



TESE INSTITUCIONAL 07

Nome: VINICIUS SANTOS DE SANTANA

Área de atuação: Família e Execução Penal

Lotação: Cascavel

SÚMULA

O sentenciado que tem decretada a revogação do livramento condicional possui direito à contagem do período de prova desde o início do cumprimento do instuto até a efetiva suspensão pelo Juiz ou, ao menos, até a data da prática do fato que violou as condições impostas, por força da técnica da interpretação conforme à constituição na leitura do artigo 88 do Código Penal e do artigo 142 da Lei de Execução Penal.

ASSUNTO

Releitura do artigo 88 do Código Penal e do artigo 142 da Lei de Execução Penal segundo a técnica da interpretação conforme à constituição.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Na presente tese serão apresentados fundamentos que denotam a necessidade de releitura do artigo 88 do Código Penal e artigo 142 da Lei de Execução Penal, que versam sobre a não contagem do período de prova em caso de revogação do livramento condicional.

O artigo 88 do Código Penal, apesar de ter tido sua numeração alterada pela Lei 7.209/84, possui a mesma redação desde a edição do Código Penal de 1940:

~~Art. 65. Revogado o livramento, não pode ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime ou contravenção anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado~~



Por sua vez, o artigo 142 da Lei de Execução Penal é mera réplica do artigo 88 do Código Penal.

É judicioso que o Código Penal de 1940 foi editado sob fortíssima influência do direito penal do autor, portanto punindo a pessoa pelo o que ela é e não pelo fato praticado.

Exemplo disto é a redação originária do conceito de reincidência, que não previa qualquer prazo para a sua desconsideração:

~~Art. 46. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.~~

Neste sentido, tem-se que o Código Penal de 1940 possuía como preferência, em sua redação original, o exercício do *ius puniendi* contra as pessoas que já tinham sido atingidas pelo sistema penal e mesmo assim não teriam se “ressocializado”.

Salienta-se que apesar da modificação do Código Penal no ano de 1984 ainda permaneceram resquícios na lei do direito penal do autor.

Aqui entra o fato de o sentenciado precisar cumprir duas vezes a mesma pena, quando há a revogação do livramento condicional, por descumprimento de requisitos ou por prática de novo fato típico doloso.

É imperiosa, portanto, a releitura do artigo 88 do Código Penal e do artigo 142 da Lei de Execução Penal de forma a compatibilizar com a Constituição Federal de 1988, que adotou o critério do direito penal do fato e o garantismo penal.

Peço licença neste momento para trazer a citação de Rogério Greco às lições de Luigi Ferrajoli e Salo de Carvalho:

“E é justamente sobre essa hierarquia de normas, existente no chamado Estado Constitucional de Direito, que Luigi Ferrajoli vai buscar os fundamentos do seu modelo garantista.

Num sistema em que há rigidez constitucional, a Constituição, de acordo com a visão piramidal proposta por Kelsen, é a “mãe” de todas as normas. Todas as normas consideradas inferiores nela vão buscar sua fonte de validade. Não podem, portanto, contrariá-la, sob



pena de serem expurgadas de nosso ordenamento jurídico, em face do vício de inconstitucionalidade.

A Constituição nos garante uma série de direitos, tidos como fundamentais, que não poderão ser atacados pelas normas que lhe são hierarquicamente inferiores. Dessa forma, não poderá o legislador infraconstitucional proibir ou impor determinados comportamentos, sob a ameaça de uma sanção penal, se o fundamento de validade de todas as leis, que é a Constituição, não nos impedir de praticar ou, mesmo, não nos obrigar a fazer aquilo que o legislador nos está impondo.

Pelo contrário, a Constituição nos protege da arrogância e da prepotência do Estado, garantindo nos contra qualquer ameaça a nossos direitos fundamentais.

(...)

Como bem destacou Salo de Carvalho:

‘A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do ‘bem comum’. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.’”

Da forma que o artigo 88 do Código Penal e o artigo 142 da Lei de Execução Penal são aplicados atualmente verifica-se diversas violações às garantias constitucionais:

- 1. Violação da coisa julgada** (art. 5º, XXXVI da CF; art. 1º da LEP): como é cediço o direito penal deve servir como limitador da função punitiva do Estado, portanto, deve garantir ao acusado que em caso de condenação ele deverá cumprir somente a sentença que lhe foi imposta. Contudo, a perda do tempo cumprido durante o período de prova impõe ao sentenciado o cumprimento de pena superior ao estipulado em sentença, já que precisará retomar a pena desde a época que saiu em



livramento condicional.

Sobre o tema Roig diz que:

A intangibilidade da coisa julgada é também sacrificada, posto que a desconsideração do período de prova até então cumprido produz materialmente a execução de pena por tempo superior ao estabelecido na decisão penal condenatória. Produz-se, com isso, o fenômeno da flexibilização da pena privativa de liberdade, em afronta ao limite objetivo da coisa julgada e à necessária interpretação favor rei nessa matéria.

2. Violação do ne bis in idem (art.5º, XXXVI, da CF; art. 1º da LEP; art. 8º do CP):

Com a desconsideração do período de prova quando da revogação do livramento condicional verifica-se que o sentenciado está fadado a cumprir a mesma pena duas vezes, já que permenceu solto cumprindo a pena e posteriormente retornará ao sistema prisional para cumpri-la.

Assim leciona Roig:

Por sua vez, o princípio ne bis in idem é vulnerado pela imposição simultânea de duas sanções pelo mesmo fato: revogação do livramento e desconsideração do período de prova como pena cumprida.

3. Violação ao princípio proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF): O princípio da proporcionalidade se subdivide em: a) adequação; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito.

Já no primeiro subprincípio (adequação) é possível afirmar que a sanção imposta (perda do tempo do período de prova) não possui qualquer utilidade, já que não colabora para ressocialização do condenado, função prevista na Lei de Execução Penal. Neste caso, o que se vê é apenas a inocuização do sentenciado e retirada forçada do meio social.

Igualmente, ainda que fosse possível dizer que a sanção é adequada, carece de necessidade, haja vista que não é o meio menos gravoso para situação em tela. Salienta-se que no caso da revogação do livramento condicional o sentenciado retornará ao regime de cumprimento da pena em que estava, bem como, se houver



praticado novo crime, irá ser condenado e cumprir a pena deste novo delito. Assim, a perda do tempo do período de prova importa somente em uma vingança.

Por fim, também há violação da proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que não há distinção entre aqueles que não cumpriram as condições do livramento condicional no início e no final. Assim, o sentenciado que permaneceu em livramento condicional por 01 ano e aquele que permaneceu por 05 anos, ao sofrer a mesma sanção, terão suas penas agravadas de formas diferente. O que esteve mais tempo cumprindo as condições será prejudicado de forma mais grave, haja vista que precisará cumprir mais 05 anos de pena.

Roig, em seu livro, ainda apresenta outra violação do princípio da proporcionalidade:

Há que se considerar igualmente que a perda do período de prova pode causar evidente desproporcionalidade, se a infração das condições do livramento for causada por fatos de menor gravidade (ex.: perda de quatro anos de período de prova motivada por direção de veículo automotor sem habilitação).

Portanto, deve ser aplicado ao artigo 88 do Código Penal e ao artigo 142 da Lei de Execução Penal a técnica da **interpretação conforme a constituição**.

A referida técnica, segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero, “*impede a declaração de inconstitucionalidade da norma mediante a afirmação de que esta tem um sentido – ou uma interpretação – conforme à Constituição*”.

Assim, a sanção imposta pelo artigo 88 do Código Penal e pelo artigo 142 da Lei de Execução deve ser limitada para o fim de contar o tempo de período de prova até a efetiva suspensão pelo Juiz ou, ao menos, até a data da prática do fato que violou as condições impostas.

Esta interpretação é a que melhor se coaduna com as normas constitucionais, uma vez que privilegia a boa-fé do sentenciado e reduz o impacto de desproporcionalidade da sanção.

É cediço que o Estado deve agir com boa-fé em face do administrado, com o intuito de garantir uma relação harmônica, bem como para que o cidadão não seja lesado em demasia.

Neste passo, durante o cumprimento do livramento condicional é possível afimar que



há um contrato de adesão imposto pelo Estado contra o sentenciado, mas que garante a este que o período de prova será computado enquanto ele cumprir os requisitos exigidos.

Assim, cada dia de cumprimento dos requisitos do livramento condicional significa um dia de pena cumprida, protegido inclusive pelo ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF), haja vista que pena cumprida é considerada pena extinta (art. 75, §2º, do CP).

Por este motivo, é que o período de prova deve ser contado como pena cumprida até a efetiva suspensão, já que o sentenciado, por vezes, não sabe que descumpriu o requisito do livramento condicional. Ou, no máximo, o período de prova que poderia ser declarado como perdido é aquele posterior à prática do fato que culminou no descumprimento das condições impostas.

A prevalência da boa-fé nas relações contratuais está prevista expressamente no artigo 113 do Código Civil. Ora, se nas relações privadas, que possuem maior liberalidade, há a regência do princípio, com mais razão ele deve incidir na relação com o Estado.

Outrossim, é possível a aplicação analógica do artigo 128 do Código Civil:

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

Trazendo para a situação em tela, tem-se que o livramento condicional é um negócio jurídico de trato sucessivo, dia-a-dia, o que impõe em caso de condição resolutiva, a preservação dos atos já praticados.

Neste sentido, apenas seria possível o desconto integral do período de prova se demonstrado pelo Ministério Público que o sentenciado desde quando saiu em livramento condicional visava a quebra das condições impostas.

Sendo assim, não existindo a presunção da má-fé pelo sentenciado, qualquer interpretação que impeça o compute do período de prova quando da revogação do livramento condicional fere a Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA



GRECO, Rogério (2017). *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I* (19. ed.). Rio de Janeiro: Impetus.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada (2016). *Execução penal: teoria crítica* (2º. Ed). São Paulo: Saraiva.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel (2017). *Curso de direito constitucional* (6. ed.). São Paulo: Saraiva.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A presente tese aplica-se nos casos em que os sentenciados saem em livramento condicional, mas por alguma circunstância praticam atos que impõe a revogação do instituto.

Contudo, por vezes, já cumpriram parte do período de prova, mas com a desconsideração do período são obrigados a cumprir novamente o mesmo lapso temporal dentro do sistema penitenciário.

O resultado disto é o duplo cumprimento da mesma pena e o maior retardamento para um novo livramento condicional, já que neste caso precisará cumprir toda a pena anterior para que possa ser deferido novamente o instituto.

Referida situação em nada contribui para a “ressocialização” do sentenciado e apenas mantém a hiperlotação carcerária.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

O Defensor Público quando se deparar com o incidente de revogação do livramento condicional, ao apresentar a justificativa, dentre as fundamentações cabíveis para o caso em tela deve apresentar a tese acima, para que seja contado o período de prova do sentenciado.

Caso seja negado pelo Juízo, deve interpor o recurso de agravo em execução e, se entender urgente, habeas corpus concomitante.

Em sede de segundo grau, mantida a sentença por acórdão, é importante a interposição de recurso especial e extraordinário, para que a matéria possa ser analisada sob o prisma dos recursos repetitivos.