugnáveis no rito), busca impedir que o fato ali elucidado ou penalmente fulminado seja alçado à condição de objeto de persecução penal posterior.

Grinover (1978, p. 14), por outro lado, ensina que a coisa julgada penal tem duas funções principais: a positiva impõe ao juiz de processo posterior a obrigação de se submeter ao que foi decidido anteriormente; a negativa impede que o juiz de processo ulterior sequer examine imputação já apreciada em seu mérito anteriormente.

Quanto à função negativa, é certa a sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro, consubstanciada basicamente na impossibilidade de dupla persecução penal pelo mesmo fato.

Porém, em relação à função positiva, especificamente no que diz respeito ao processo de execução, há valores e aspectos que mitigam essa imutabilidade, ao ponto de haver doutrina que afirme não existir função positiva da coisa julgada no direito penal brasileiro. Como destaca Pitombo (1999), mencionando os institutos da anistia, graça, indulto, comutação e *abolitio criminis*: “[...] tais institutos provam que o conteúdo e os efeitos da decisão condenatória firme não surgem imutáveis. O direito material penal, ou os faz desaparecer, ou os modifica, para beneficiar o condenado”.

Muito embora seja certo que o conteúdo da sentença penal definitiva se torne imutável por força do trânsito em julgado, os seus efeitos certamente não o serão.

Isso porque há diversos institutos de direito material que se impõem em face de eventual sentença condenatória, dentre os quais se citam o indulto, a anistia e, no âmbito processual, a detração.

Daí se vê que os efeitos da preclusão máxima da sentença penal, na execução, recebem forte e correta mitigação.

## 4 Limites da imutabilidade da coisa julgada penal na execução de penas restritivas de direitos

No processo penal brasileiro, incumbe ao juiz de conhecimento estabelecer as penas aplicáveis ao fato posto a julgamento. O critério doutrinário e jurisprudencialmente consagrado atribui ao magistrado o ônus de realizar essa operação em três etapas determinadas.

Em primeiro lugar, analisam-se as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a fim de estabelecer a pena inicial, a qual deve figurar obrigatoriamente entre os limites mínimos e máximos previstos no tipo penal incriminador.

Em seguida, busca-se a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes, as quais definem o que se convencionou chamar de pena intermediária, a qual também não pode fugir dos parâmetros sancionatórios previstos abstratamente para o delito.

Por fim, resta a análise das causas de aumento e diminuição previstas nas partes geral e especial do Código Penal e da legislação extravagante, sendo que, após a devida apreciação, alcança-se a pena definitiva, sob a ótica de sua quantidade.

Porém, restam as definições referentes ao seu regime inicial de cumprimento, bem assim como a possibilidade de substituição da pena corporal (reclusão, detenção ou prisão simples), pelas penas restritivas de direitos previstas no art. 43 do Código Penal, sem embargo da existência de disposições específicas tratadas na legislação penal extravagante (*e.g.* Lei de Crimes Ambientais), ou mesmo a sua suspensão (art. 77 do CP).

### 4.1 Aspectos de direito positivo

Quanto às modalidades de penas restritivas de direitos, o Código Penal previu cinco tipos: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Não raro, as sentenças condenatórias, ao conceder a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, fixam em seu próprio corpo quais as modalidades a serem cumpridas pelo condenado.

Tal prática tem aspectos positivos e negativos.

Dentre os benefícios, pode-se mencionar o maior domínio que o juiz de conhecimento tem sobre o fato julgado, pois teve contato imediato com as partes e conheceu suas vivências, dramas e condições pessoais, tendo maiores subsídios para estabelecer critérios adequados, a fim de garantir o escopo da pena.

Porém, nem sempre os juízes de cognição têm domínio sobre a rotina das Varas de Execução e findam estabelecendo medidas desproporcionais em relação à conduta ou às condições pessoais do reeducando.

Como exemplo, cita-se a hipótese em que uma pessoa, condenada por dano patrimonial relevante, recebe como sanção a interdição temporária de direitos consistente em proibição de frequentar determinados lugares.

Outra situação problemática é vislumbrada quando o indivíduo condenado por crimes envolvendo atos libidinosos praticados na presença de criança e que recebe prestação de serviços à comunidade em um abrigo juvenil.

Por fim, tem-se a clássica situação de um apenado sem qualquer condição financeira que recebe como pena alternativa prestação pecuniária em importância considerável.

Em casos como os acima citados, a execução da pena nos moldes delineados na sentença gera repercussões negativas ao caráter sancionador da reprimenda, ao risco à reiteração delitiva e à própria efetividade do comando judicial.

No direito positivo, não existe tratamento legal adequado sobre a possibilidade de modificação das modalidades de penas restritivas de direitos fixadas na sentença.

O art. 148 da LEP (1984) dispõe que:

[...] em qualquer fase da execução, poderá o Juiz, motivadamente, alterar, a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal.

Brito (2022, p. 174), ao tratar do tema, destaca que:

[...] a forma de cumprimento das penas restritivas de direitos como a prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana poderão ser alteradas diante de comprovada necessidade, para ajustarem-se às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal.

No mesmo sentido é o ensinamento de Marcão (2022, p. 214): “o que a lei autoriza é a alteração da forma de cumprimento, e não a substituição de uma pena por outra”. A mesma opinião tem Avena (2023, p. 334):

Deve-se frisar, contudo, que a previsão incorporada ao art. 148 da LEP tem o objetivo de possibilitar ajustes na execução das penas de prestação de serviços e limitação de fim de semana, não implicando a substituição dessas penas por outra modalidade de restrição de direitos.

Ou seja, interpreta-se de forma restritiva o comando legal, permitindo ao juiz da execução apenas a modificação da forma de cumprimento da prestação de serviços à comunidade e da limitação de fim de semana. E em aspectos bem limitados, como alteração da instituição a ser designada, horários, etc.

## 4.2 Discussão jurisprudencial

Essa questão foi levada aos tribunais superiores e vem encontrando soluções diversas, não tendo ainda sido pacificada.

O Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, decidiu que é inviável a modificação da modalidade de pena restritiva de direitos fixada na sentença. Os fundamentos utilizados nos precedentes repousam exatamente na definitividade inerente aos efeitos da coisa julgada.

Em recente julgado (HC 701.598/SP), a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou a possibilidade de alteração da modalidade de pena de prestação de serviços à comunidade estabelecida na sentença pela limitação de fim de semana, mesmo na hipótese em que houve restrições ao cumprimento decorrentes da pandemia da covid-19. Naquela oportunidade, o voto condutor assentou que:

Contudo, ao fim, o que se tem é que a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade em limitação de finais de semana *in casu*, após o trânsito em julgado da condenação, não configurou a mera readequação às condições pessoais do condenado ou às características do estabelecimento, em ofensa à coisa julgada e aos arts. 147 e 148 da Lei de Execução Penal (Brasil, 2022).

Também nessa linha há diversos outros precedentes<sup>1</sup>, todos eles baseados na interpretação restrita do art. 148 da LEP e na ausência de dispositivo legal que autorize a modificação da pena, dentre os quais se cita o AgRg no REsp 1.917.789/PR, cujo voto vencedor apresentou a seguinte fundamentação:

<sup>1</sup> HC 346.949/RS, relator ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 28/06/2016; HC 287.379/RS, relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 25/08/2015; REsp 1.134.507/PR, relator ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/09/2010, DJe 11/10/2010; AgRg no Ag 1.092.107/MS, relatora ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13/08/2009, DJe 08/09/2009).

Os dispositivos federais apontados como violados não autorizam a modificação da espécie de sanção restritiva de direitos fixada em condenação transitada em julgado, mas apenas a forma de seu cumprimento. A pena de prestação de serviços à comunidade é a mais contundente sanção restritiva de direitos. Por manter o apenado vinculado à jurisdição penal por tempo equivalente ao da pena privativa de liberdade e por demandar maior esforço pessoal, tem especial cunho retributivo e reeducativo (Brasil, 2021).

É certo haver precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 183358 AgR) em que se assentou a possibilidade de modificação da pena restritiva de direitos imposta na sentença. No voto condutor do julgamento, o ministro-relator registrou:

Examinando os autos, observo que o Juiz da Execução atuou dentro de sua competência legal, não havendo qualquer extravasamento a ser reparado. A pena de prestação de serviços à comunidade, ainda que possa ser considerada pelas instâncias revisoras de maior eficácia retributiva e ressocializadora, foi substituída por outra, também restritiva de direitos, de forma fundamentada pelo magistrado da execução, sem alterar a natureza da sanção, levando em conta as peculiaridades do local sob jurisdição da Vara de Execuções Penais (Brasil, 2020).

Ainda nesse sentido, registra-se posição do Superior Tribunal de Justiça (HC 82544/RS), que acabou não prevalecendo nos anos subsequentes: “Comprovada a impossibilidade financeira do paciente, que ensejaria o descumprimento justificado da pena restritiva de direitos, impõe-se a sua alteração, por outra que melhor se ajuste à situação” (Brasil, 2007).

### 4.3 Crítica ao entendimento restritivo

Como se percebe, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça definiu a sua tese de impossibilidade de modificação da pena restritiva de direitos em duas premissas: autoridade da coisa julgada e ausência de permissivo legal que autorize a alteração.

Quanto ao primeiro argumento, conforme já exposto anteriormente, trata-se de visão equivocada do conceito de coisa julgada penal, a qual atinge apenas o conteúdo do ato decisório, mas não seus efeitos.

Tanto assim que diversos outros aspectos da sentença definitiva sofrem modificação logo que a guia de execução aporta na Vara de Execuções.

Cita-se, como exemplo, o regime inicial de cumprimento da pena nas hipóteses em que o sentenciado permaneceu preso provisoriamente e não houve a detração autorizada pelo art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal pelo juízo do processo de conhecimento. Nesse sentido, interessante a posição adotada pelo STJ (HC 381.997/SP, relator ministro Ribeiro Dantas):

Ainda, tem-se que as alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei 7.210/1984, sempre que o magistrado sentenciante não houver adotado tal providência [...]. Nesse passo, tratando-se de decreto condenatório já transitado em julgado, deve o Juízo das Execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena em regime mais brando (Brasil, 2017).

São inúmeros outros precedentes nessa mesma linha<sup>2</sup>.

Ou seja, a despeito do dogma que se firmou sobre a intangibilidade da coisa julgada referente à modalidade de pena alternativa fixada na sentença, o próprio STJ a relativiza em relação a outros pontos da sentença penal definitiva. E nesse ponto acerta.

2 HC 325.630/SP, relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/11/2015, *DJe* 30/11/2015; HC 343.147/SP, relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 01/03/2016, *DJe* 07/03/2016; AgRg no HC 778.674/SP, relator ministro Jesuíno Rissato (desembargador convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, *DJe* de 2/12/2022; AgRg no HC 661.750/SP, relator ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/6/2021, *DJe* de 28/6/2021.

#### 4.4 A competência do juízo da execução para modificar as modalidades de penas restritivas de direitos

O art. 66, V, "a", da Lei de Execução Penal estabelece que compete ao juiz da execução decidir sobre "a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução".

A amplitude da norma confere largos poderes ao magistrado que, diante de circunstâncias concretas de cada caso, tem a possibilidade de melhor adequar o modo de resgate da pena.

O procedimento de execução penal, especialmente das penas restritivas de direitos, está sujeito a diversas intempéries e situações não previstas, as quais podem facilitar demasiadamente ou tornar impossível o cumprimento da sanção originalmente imposta.

Como se trata de espécie de pena, cuja execução depende de ativo comprometimento do sentenciado, a imposição de disciplina legal rígida dificultaria sobremaneira o sucesso do cumprimento.

Tome-se como exemplo a situação do sentenciado condenado a uma pena restritiva de direitos fixada na sentença em prestação de serviços à comunidade, mas que, infelizmente, vem a sofrer acidente que lhe retira a visão. Como obrigar a esse indivíduo a prosseguir em uma execução nessas condições?

Ou mesmo naquelas hipóteses em que se fixou a pena de limitação de fim de semana, porém o condenado demonstra que é nesses dias que ele trabalha como autônomo em eventos e obtém os recursos para a manutenção de sua família?

Fica claro que a riqueza da dinâmica social não permite que eventuais dogmas sobre a imutabilidade dos efeitos da coisa julgada material se sobreponham ao próprio fim da execução penal.

A melhor solução aponta para a possibilidade de alteração das espécies de penas restritivas de direitos determinadas no título. A esse respeito, transcreve-se a lição de Roig (2022, posição RB-13.1):

Em que pese essa posição, deve o Estado priorizar a execução de penas factíveis, reduzindo os entraves ao cumprimento das penas restritivas de direitos. Proibir a substituição da pena aplicada por outra mais viável à realidade do condenado significa impor desnecessários obstáculos ao indivíduo, em prejuízo da razoabilidade. Nada impede, por exemplo, a alteração da pena de prestação de serviços à comunidade por outra restritiva, considerando que, em razão do trabalho, o condenado não pode mais cumprir a primeira.

No mesmo sentido é a doutrina de Alves (2016, p. 119-120):

Reputamos admissível a modificação da espécie de pena pelo juiz da execução, em situações excepcionais, nas quais o condenado demonstre impossibilidade de cumprimento. O § 4º do art. 44 do CP estabelece que a pena restritiva somente pode ser convertida em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento *injustificado* da restrição. Logo, havendo justificativa plausível para o descumprimento e tornando-se inviável a manutenção da sanção aplicada, a melhor solução é alterá-la, escolhendo outra espécie de pena alternativa.

Por óbvio que a tese aqui defendida encontra alguns limites de ordem normativa. Por exemplo, o art. 312-A do Código de Trânsito Brasileiro (1997) estabelece que:

Para os crimes relacionados nos arts. 302 a 312 deste Código, nas situações em que o juiz aplicar a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, esta deverá ser de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, em uma das seguintes atividades: I - trabalho, aos fins de semana, em equipes de resgate dos corpos de bombeiros e em outras unidades móveis especializadas no atendimento a vítimas de trânsito; II - trabalho em unidades de pronto-socorro de hospitais da rede pública que recebem vítimas de acidente de trânsito e politraumatizados; III - trabalho em clínicas ou instituições especializadas na recuperação de acidentados de trânsito; IV - outras atividades relacionadas ao resgate, atendimento e recuperação de vítimas de acidentados de trânsito.

Sem embargo das críticas quanto à inefetividade do comando legal – uma vez que em comarcas pequenas é praticamente impossível atender a tal exigência legal – fica evidente que os condenados por crimes de trânsito estão sujeitos unicamente às penas de prestação de serviços à comunidade como modalidade de sanção alternativa.

Da mesma forma, existe previsão legal que afasta a possibilidade de imposição de penas restritivas de caráter real aos delitos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa é a regra do art. 17 da Lei 11.340/2006:

É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Em outras palavras, percebe-se que não existe óbice normativo à alteração da espécie de pena restritiva fixada na sentença durante o curso da execução.

Ao contrário, a própria Lei de Execução Penal confere discricionariedade regrada ao juiz para definir as balizas que permitam o processo alcançar sua finalidade que, ao fim e ao cabo, é exclusivamente a extinção da pena imposta pelo seu efetivo cumprimento.

## 5 Considerações finais

A execução penal das reprimendas restritivas de direitos possui determinadas particularidades que se mostram de difícil compreensão para quem não lida com o procedimento em sua atividade profissional.

A riqueza da vida social já demonstrou que o direito não pode fechar os olhos para a realidade que o cerca, sob pena de se transformar em um sistema fechado e ilegítimo sob a ótica da efetividade.

Nesse aspecto, o apego a dogmas doutrinários que contrariam a realidade torna-se pernicioso.

A execução das penas restritivas de direitos deve ser conduzida para que o processo alcance seu fim, ressocializando o apenado, ao mesmo tempo em que o pune por conduta penalmente relevante.

Em sendo assim, não se mostra adequado o entendimento que impede a modificação da pena restritiva de direitos fixada na sentença nas hipóteses em que o seu cumprimento se mostra inviável, pelas mais diversas razões.

O presente trabalho procurou demonstrar que não existe óbice normativo a tal modificação e que o fundamento empregado pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar essa possibilidade não se mostra coerente com decisões daquela própria corte no que toca a outros aspectos referentes à execução da pena.

Ressalte-se que a discussão posta tem repercussão importante, pois a adoção rígida da posição do STJ traz risco de reconversão de inúmeras penas restritivas de direitos em privativas de liberdade de forma desnecessária.

## 6 Referências

ALVES, Jamil Chaim. *Penas alternativas: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

AVENA, Norberto. *Execução penal*. 6. ed. São Paulo: Método, 2019. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1941. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 23911, 31 dez. 1940.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.684/1996, de 26 de dezembro de 1996*. Altera os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1996. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1132241&filename=Dossie-PL%202684/1996](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1132241&filename=Dossie-PL%202684/1996). Acesso em: 5 mar. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 8 ago. 2006.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1994. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 11 jul. 1984.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 21201, 24 set. 1997.

BRASIL. Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 nov. 1998.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Exposição de motivos nº 211*, de 9 de maio de 1983. Brasília, DF, Ministério da Justiça, 1983.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Exposição de motivos nº 213*, de 9 de maio de 1983. Brasília, DF, Ministério da Justiça, 1983.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.917.789/PR. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 22 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.619.087/SC. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 24 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* 381.997/SP. Relator: Min. Ribeiro Dantas. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 5 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* 701.598/SP. Relator: Min. Jesuíno Rissato. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 15 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* 82.544/RS. Relatora: Min. Jane Silva (desembargadora convocada do TJMG), Quinta Turma, julgado em 27/9/2007, DJe de 15/10/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 183.358. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 22 maio 2020.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

LAVOURA, Éric. *A coisa julgada penal e seus limites objetivos*. São Paulo: Atlas: 2013. E-book.

MARCÃO, Renato. *Lei de execução penal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2022. E-book.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Notas para um estudo sobre a coisa julgada. Estudo publicado na página pessoal do autor*. Disponível em: <https://www.apitombo.com.br/sergio-pitombo>. Acesso em: 5 mar. 2023.

PRADO, Luiz Regis et al. *Execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. E-book.