

# LIVRAMENTO CONDICIONAL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NOS CASOS DE NÃO CABIMENTO DE SURSIS E SUBSTITUIÇÃO DE PENA<sup>1</sup>

Yuly Mayrinck Carvalho da Silveira<sup>2</sup>

**Resumo:** O objetivo deste artigo é tratar da temática do livramento condicional em crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, sancionados com penas inferiores a dois anos, nas hipóteses de reincidência específica do condenado nos tipos penais cujas penas não ultrapassam o limite acima mencionado. O cerne da discussão é debater a logicidade da aplicação do livramento condicional aos crimes mais graves, enquanto o condenado por crime cuja pena é inferior a dois anos não possuem tal direito. Para tal análise, serão apresentadas características (características de quê?) e previsão legal do livramento condicional, para posteriormente comparar no âmbito jurídico qual a técnica ou justificativa a jurisprudência (os julgadores) têm usado para adotar ou não o livramento condicional em crimes de menor potencial ofensivo. Verifica-se que a concessão desse benefício está totalmente embasada em decisões jurisprudenciais dos Tribunais Superiores e o não cabimento desse benefício embasado em lei. Dessa forma, vê-se que a concessão do livramento condicional aos condenados a penas inferiores a dois anos é cabível, mesmo havendo previsão legal contrária, pois ele se justifica com base em princípios constitucionais, tais como o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

**Palavras-chave:** Livramento Condicional; Reincidência; Jurisprudência; Princípios Constitucionais.

## Introdução

O presente trabalho trata da análise da possibilidade de aplicação do benefício penal denominado Livramento Condicional aos condenados a penas inferiores a dois anos.

Trata-se de um tema recente e de grande relevância à prática jurídica, considerando que a concessão do referido benefício aos casos de condenações a penas inferiores a dois anos não possui previsão legislativa, mas está, aos poucos, sendo garantido aos condenados, em virtude da

---

<sup>1</sup>Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Disciplina de Seminário de Monografia no curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN.

<sup>2</sup> Acadêmico (a) do curso de Direito do IPTAN.

interpretação lógica da lei que vem sendo feita por muitos julgadores, como demonstra farta jurisprudência analisada neste estudo.

O livramento condicional, para alguns autores como Nucci (2014, p.986) e Salles Junior e Almeida Salles (2009, p.110), é considerado como a última fase do cumprimento da pena privativa de liberdade, ou, até mesmo, uma antecipação dessa liberdade, mediante algumas condições especificadas em lei.

O artigo 83 do Código Penal Brasileiro prevê que o juiz poderá conceder o benefício em comento somente aos condenados em crimes cuja pena é igual ou superior a dois anos, especificando, ainda, algumas regras a serem seguidas para a concessão e algumas restrições a serem cumpridas pelo condenado, para que o benefício não seja revogado.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal vêm julgando em discordância ao referido artigo, no que se refere à quantidade mínima da pena, ou seja, vem concedendo o livramento condicional aos condenados por crimes cuja pena é menor que dois anos, desde que seja esse reincidente (não estou entendendo essa questão da reincidência). É importante a reincidência do condenado, porque sem a reincidência este poderia ser beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou por sursis.

A justificativa que se encontra nas decisões jurisprudenciais é baseada em princípios jurídicos, como o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, nexos de logicidade, entre outros. Em contraste, a justificativa usada para o não cabimento é a interpretação literal da lei.

## **1- Livramento Condicional**

### **1.1- Previsão Legal**

O livramento condicional é a última fase do sistema de cumprimento de pena privativa de liberdade, ou até mesmo, uma antecipação da liberdade, como relata alguns autores.

Nucci (2014, p.986), afirma que o livramento condicional é considerado antecipação da liberdade, para o indivíduo que está cumprindo pena em regime

fechado, desde que este cumpra determinados requisitos objetivos e subjetivos, de acordo com o artigo 83 do Código Penal.

Segundo Salles Junior e Almeida Salles (2009, p.110):

Se imaginarmos que as penas mais longas devem ser cumpridas em etapas, desdobrando-se a execução num sistema progressivo, fácil será entender o porquê o livramento condicional se apresenta como a última etapa: da liberdade antecipada. Definido como a concessão, pelo poder jurisdicional, da liberdade antecipada ao condenado, mediante a existência de pressupostos e condicionada a determinadas exigências durante o restante da pena, que deveria cumprir preso.

Relata Vico Mañas, Mazina Martins e Viggiani Bicudo (p.616):

O livramento condicional constitui antecipação do termo final do cumprimento de pena privativa de liberdade, com a colocação do condenado em liberdade, presente determinados pressupostos e mediante certas condições. O livramento condicional geralmente é reservado para o último estágio da execução penal, o que não significa que deve necessariamente ser antecedido da progressão de regime prisional

Já para Marques (1996, p.274), é a liberdade concebida sob certas condições ao condenado que não revele periculosidade depois de cumprida uma parte da pena que lhe foi imposta.

A execução das penas privativas de liberdade concede ao sentenciado, gradativamente, a sua liberdade. Dessa forma, concretiza-se a idéia de regime fechado, semiaberto e aberto, na qual o indivíduo vai ganhando sua liberdade “em doses” com o passar do tempo.

Por meio do livramento condicional, coloca-se o indivíduo novamente, no convívio social, porém ele é submetido a certas condições. Esse substituto penal é um estimulante e até mesmo um freio ao condenado que poderá sair da prisão (MIRABETE, 2004).

Estimulante porque se cumprir todas as condições expressa na lei, o apenado ganha sua liberdade, porém não é uma liberdade plena e sim uma liberdade vigiada. Por outro lado, é um freio porque, o indivíduo sabe que se descumprir tais exigências perderá esse benefício.

Os pressupostos para a concessão do livramento condicional se dividem em pressupostos de ordem objetiva que se encontram no caput do artigo 83, e nos incisos I, II, IV e V, do CPB; e o de natureza subjetiva, constante no inciso III do mesmo diploma legal

Então, vejamos:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília: Senado Federal).

Fala-se em livramento condicional simples quando o condenado não é reincidente em crime doloso e possui bons antecedentes, e em livramento condicional qualificado quando o indivíduo é reincidente em crime doloso.

Para alcançar o estágio passível para a concessão do referido benefício, o sentenciado primário deve cumprir um terço da pena e o reincidente em crime doloso dois terços da pena que lhe foi imposta.

A justificativa para esse aumento no tempo de cumprimento é que o reincidente, em tese, apresenta maior periculosidade, tendo em vista que a condenação anterior não lhe serviu como lição.

Mas, se o agente for reincidente específico nos crimes previstos na Lei 11343/2006, será a este vedada a concessão do livramento condicional, com

base no artigo 44, parágrafo único da lei em comento. No caso em que o réu primário tenha maus antecedentes, obrigatoriamente deverá cumprir metade da pena e não somente a fração de um terço. (Renato Marcão, 2009).

O condenado a pena inferior a dois anos terá direito a sursis; superior a dois anos livramento condicional e exatamente dois anos o condenado poderá escolher entre sursis ou livramento condicional. Porém se o réu for condenado a dois anos de reclusão e for reincidente não poderá se beneficiar de sursis, cabendo a este somente o livramento condicional, desde que cumpridas mais da metade da pena.

Esse benefício pode ser concedido através de requerimento do sentenciado, de seu cônjuge ou de parente, ou, pelo Conselho Penitenciário.

Hoje em dia não se exigem o parecer do Conselho Penitenciário. O diretor do presídio será ouvido a respeito do comportamento do preso. Após será ouvido o Ministério Público. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições impostas na sentença de livramento, que se encontram no artigo 132 da Lei de Execução Penal:

Art. 132 - Deferido o pedido, o juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 1º - Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação;
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste.

§ 2º - Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não freqüentar determinados lugares.(NOGUEIRA, 1996, p.207)

As condições do livramento condicional são divididas em obrigatórias, referente ao parágrafo primeiro do artigo 132, da LEP, e facultativo no parágrafo segundo.

Existem ainda no artigo 132 do mesmo diploma legal. Condições legais indiretas que são as que determinam a revogação obrigatória ou facultativa do benefício, previstos nos artigos 86 e 87 do Código Penal:

Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:

I - por crime cometido durante a vigência do benefício;

II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.

Art. 87 - O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade. (BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília: Senado Federal).

A revogação do benefício não depende do juiz, e sim da própria lei quando for condição obrigatória (artigo 86). Quando for facultativa caberá ao juiz revogar ou não o benefício (artigo 87).

Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar (2014, p 1954), afirma que se mantido o livramento condicional, na hipótese da revogação facultativa, o juiz deverá advertir o liberado ou agravar suas condições.

O efeito da revogação está previsto no artigo 88 do CPB:

Art. 88 - Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado. (BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília: Senado Federal).

Entretanto, se até o término do período de prova o livramento não for revogado, dar-se-a extinta a pena privativa de liberdade. A sentença é declaratória e não constitutiva, havendo assim a extinção na data do término do período de prova e não na data em que o despacho foi proferido.

Em contrapartida, se o apenado comete novo crime durante o período de prova, esse período será prorrogado até que transite em julgado a sentença em

relação à nova infração. Se for condenado, o livramento será revogado e, se for absolvido será declarada extinta a pena do crime anterior.

### **1.2- Livramento condicional em crimes inferiores a 2 (dois) anos:**

Em crimes cuja pena imposta é inferior a anos, chamados de crimes de menor potencial ofensivo, o sentenciado terá direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou à suspensão condicional da pena (sursis). Contudo, se o apenado for reincidente em crime doloso, não fará jus à sursis e o reincidente específico, não terá direito a substituição da pena ou sursis. Então, o sentenciado deverá cumprir a pena privativa de liberdade. A partir dessa questão surge a problemática sobre possibilidade de aplicação do livramento condicional em penas inferiores a dois anos de prisão..

O cerne da discussão é debater a logicidade da aplicação do livramento condicional aos crimes mais graves, enquanto os condenados pela prática de crimes de menor potencial ofensivo não possuem direito a tal benefício.

Existem várias decisões a favor da aplicação do livramento condicional aos condenados apenas inferiores a dois anos, sendo que na maioria delas foi feita uma interpretação do artigo 83 do Código Penal à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Utiliza-se, também, de justificativa de que, não há nexos de logicidade em caber livramento condicional somente em crimes mais graves, o que demonstra tratamento mais brando, a esse tipo de delito e a não observação à máxima “quem pode o mais pode o menos”.

### **2- Livramento Condicional em crimes com penas inferiores a dois anos: correntes doutrinadas**

O livramento condicional em crimes com penas inferiores a dois anos ocorre na hipótese em que o apenado não tem direito a substituição da pena e nem ao sursis, pois é reincidente específico. A submissão desse direito amplo, portanto, somente aos sujeitos cuja pena é igual ou superior a dois anos, ofende o princípio da proporcionalidade, em que crimes mais graves teriam tratamento mais brando.

Se o judiciário analisar os dispositivos do Código Penal de forma literal, o benefício do livramento condicional em penas inferiores a 2 anos não será cabível, pois o artigo 83 do Código Penal é bem claro ao dizer que referido benefício será concedido ao condenado a pena igual ou superior a dois anos. Portanto, pode-se dizer que, existirá um contra senso, ou até mesmo, uma injustiça, caso seja feita uma simples interpretação literal da lei.

Madson da Cunha Mouta (2016), promotor de justiça, entende que se o livramento condicional é um direito até para os apenados por crimes gravíssimos e com penas altas, não há justificativa para que não seja concedido a crimes menos graves, pois se conclui que tal atitude beneficia autores de crimes mais graves.

Para o jurista, um exemplo que deixa claro que a interpretação do artigo 83 do Código Penal, em relação ao limite temporal, não deve ser uma interpretação literal e sim lógica, afim de que não ocorra injustiça é o seguinte:

Se duas pessoas são condenadas no mesmo processo por lesão corporal de natureza grave contra a mesma vítima, onde para o primeiro que é reincidente em crime doloso é aplicada a pena um ano e onze meses de reclusão, e para o segundo, também reincidente em crime doloso, e aplicada a pena de dois anos de reclusão. Pelas regras do código penal, nenhum dos condenados teria direito à substituição pela pena restritiva de direito (o crime do cometido com violência) e nem teriam direito à suspensão da execução da pena (são reincidentes em crime dolosos). O primeiro condenado não teria direito ao livramento condicional (sua pena é inferior a dois anos), logo teria que cumprir um ano e onze meses no cárcere, e o segundo condenado, que teve a pena maior, após um ano e um dia teria direito ao livramento condicional (art. 83, II, do CP). (MOUTA,2016)

Mouta baseia-se também no entendimento de que os institutos possuem uma sequência lógica, ou seja, se para o condenado não é cabível a substituição, então se aplica o sursis, e se por sua vez este também não for possível, ainda resta o livramento condicional.

Antes da mudança feita pela Lei 9714/98, previa-se que até um ano de condenação o sujeito teria direito a substituição. Não sendo cabível ou se a pena fosse superior a um ano, mas inferior a dois anos, haveria possibilidade

de sursis e se fosse pena igual ou superior a dois anos caberia livramento condicional, seguindo assim uma ordem.

Porém, ao observar o novo texto da lei, nota-se que existe uma contradição no Código Penal, pois hoje o limite de pena para que seja concedida a substituição é de 4 anos; o do sursis é de 2 anos e o livramento condicional é para penas iguais ou superiores a dois anos.

Entende-se contraditório, pois antes da mudança efetuada pela Lei 9714/98, para ser aplicado o benefício de substituição da pena, sursis ou livramento condicional, o Judiciário deveria acompanhar uma sequência lógica, em que o benefício cabível para o condenado dependeria da sua pena. Então, se o sursis só poderia ser aplicado se não fosse cabível a substituição, como pode seu limite de pena ser inferior, deveria seguir uma ordem lógica, como entende MOUTA.

Essa incoerência é devido à Lei 9714/98 sobre penas alternativas, que modificou o artigo 44 do Código Penal, que previa a possibilidade de substituição para as penas inferiores a um ano, aumentando para quatro anos, omitindo-se assim a respeito do sursis. Como se vê:

Art.1º. Os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Decreto- Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com as seguintes alterações:Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Como resultado, essa mudança fez com que se tornasse inadequado considerar o prazo estipulado no artigo 77, caput, do Código Penal, que previa a execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos (sursis).

A omissão do legislador, nesse novo texto fez o sursis perder seu objeto no direito pátrio, pois em todos os casos que antes caberiam sursis, agora cabe a pena substitutiva, tornando também ilógico permanecer o livramento condicional no prazo de pena igual ou superior a 2 anos.

Mouta relata que o TJSP decidiu em acórdão que: “a gravidade do crime perpetrado, por si só, não impede o livramento condicional, desde que preenchidos os requisitos do artigo 710 do Código do Processo Penal”. Portanto, pressupõe-se que não é necessário se prender ao fato de a condenação ser igual ou maior a dois anos e na gravidade da pena, pois é pacífico o entendimento no Supremo Tribunal Federal, de que é de suma importância o cumprimento dos requisitos.

A criação de um limite quantitativo de pena, não é uma medida correta e injustificável, quando o preso é imposto a uma maior restrição da liberdade sendo este praticante de crime sujeito a pena pequena, chocando-se assim com o princípio da proporcionalidade. Além disso, essa desarmonia das leis, em relação ao limite temporal, fere o princípio da razoabilidade, tendo em vista que este princípio se refere à análise em seu aspecto interno, ou seja, dentro da lei, como fora analisado acima.

O princípio da proporcionalidade trata da adequação entre norma elaborada e os meios adequados, necessários e proporcionais que deseja atingir. Já o princípio da razoabilidade impede a prática de atos que fogem a razão e ao equilíbrio do "pensamento comum". (BRAGA, 2010)

Mário Lúcio Pereira Machado (2010, p.04), defensor público, sustenta que o não cabimento do livramento condicional, nestes casos, não teria logicidade, pois não faz sentido um instituto tão amplo como esse ser admissível somente em crimes mais graves.

Já Greco (2010), citado por Mário Lúcio Pereira Machado (2010), se mostra mais prático, pois propõe a possibilidade do Defensor fazer uma interposição de apelo para tentar aumentar a pena do condenado para que

assim atinja a pena mínima de dois anos, para que seja aplicável o livramento condicional.

Para Paulo Queiroz (2010, p.453) a exclusão do condenado a pena inferior da estipulada em lei ofende o princípio da proporcionalidade, pois estaria prejudicando aquele que praticou crime menos relevante e beneficiando aquele que comete crime mais grave.

Tal situação ocorre também com os militares, já que estes não fazem jus a suspensão condicional da pena e nem ao livramento condicional em razão das penas inferiores, como prevê o artigo 88 do Código Penal Militar:

Art. 89. O condenado a pena de reclusão ou de detenção por tempo igual ou superior a dois anos pode ser liberado condicionalmente, desde que: I - tenha cumprido: a) metade da pena, se primário; b) dois terços, se reincidente; II - tenha reparado, salvo impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pelo crime; III - sua boa conduta durante a execução da pena, sua adaptação ao trabalho e às circunstâncias atinentes a sua personalidade, ao meio social e à sua vida pregressa permitirem supor que não voltará a delinquir.

Penas em concurso de infrações

§ 1º No caso de condenação por infrações penais em concurso, deve ter-se em conta a pena unificada.

Condenação de menor de 21 ou maior de 70 anos

§ 2º Se o condenado é primário e menor de vinte e um ou maior de setenta anos, o tempo de cumprimento da pena pode ser reduzido a um terço. (BRASIL, Código Penal Militar. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Brasília: Senado Federal).

Não sendo cabível nenhum benefício, a lei exige que o condenado cumpra integralmente a pena preso, sendo injusto tal ato, pois fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista que tal rigorosidade não é imposta nem para os reincidentes e nem nos casos de crimes gravíssimos.

Portanto, pode-se analisar que há falta de lealdade e coerência processual no judiciário, que atua de maneira contraditória em relação à temática, existindo muitas decisões jurisprudenciais favoráveis ao Livramento Condicional em penas inferiores a dois anos, embora haja e decisões totalmente contrária . Verifica-se que aqueles que são contrários seguem

estritamente a lei, enquanto os juristas que são favoráveis à aplicação do livramento condicional aos condenados a penas inferiores a dois anos se aprimoram em entendê-la e aplicá-la de maneira principiológica.

### **3- Entendimentos jurisprudenciais da concessão ou não do livramento condicional a penas inferiores a dois anos**

De acordo com o dispositivo legal, em regra geral, quando um indivíduo é preso por pena inferior a dois anos terá direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou sursis. Desse modo, a concessão do livramento condicional passa a ser indevido pelo não preenchimento do pressuposto quantitativo, previsto no artigo 83 do Código Penal. Nesse sentido, decidiu-se:

HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – PENA INFERIOR A DOIS ANOS – IMPOSSIBILIDADE – WRIT DENEGADO.1 - Conforme determina o caput do artigo 83, do Código Penal, o livramento condicional é admitido para condenados a pena superior a dois anos de reclusão.2 - Writ denegado.(STJ - HC: 120733 RS 2008/0251575-8, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, Data de Julgamento: 10/02/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20090302<br> --> DJe 02/03/2009).

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PENA INFERIOR A DOIS ANOS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. INDEFERIMENTO. Não se admite para penas inferiores há dois anos, isto é, abaixo do mínimo previsto no art. 83 do CP, a concessão de livramento condicional, uma vez que faltante o requisito objetivo. AGRAVO EM EXECUÇÃO DESPROVIDO. (Agravos N° 70038870192, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 16/12/2010) (TJ-RS - AGV: 70038870192 RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Data de Julgamento: 16/12/2010, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/01/2011)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PENA INFERIOR A DOIS ANOS DE RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. Tendo o apenado sido condenado à pena inferior a 02 (dois) anos de reclusão, não é possível a concessão da liberdade condicional, como previsto no art. 83, caput, do Código Penal. Agravos desprovidos. (Agravos N° 70057691313, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em

18/12/2013). (TJ-RS - AGV: 70057691313 RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Data de Julgamento: 18/12/2013, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/01/2014).

Na primeira situação, o paciente havia sido condenado a um ano e seis meses de reclusão e havendo cumprido um terço dessa pena, na qual pleiteou o livramento condicional. Porém, o *Habeas Corpus* foi negado com justificativa embasada na literalidade do artigo 83, do Código Penal, “o juiz poderá conceder Livramento Condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos (...)”.

Na segunda, a apenada foi condenada a um ano, onze meses e dez dias de reclusão, tendo cumprido dois terços da pena imposta. Sendo assim, requereu o benefício do Livramento Condicional com fulcro no artigo 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06, que prevê:

Art. 44: Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único: Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico. (BRASIL, Lei de Drogas. Decreto-Lei nº 1.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília: Senado Federal).

Em contraste, por unanimidade dos votos, não proveram o agravo com entendimento de que este dispositivo citado somente menciona de forma especial o livramento condicional. Portanto, é o Código Penal que regula o livramento condicional, logo o cumprimento do pressuposto quantitativo é requisito imprescindível para receber este benefício.

No último caso, o condenado recebeu uma pena de um ano, quatro meses e vinte e seis dias de reclusão e por unanimidade também foi negado o agravo, amparando esta decisão na literalidade do artigo 83, do Código Penal.

Contudo, o legislador não conseguiu prever todas as situações hipotéticas em que poderia ser aplicado o livramento condicional, como é o caso da reincidência em crime doloso e reincidência específico. Por essa razão, Celso Antonio Bandeira Mello entende que toda vez que houver falta de lógica entre o

fato discriminado na norma, (que seria o não cabimento do livramento condicional ao apenado em crime inferior a dois anos) e a razão jurídica da discriminação, (que essa por sua vez, é o cabimento da substituição de pena ou sursis), tal ato violaria o princípio da isonomia.<sup>3</sup>

Essa violação ocorre pela falta de lógica desse benefício ser concedido para crimes de maior potencial ofensivo e não o ser para o criminoso de menor periculosidade.

Nesse contexto, ainda que haja vedação legal para a aplicação do livramento condicional aos condenados a penas inferiores a dois anos, já existem decisões favoráveis, que utilizam do princípio da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade, entre outros, para justificarem o seu deferimento, como se vê adiante:

EXECUÇÃO PENAL - PEDIDO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL - PENAL INFERIOR A DOIS ANOS -REÚ REINCIDENTE - APLICAÇÃO DA ANALOGIA IN BONAM PARTEM DO ARTIGO 83 DO CÓDIGO PENAL - CONCESSÃO - CABIMENTO. Em virtude da ausência da lacuna legislativa para concessão de benefícios penais ao reeducando, reincidente e condenado a pena inferior a dois anos, aplica-se a analogia in bonam partem do artigo 83 do Código Penal para conceder-lhe o benefício do livramento condicional. (TJ-SP - EP: 990092873334 SP, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 09/03/2010, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 26/03/2010).

EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PENA INFERIOR A DOIS ANOS. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.É necessário interpretar o “velho” artigo 83 do Código Penal, quando fala em benefício ao condenado por pena igual ou superior a dois anos. O legislador estabeleceu aquele prazo, porque, geralmente, invariavelmente, em quase a totalidade das condenações, o réu, punido com pena inferior a dois anos, era, e é, beneficiado com a substituição ou suspensão da pena. E, nesta hipótese, corretamente, não cabe o livramento, porque ele não está preso. Há exceções, e o caso presente é uma delas. Aplicando-se literalmente o dispositivo citado, cria-se uma situação surrealista. O agravante, porque foi condenado a uma pena de um ano e três meses em regime

---

<sup>3</sup> O princípio da isonomia e divide em aspecto material é destinado a assegurar a igualdade real e efetiva, tratando de forma igual quem está em condições iguais, e o aspecto formal que consiste no tratamento normativo igualitário.

semi-aberto, passando a cumpri-la em presídio, o fará por inteiro dentro do estabelecimento prisional. Já outro, cometendo um crime mais grave e recebendo uma punição maior, ganhará o benefício e poderá deixar a cadeia em menos prazo que o caso anterior. Isso afronta não só o bom senso, como as disposições da Constituição e do próprio Código Penal. Ainda mais nos dias de hoje que, ao arrepio da legislação vigente, está se concedendo prisão domiciliar a apenados no regime aberto e até semi-aberto. DECISÃO: Agravo defensivo provido. Unânime. (TJ-RS - AGV: 70042901744 RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Data de Julgamento: 30/06/2011, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/07/2011)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A DOIS ANOS DE RECLUSÃO. ART. 83 DO CÓDIGO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. POSSIBILIDADE. A Lei 11.343/06 passou a permitir que o crime de tráfico de drogas alcançasse penas privativas de liberdade inferiores a 2 anos de reclusão. Todavia, ao autorizar o livramento condicional, com o cumprimento de 2/3 da reprimenda para o condenado não reincidente específico, em momento algum a Lei de Drogas dispôs sobre a quantidade mínima de pena aplicada, devendo, portanto, o benefício ser reconhecido em vista do princípio da especialidade. Ademais, mesmo nas hipóteses de expressa vedação legal, os Tribunais Superiores já assinalaram em sentido contrário, admitindo, uma vez incidindo a causa de diminuição, tanto o regime aberto quanto à conversão em penas restritivas de direitos, ante aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (STF HC 11.840/ES e HC 97.256/RS). Com efeito, pensamento contrário conferiria ilogicidade ao sistema, porquanto somente permitiria o gozo do benefício àquele que, por haver praticado conduta criminosa mais reprovável, obtivesse pena maior na sentença. Desprovemento do recurso. (CAVALIERI, 2014)

O apenado, no primeiro caso, foi apenado em um ano, nove meses e dez dias de reclusão, tendo, cumprido três quintos de sua reprimenda. Impetrou agravo para conseguir ser favorecido com livramento condicional, fundamentando-se no princípio da razoabilidade e da igualdade material.

Como resultado, o recurso foi deferido e alicerçado no entendimento de que, nos casos em que o sentenciado, em crime de menor potencial ofensivo,

não faz jus à substituição e nem ao sursis, deve-se usar da analogia. Ou seja, utiliza-se de uma norma para amparar um caso concreto semelhante que não está amparado no ordenamento jurídico, para conceder ao paciente o livramento condicional.

No segundo, o agravante é reincidente e teve uma pena de um ano e três meses de reclusão, fato que torna impossível a concessão da substituição da pena e o sursis. Dessa maneira, por unanimidade dos votos houve provimento do agravo, com a justificativa de que o legislador ao estipular uma pena mínima no artigo 83, do Código Penal, só previu situações em que o condenado teria direito aos dois benefícios que, em tese, são mais vantajosos. Não se atentando para a hipótese do apenado não ter direito a eles, tendo assim que cumprir sua pena totalmente no regime fechado situação que entenderam afrontar o bom senso e a própria Constituição Federal.

O último caso trata-se de um agravo impetrado pelo Ministério Público, pedindo a reforma da decisão que concedeu o livramento condicional ao sentenciado, sustentando a tese de que contraria expressamente o artigo 83, do Código Penal, que veda o benefício à pena inferior a dois anos. O sentenciado no caso em tela foi apenado em um ano e dez meses de reclusão.

Entretanto, foi negado o recurso com embasamento na lei de Drogas nº 11.343/06, artigo 33, parágrafo 4º:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;  
II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de

drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços,, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (BRASIL, Lei de Drogas. Decreto-Lei nº 1.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília: Senado Federal).

Verifica-se, portanto, que referida lei passou a permitir o que crime de tráfico de drogas alcançasse pena inferior a dois anos, porém, ao autorizar o livramento condicional com o cumprimento de dois terços da pena, a legislação não abordou sobre o “quantum” de pena que deveria ser cumprida para que o benefício pudesse ser concedido. Alicerçando-se também no entendimento de que, mesmo havendo vedação em lei, os Tribunais Superiores vêm se posicionando favoravelmente a este tema, com o uso dos princípios legais, fazendo com que o condenado a pena inferior a dois anos permaneça com seu direito ao benefício do Livramento Condicional.

### **Considerações finais**

O objetivo deste trabalho foi apresentar uma breve análise sobre a possibilidade da concessão do livramento condicional aos condenados a penas inferiores a dois anos, tratando-se de um tema não amparado por lei, mas que se justifica pelas frequentes decisões judiciais que vêm sendo tomadas nesse sentido, possuindo, assim, forte apoio dos tribunais superiores, tais como STJ e STF que têm embasado sua jurisprudência nos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, entre outros.

Verificou-se que há duas correntes doutrinárias sobre o assunto. A primeira delas faz uma interpretação literal do artigo 83 do CPB, ou seja, entende-se que o Livramento Condicional só pode ser concedido aos condenados a penas superiores a dois anos, não havendo que se falar em Livramento Condicional quando a pena aplicada for inferior a esse lapso

temporal. Trata-se de uma interpretação literal da lei, uma vez que se segue o que diz a lei penal, *ipsis litteris*, ou seja, sem a devida sistematização da lei.

Por outro lado, há a corrente que se baseia nas decisões dos mais variados tribunais brasileiros, tendo como justificativa principal as decisões reiteradas proferidas pelo STJ e STF. Tal corrente defende a possibilidade da aplicação do benefício em tela aos sentenciados a penas inferiores a dois anos, acreditando-se que não há lógica em se proporcionar aos condenados a penas superiores a dois anos benefícios que não são possíveis àqueles que receberam condenações menores. Tudo isso porque não estão sendo respeitados princípios constitucionais como o da proporcionalidade, razoabilidade e igualdade.

Dessa forma, verifica-se que se o livramento condicional é cabível em crimes de maior potencial ofensivo, cujas penas são superiores, não há nexo de logicidade quando o condenado a penas inferiores a dois anos não têm direito a receber o benefício em estudo, como fazem prova as diversas decisões jurisprudenciais analisadas neste artigo, que demonstram a necessidade de se decidir com base na interpretação lógica da lei penal.

Somente a partir da contextualização dos casos concretos e sistematização lógica do artigo 83 do Código Penal Brasileiro, será possível aplicá-lo de forma equânime, para que os condenados sejam tratados na medida exata de suas condutas criminosas, ou seja, benefícios propostos a penas de grande monta também o devem ser a penas menores, só assim serão aplicados os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, de extrema importância para a efetividade e justiça na aplicação da Lei Penal.

## Referência

BRAGA, Fernanda. ***Diferença entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade***. 2010. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/95239/ha-diferencas-entre-o-principio-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade-fernanda-braga>>. Acesso em: 07. Junho. 2016;

BRASIL. Agravo em Execução nº 70038870192/RS. Relatora: Ministra Laís Rogéria Alves Barbosa. Segunda Câmara, Acórdão de 16 dez 2010. DJe 31 jan 2011. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22903527/>>

agravo -agv-70038870192-rs-tjrs/inteiro-teor-111160483> Acesso em: 27. Maio. 2016;

BRASIL. Agravo em Execução nº70057691313/RS. Relatora: Ministro José Antônio Daltoe Cezar. Sétima Câmara, Acórdão de 18 dez 2013. DJe 21 jan 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113567530/agravo-agv-70057691313-rs>> Acesso em: 27. Maio. 2016;

BRASIL. Agravo em Execução nº70042901744/RS. Relator: Ministro Sylvio Baptista Neto. Sétima Câmara, Acórdão de 30 jun 2011. DJe 19 jul 2011. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20091268/agravo-agv-70042901744-rs/inteiro-teor-20091269>> Acesso em: 27. Maio. 2016;

BRASIL, **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília: Senado Federal;

BRASIL, **Código Penal Militar**. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Brasília: Senado Federal;

BRASIL. Execução Penal nº 990092873334/SP. Relator: Ministro Willian Campos. Quarta Câmara, Acórdão de 09 maç 2010. DJe 26 maç 2010. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8470374/agravo-de-execucao-penal-ep-990092873334-sp>> Acesso em: 27. Maio. 2016;

BRASIL. Execução Penal nº 990092873334/SP. Relator: Ministro Willian Campos. Quarta Câmara, Acórdão de 09 maç 2010. DJe 26 maç 2010. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8470374/agravo-de-execucao-penal-ep-990092873334-sp>> Acesso em: 27. Maio. 2016;

BRASIL, **Lei de Drogas**. Decreto-Lei nº 1.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília: Senado Federal);

CAVALIERI, Sumiei Meira. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. 2014. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043367A174CA8AEED24B94585B5FEA2F65C5031F2C222E>>. Acesso em: 18. maio. 2016;

JUNIOR, Romeu de Almeida Salles. **Curso Completo de Direito Penal- Parte Geral e Parte Especial**. 10º ed. Rev. e atual. Editora Del Rey, 2009;

KRAFT, Pablo Figueiredo Leite. **Aplicação dos princípios da isonomia e proporcionalidade nos crimes de furto qualificado e roubo agravado por concurso de agentes**. 2010. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,aplicacao-dos-principios-da-isonomia-e-proporcionalidade-nos-crimes-de-furto-qualificado-e-roubo-agravado-por-,26397.html>> Acesso em: 27. Maio. 2016;

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 7º ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009;

MACHADO, Mário Lúcio Pereira. **Tese- Defensoria**. 2010 Disponível em: <[www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/.../TESE%2013.docx](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/.../TESE%2013.docx)> . Acesso em: 24.abril.2016;

MAÑAS, Carlos Viico; MARTINS, Sergio Mazina; BICUDO, Tatiana Viggini. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. V.5. 2º ed. Rev. atual. e ampliada. Editora Revista dos Tribunais;

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva 1966. v.3;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 10ºed. Editora Atlas, 2004;

MOUTA, Madson da Cunha. **Livramento Condicional em pena privativa de liberdade inferior a dois anos**. Disponível em: <[www.buscalegis.ufsc.br/Revista/files/anexos/11688-11688-1-PB.htm](http://www.buscalegis.ufsc.br/Revista/files/anexos/11688-11688-1-PB.htm)>. Acesso em 24.abril.2016;

NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3º ed. Rev. e ampliada. Editora Saraiva, 1996;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11º ed. Rev. e atualizada. Editora Forense, 2014;

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito**. Rev. Ampliada e atual. 9º Ed. 3º Tiragem. Editora Jus Podivm. 2014.