

Proponente: Mário Lúcio Pereira Machado

Área: Execução Criminal

Súmula: O pressuposto quantitativo exigido no art. 83, caput, do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1.988.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais;

Item específico: art. 5.º, inciso VI, alínea "I" e inciso VII, ambos da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006: "São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: (...) promover a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de (...) cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição" e "atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais".

Fundamentação jurídica;

Ao compulsar-se a **Exposição de Motivos do Código Penal** brasileiro (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984) percebe-se que, no tocante às penas, foi instituída "uma **política criminal** orientada no sentido de proteger a sociedade" através da **restrição** da pena privativa de liberdade "aos casos de **reconhecida necessidade**", deixando claro que a *mens legislatoris* foi a de encarar tal reprimenda como sendo a **ultima ratio**.

Nesse sentido, e levando em conta o caráter **excepcional** da pena privativa de liberdade, se buscou **outras sanções** para "**delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves**".

A limitação da pena privativa de liberdade, reservada aos casos supracitados, fundamentou-se "em fatos de crescente importância social, tais como (...) as conseqüências **maléficas** para os infratores **primários**, ocasionais ou responsáveis por delitos de **pequena significação**". Assim, fala-se em uma "*procura mundial* de soluções **alternativas** para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade".

Daí que importantes direitos alternativos à pena de prisão foram instituídos pelo legislador, tal como o **livramento condicional**, forma de cumprimento de pena baseada na fiscalização à distância do cidadão preso, que terá que cumprir inúmeras condições a serem fixadas pelo juiz.

Ocorre que a exigência do **pressuposto quantitativo** elencado pelo legislador no **caput** do art. 83 do Código Penal, como condição para o início da verificação dos requisitos quantitativos e qualitativos dos incisos, *data venia*, resultou **dissonante da política criminal** baseada na teoria do **direito penal mínimo**, adotada na **exposição de motivos** daquele *codex*.

Ora, não se mostra **razoável** a sujeição de um direito tão amplo como o livramento condicional somente aos condenados cuja pena privativa de liberdade seja igual ou superior a 02 (dois) anos. Segundo autorizado magistério doutrinário a intenção do legislador foi a de reservar direitos mais amplos que o livramento condicional, tais como o *sursis* e a substituição por pena alternativa, para o condenado a pena privativa de liberdade inferior a 02 (dois) anos.

Contudo, **olvidou-se o legislador** que há hipóteses pelas quais **não teria cabimento**, em tese, os direitos elencados de maior abrangência, como, por exemplo, **o não cabimento do *sursis* para o reincidente em crime doloso ou a impossibilidade de substituição da pena de prisão por uma alternativa no caso de reincidência específica em tais delitos.**

Poderíamos citar, também, a hipótese do art. 33, § 4º e art. 44, ambos da Lei nº 11.343, de 23-08-2006, que proíbem – de forma inconstitucional como reconheceu o C. Supremo Tribunal Federal (HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 1º.9.2010) – a concessão de tais direitos a traficante condenado a uma pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.

Em verdade a doutrina **pouco comenta** a respeito desta questão. ROGÉRIO GRECO, por exemplo, sustenta **a necessidade de interposição de apelo para aumentar a pena a fim de atingir o pressuposto quantitativo mínimo.** A propósito, peço *venia* para destacar a posição do referido autor: “Suponhamos que o juiz tenha aplicado ao condenado uma pena de um ano e onze meses de reclusão pela prática do delito de furto. Sendo o condenado reincidente em crime doloso, foi-lhe negada a suspensão condicional da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Sendo assim, pergunta-se: Teria a defesa interesse em recorrer, a fim de pleitear junto ao tribunal responsável pelo julgamento do recurso o aumento da pena do condenado em um mês, a fim de preencher o requisito objetivo previsto no *caput* do art. 83 do Código Penal? A resposta deve ser afirmativa” [1].

Com todo respeito ao renomado autor, tenho para mim que tal entendimento **contraria** postulado de assento constitucional, qual seja o direito à **duração razoável do processo**, que sequer atingirá seu fim, até porque a apelação tem demorado em média, pelo menos dois anos para ser julgada. Assim, quando do **resultado**, é bem possível que tenha ocorrido o advento do **término de cumprimento de pena.**

Navegando por outras águas temos PAULO QUEIROZ sustentando que “(...) semelhante exclusão – dos condenados à pena inferior a dois anos – é **inteiramente despropositada e ofensiva** ao princípio da **proporcionalidade**, afinal crimes mais graves terão tratamento mais brando do que crimes menos graves, numa clara violação ao princípio da proporcionalidade; tal limite, **claramente inconstitucional**, há de ser ignorado, portanto. E *de lege ferenda* deve ser abolido” [2].

A jurisprudência do C. **Superior Tribunal de Justiça**, assim como a doutrina, é bastante **tímida** a respeito do tema, porém a 6ª Turma decidiu em 10.02.2.009, que **não é cabível** o livramento condicional a condenado a pena

privativa de liberdade **inferior a dois anos**, porquanto teria ele direito ao *sursis* e à **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos** (HC 2008/0251575-8, Ministro Relator CELSO LIMONGI, Desembargador convocado do TJ/SP).

Já o **Pretório Excelso não julgou** caso semelhante.

Apesar dos entendimentos em contrário, a disposição constante da cabeça do art. 83 do Estatuto Repressivo, instituída em período **anterior à Constituição Federal**, pois o Código Penal data de 11 de julho de **1984**, contraria, dentre outros, os princípios da **igualdade** e da **razoabilidade**, de tal modo que a questão deve ser resolvida no campo da **não recepção**.

Segundo o magistério de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO **haverá violação à regra da isonomia toda vez que, no caso concreto, o exegeta se deparar com a falta de lógica entre o fato discriminado na norma (discrímén) e a razão jurídica da discriminação**.

Na hipótese em exame o discrímén seria o não cabimento da liberdade condicional ao condenado a pena privativa de liberdade inferior a dois anos ao passo que, a razão jurídica desta discriminação, seria o fato de se admitir direitos mais amplos, como o *sursis* e a substituição por pena restritiva de direitos. Porém, quando tais direitos **não forem cabíveis**, certamente que **não haverá** nexos de logicidade, pois qual seria a lógica em caber o livramento condicional para crimes mais graves (pena longa) e não caber para menos graves (pena curta)?

A discriminação *in casu* é **negativa**, pois a lei prestigia melhor o condenado a pena mais longa e, portanto, praticante de um delito mais grave, em detrimento de um criminoso de menor periculosidade. Outrossim, o colóquio popular de que **"onde cabe o mais cabe o menos"** tem perfeita aplicação no caso em testilha, porquanto se, até mesmo o condenado pela prática de crime hediondo tem direito ao livramento condicional, porque não teria o sentenciado pela prática de um crime comum e de médio potencial ofensivo?

Defender a tese de que direitos mais amplos seriam cabíveis não me parece a posição mais acertada, pois **o legislador não pode prever – e não previu – todas as situações possíveis** no mundo fenomênico. A título de exemplo já citamos o caso do **reincidente específico em crime doloso**.

Enfim, **naqueles casos onde não é cabível o *sursis* e a suspensão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, inexistente lógica entre o discrímén (pena inferior a dois anos e não cabimento de livramento condicional) e a razão jurídica da discriminação, modo que o art. 83, caput, apresenta vício material de inconstitucionalidade por afrontar o princípio da igualdade**.

Mas não é só. Além do vício apontado, também subsiste o malferimento da **razoabilidade** que, num primeiro momento, deve ser analisada em seu aspecto interno, isto é, dentro da lei; vale dizer é preciso que haja uma **relação racional e proporcional entre seu motivo, meio e fim**.

O **motivo** é a circunstância de fato que levou à edição da norma. No caso do livramento condicional, seria, conforme explanado na introdução, a questão defendida na exposição de motivos do Código Penal, ou seja, **a necessidade de adoção de uma política criminal baseada no caráter excepcional da pena privativa de liberdade, reservando-a a delinquentes perigosos e praticantes de crimes graves.** Ora, a restrição da liberdade condicional aos condenados de baixa periculosidade (como o são aqueles cuja pena aplicada é inferior a dois anos) não está em harmonia com a intenção do legislador, havendo nítido conflito entre a exposição de motivos e o art. 83, *caput*, ambos do Código Penal.

Assim, **o meio empregado pelo legislador, qual seja a criação de um pressuposto quantitativo, não atendeu ao preconizado na política criminal que redundou na reforma penal, idealizadora de um direito penal de mínima intervenção.**

Nesse passo, uma vez verificada a falta de razoabilidade interna, necessária a verificação da razoabilidade **externa**, que pode ser definida como **a adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional.**

Logo, da **razoabilidade externa** extraímos os seguintes **requisitos**: "(a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência da esfera dos direitos dos cidadãos".^[3]

Com efeito, a criação de um limite quantitativo de pena para o cabimento do livramento condicional, não é a medida adequada e menos lesiva para atingir o escopo da aplicação da pena, resultando daí que, o ônus imposto ao cidadão preso, que culmina com uma maior restrição da liberdade para praticantes de crimes sujeitos a pequenas penas, num **juízo de ponderabilidade**, se mostra **injustificável** frente ao benefício trazido, pois, por diversas vezes, uma pessoa ainda sem direito à progressão para o regime aberto ou ao *sursis* e à substituição por pena alternativa, permaneceria no mundo pernicioso e corrompido do cárcere só, e só por só, não vislumbrar o legislador o cabimento do livramento condicional, por um aspecto **estritamente numérico, quantitativo.** Certamente que há ofensa à **proporcionalidade como proibição do excesso**, modo que destoa do bom senso a intensidade de tratamento, mais aguda na execução da pena que na própria condenação.

Após tal reflexão resta, ao menos para mim, inconcebível admitir a vigência da norma insculpida no *caput* do art. 83 do Código Penal, sendo o caso de **não recepcioná-la** porque **incompatível materialmente** com a ordem constitucional **vigente.**

Fundamentação fática;

O que me levou à dissertação desta tese foi a falta de **lealdade processual** de membros do Ministério Público, e do próprio Judiciário, que atuam nas execuções penais de forma **contraditória** em relação ao tema. Justifico.

Nas comarcas em que não há casa do albergado – a maioria no Estado Bandeirante, diga-se de passagem – opta-se pela adoção da chamada prisão albergue domiciliar, como forma de cumprimento da pena no regime aberto. Tal circunstância muito aproxima o regime aberto do livramento condicional, pois em ambos o cidadão preso resgata sua reprimenda em sua residência, mediante certas condições.

Porém, há uma diferença salutar que torna o regime aberto uma forma de cumprimento de pena mais benéfica que o livramento condicional, que é o fato de considerar o tempo em liberdade como pena efetivamente cumprida, caso a prisão albergue domiciliar venha a ser revogada, coisa que não acontece no livramento condicional, regra geral.

Assim, na prática quando o cidadão preso, condenado por uma pena privativa de liberdade inferior a dois anos, tem direito a **ambos** os institutos – regime aberto e livramento condicional – o Ministério Público opina pela concessão **do livramento** sob o argumento de ser ele um benefício **de maior amplitude** que o regime aberto. Contudo, caso seja cabível **apenas o livramento condicional**, o Ministério Público alega o **não cabimento** do direito invocado, devido ao não preenchimento do pressuposto quantitativo, constante do **art. 83, caput, do Código Penal**.

Infelizmente, o Juiz da Segunda Vara das Execuções Penais de Bauru adota semelhante entendimento, o quê, para mim, configura **má-fé processual** e **conduta despida de uma correta individualização da pena**.

Sugestão de operacionalização;

A princípio, entendo que a Defensoria Pública deve recomendar a adoção da tese em comento aos advogados da FUNAP, que passariam a requerer o livramento condicional aos condenados a pena privativa de liberdade inferior a dois anos.

Isso poderia ser feito por um simples **ofício** a tais advogados por intermédio dos Defensores Públicos Coordenadores Regionais da Execução Penal. Até mesmo uma cópia da **petição** poderia ser enviada para facilitar o trabalho dos advogados e, principalmente, porque a tese, se aprovada, tornar-se-ia de amplo conhecimento dos Defensores Públicos, que terão maior acesso aos argumentos.

Ademais, como referida tese terá **ampla aplicação** no **mutirão carcerário feminino**, o Defensor Público disporá da petição inicial, o que facilita o envio desta aos estabelecimentos prisionais também masculinos.

No tocante ao **tráfico ilícito de substância entorpecente** em que aplicada causa de diminuição da pena do **art. 33, § 4º**, da Lei nº 11.343/2006, mormente quando resultar numa reprimenda de **um ano e oito meses**, penso deva

haver uma **cumulação de pedidos**: o **principal** versando sobre a **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos** (art. 44 do Código Penal), com base no entendimento recente do Supremo Tribunal Federal e, o **subsidiário**, veiculando o **livramento condicional**.

Isso porque, é bem provável que os juízes, tal como ocorreu com a questão dos 2/5 e 3/5, aleguem a ausência de efeito vinculante da decisão que declarou a inconstitucionalidade dos art. 33, § 4º, e do art. 44, ambos da Lei nº 11.343/2006, porquanto proferida pelo Pretório Excelso em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Ora, neste caso, haverá a possibilidade de deferimento do direito menos amplo, qual seja o livramento condicional. Ao menos, enquanto a defesa leva a questão da substituição à superior instância, o cidadão preso aguardaria em liberdade o julgamento.

Mas não é só. Apesar da sugestão supracitada já produzir um resultado prático de muita valia para o preso, é preciso **prestigiar** a adoção da **tutela coletiva**, principalmente como forma de dar **concretude** à garantia constitucional da **duração razoável do processo**.

Falo isso porque no campo do direito individual, inúmeros pedidos de livramento condicional serão indeferidos com base na ausência de previsão legal (art. 83, *caput*, do Código Penal) o que resultará na impetração de vários *habeas corpus* ao tribunal. Assim, é preciso pensar de modo a minimizar o trabalho da defesa, já abarrotada de processos, e do próprio tribunal, já sobrecarregado daqueles.

Nesse sentido que minha segunda sugestão prática diz respeito à necessidade de a Defensoria Pública ajuizar uma **arguição de descumprimento de preceito fundamental** perante o C. Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de declarar a **não recepção** da norma prevista no art. 83, *caput*, do Código Penal, operando-se, desse modo, o **efeito vinculante**. Tal medida processual evitaria o excesso de impetrações nas instâncias ordinárias e possibilitaria o manejo de **reclamação**.

É certo que o entendimento do Supremo Tribunal pode ser o inverso do defendido nesta tese, porém, é correndo riscos que conquistamos grandes vitórias e fazemos história enquanto defensores de pessoas esquecidas no mundo infeliz do cárcere.

Conclusão.

Requer o subscritor a inscrição e o recebimento da proposta apresentada, para que seja avaliada pela carreira no Pré-Encontro Estadual de Defensores Públicos da Área da Execução Penal.

Termos em que,

p. deferimento.

Bauru, 22 de setembro de 2.010.

MÁRIO LÚCIO PEREIRA MACHADO

[1] ROGÉRIO GRECO; *in* Curso de Direito Penal, Parte Geral; vol. I; 12ª Ed; Impetus; p. 612.

[2] PAULO QUEIROZ; *in* Direito Penal, Parte Geral; 6ª Ed; *Lumen Juris*; p. 453.

[3] Luís Roberto Barroso; *Interpretação e Aplicação da Constituição*; 6ª Ed.; Saraiva; p. 229.