

LIBERDADE PROVISÓRIA

DESPACHO INDEFERITÓRIO

Recurso

REsp 844-

RÉU PRIMÁRIO E DE MAUS ANTECEDENTES — PRAZO DE CUMPRIMENTO DA PENA

RESUMO

: - ... Na espécie, ademais, o agravante é tecnicamente primário e, assim, por não poder ser comparado com o reincidente, não tem necessidade de cumprir mais da metade da pena para obter o livramento, sendo descartada essa hipótese mesmo quando o réu, primário, não tenha bons antecedentes. A respeito do tema, aliás, a brilhante posição da ilustrada Procuradora de Justiça, Dra. SONIA MARIA BARDELLI SILVA, por sua oportunidade, vai aqui transcrita, sendo adotada também como razão de decidir: "A redação do art. 83, incisos I e II, do Código Penal, dada pela Lei nº 7.209/84, tem gerado muita controvérsia tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a respeito do prazo de cumprimento da pena, ensejador do livramento condicional para o condenado primário e de maus antecedentes. É que para o criminoso primário e de bons antecedentes, nos termos do inciso I, do art. 83, do Código Penal, basta o cumprimento de mais de um terço da pena privativa de liberdade para a obtenção do livramento. No caso de criminoso reincidente em crime doloso, deve ser cumprida mais da metade da pena, conforme o disposto no inciso II, do art. 83. Em se tratando de condenado primário e de maus antecedentes é que surge a polêmica. Alguns autores, entre eles DAMÁSIO DE JESUS ("Direito Penal", vol. 1 - Parte Geral, 15ª ed., 1991, pág. 545), entendem que se o legislador separou os delinquentes primários (inciso I) dos reincidentes (inciso II, não podem ser incluídos no inciso II os criminosos primários e de maus antecedentes. A estes deve ser aplicado o prazo previsto no inciso I. No mesmo sentido encontramos decisão do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo Des. DANTE BUSANA, em Recurso de Agravo ("in" RT 629/ 313), onde consta: "Assim, cumprido pelo sentenciado primário 1/3 do total da condenação, não é lícito reclamar, a título de ser possuidor de maus antecedentes pelo só fato de sua atividade criminosa anterior ao ingresso no cárcere, que purgue metade das penas para se beneficiar do livramento condicional, sob pena de se equiparar, grosso modo, para tal fim, os condenados primários aos reincidentes, o que não é do sistema do Código". Outros autores, contudo, entendem que o criminoso primário e de maus antecedentes, deve cumprir a metade da reprimenda para obter o livramento condicional, nos termos do inciso II, do art. 83, do CP (veja-se JÚLIO MIRABETE - "Execução Penal", 5ª ed., editora Atlas S.A., pág. 328 -, MIGUEL REALE JR., RENÉ ARIEL DOTTI, RICARDO ANTUNES ANDREUCCI e SÉRGIO M. DE MORAES PITOMBO - "Penas e Medidas de Segurança no Novo Código", Forense, 1985, pág. 231), porque estaria caracterizada a hostilidade aos valores jurídicos-penais. Existem também várias decisões neste sentido. Veja-se, como exemplo, a proferida pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo- AE relatado pelo Dr. NOGUEIRA FILHO ("In" JUTACRIM 92/198): "Quando o sentenciado, ainda que eventualmente primário, possui maus antecedentes, o seu livramento condicional é qualificado, ou seja, há necessidade do cumprimento de mais da metade da pena". Assim, da mesma forma na Instância Rara, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 844-SP, 6ª Turma (DJU de 12-11-1990, pág. 12.876) e REsp nº 4.112-SP, 5ª Turma (DJU de 5-11-1990, pág. 12.437), e o Pretório Excelso no RHC 66.222-6 - RJ, 2ª Turma (DJU de 14-10-1988, pág. 26.383). Todavia, de acordo com o princípio da legalidade formal, entre nós adotado (art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna), ao contrário do princípio da legalidade substancial (adotado em alguns Cantões da Suíça, Dinamarca, no novo Código Penal Chinês da década de 80, e outrora em regimes autoritários do nacional socialismo e do soviétismo stalinista) é regra basilar, como desdobramento da famosa fórmula de Feuerbach, a parêmia "nulum crimen, nulla poena sine lege stricta." Isto significa que tanto em relação incriminação como em relação à pena, não pode ser aplicada analogia "in mallam partem." E, pena sem execução, hoje, inclusive

jurisdicionalizada, não é pena (conforme HELENO C. FRAGOSO, "in" "Lições de Direito Penal", Parte Geral e FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, "in" "Princípios Básicos de Direito Penal" e conforme também o famoso precedente relatado pelo jurista DANTE BUSANA, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, sobre o conflito temporal de leis na execução da pena). Tudo que restringe o estado de liberdade em sede criminal inadmite o emprego da analogia contrária ao réu. Tanto a fixação da pena com a sua execução, a par de estri

EMENTA

... Não podem ser incluídos no inciso II os criminosos primários e de maus antecedentes. A estes deve ser aplicado o prazo previsto no inciso I. (Ementa Trecho do ACÓRDÃO)

NOTA DA REDAÇÃO

RT