

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

PAULA PIAZZA SPESSATO

**ANÁLISE DA JURISDIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL PELO ESTUDO
DOS INSTITUTOS DA PROGRESSÃO DE REGIME E DO LIVRAMENTO
CONDICIONAL**

Porto Alegre

2011

PAULA PIAZZA SPESSATO

**ANÁLISE DA JURISDIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL PELO ESTUDO
DOS INSTITUTOS DA PROGRESSÃO DE REGIME E DO LIVRAMENTO
CONDICIONAL**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Salo de Carvalho

Porto Alegre

2011

PAULA PIAZZA SPESSATO

**ANÁLISE DA JURISDIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL PELO ESTUDO
DOS INSTITUTOS DA PROGRESSÃO DE REGIME E DO LIVRAMENTO
CONDICIONAL**

Trabalho de conclusão do curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

.....
Prof. Ricardo Glockner

.....
Prof^a. Roberta Baggio

.....
Orientador Prof. Salo de Carvalho

Conceito:.....

Porto Alegre, 07 de dezembro de 2011.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Dr. Salo de Carvalho, pela confiança que me foi depositada quanto a este trabalho. Agradeço, também, pela sabedoria compartilhada, pela disposição genuína em me auxiliar, pelo pronto atendimento, nunca deixando que minhas inquietações durassem mais que cinco minutos (é que as respostas aos meus *emails* eram instantâneas), enfim pelo brilhantismo com que conduz tudo aquilo que se dispõe a fazer, não tendo sido diferente em relação à minha monografia. Obrigada, professor!

Agradeço à Maria Beatriz Machado Piazza, minha mãe, por ser a melhor referência que alguém pode ter. Obrigada por me dar a vida e por me ensinar a vivê-la. Obrigada por acreditar em mim e, mais que isso: fazer com que eu mesma acredite no meu potencial. Se eu vou longe, e eu tenho a certeza de que vou, é por causa de todos os seus ensinamentos. Obrigada, Mamyblue!

Agradeço, por fim, às minhas amigas da “Confraria Nós 10” e aquelas que compõem o “Clube da Lulu” por entenderem a minha ausência neste período e por nunca me esquecerem. É muito bom saber que passada a turbulência de um final de curso, terei amigos verdadeiros com quem comemorar. Obrigada, gurias!

Aprendi que quando um recém-nascido aperta com sua pequena mão pela primeira vez o dedo de seu pai, o tem prisioneiro para sempre. Aprendi que um homem só tem o direito de olhar um outro de cima para baixo para ajudá-lo a levantar-se.

(Marionete, de Johnny Welch)

RESUMO

Este trabalho tem o intuito de analisar a natureza jurídica da execução penal. Para tanto, far-se-á uma exposição das correntes administrativista, jurisdicional e mista. Posteriormente, analisar-se-ão os institutos da progressão de regime e do livramento condicional, onde se verificarão tendências reveladoras do modelo jurisdicional. É pela revisão doutrinária e jurisprudencial desses institutos, englobando seu histórico, particularidades e pontos controvertidos, que se comprovará a opção do legislador pelo modelo jurisdicional do sistema executivo.

Palavras-chaves: Execução Penal. Natureza Jurídica. Jurisdicionalização. Progressão de Regime. Livramento Condicional.

ABSTRACT

The proposal of this work is to analyze the legal nature of the penal execution. For that, there will be an exposition of the managerialist, the jurisdictional and mixed thesis. After that, the regime progression and the conditional release institutions will be analyzed, where it will be verified revealing trends of the jurisdictional model. It's through the doctrinal and jurisprudential analysis of these institutions, incorporating their history, specificities and controversial topics that it will be proved the legislator's preference for the jurisdictional model of the executive system.

Keywords: Penal Execution. Legal Nature. Jurisdictionalization. Regime Progression. Conditional Release.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
I EXECUÇÃO PENAL: NATUREZA JURÍDICA.....	12
1 CORRENTE ADMINISTRATIVISTA.....	12
2 CORRENTE ADMINISTRATIVISTA MITIGADA.....	14
3 CORRENTE MISTA.....	15
4 CORRENTE JURISDICIONAL.....	17
4.1 Princípios Informadores da Corrente Jurisdicional.....	19
II DA PROGRESSÃO DE REGIME.....	23
1 BREVE HISTÓRICO.....	23
2 DO REGIME DE PROGRESSÃO.....	24
2.1 Requisito Objetivo.....	26
2.2 Requisito Subjetivo.....	28
3 PARTICULARIDADES DO INSTITUTO.....	31
3.1 Competência.....	31
3.2 Progressão por Salto.....	32
3.3 Oitiva Prévia do Ministério Público e da Defesa.....	33
3.4 Progressão de Regime via <i>Habeas Corpus</i>	33
3.5 Da Possibilidade de Cumprimento de Pena em Regime mais Severo que o Estabelecido para a Pena em Abstrato.....	35
3.6 Cometimento e Apuração de Falta Grave e Gravidade do Delito.....	36
3.7 Progressão para o Regime Aberto.....	39
3.8 Prisão Domiciliar.....	41

4 QUESTÕES CONTROVERTIDAS.....	43
4.1 Exigência de Exame Criminológico.....	43
4.2 Falta de Vagas em Estabelecimento Adequado.....	45
4.3 Preso Provisório.....	46
4.4 Crimes Hediondos.....	49
III DO LIVRAMENTO CONDICIONAL.....	52
1 BREVE HISTÓRICO.....	52
2 CONCEITO.....	54
2.1 Requisitos Objetivos.....	56
2.2 Requisitos Subjetivos.....	59
3 PARTICULARIDADES DO INSTITUTO.....	60
3.1 Competência.....	60
3.2 Da Oitiva Prévia do Ministério Público e do Defensor.....	61
3.3 Condições do Livramento Condicional.....	62
3.4 Carta e Cerimônia de Livramento.....	64
3.5 Modificação das Condições.....	64
3.6 Suspensão do Livramento Condicional.....	66
3.7 Revogação do Livramento e seus Efeitos.....	67
3.8 Extinção da Pena Privativa de Liberdade.....	68
4 QUESTÕES CONTROVERTIDAS.....	69
4.1 Livramento Condicional a Estrangeiro.....	69
4.2 Dos Bons Antecedentes como Condição para Concessão do Livramento Condicional.....	70
4.3 Crimes Hediondos.....	72
4.4 Exigência de Exame Criminológico.....	72
CONCLUSÃO.....	74

REFERÊNCIAS.....	76
-------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a natureza jurídica da execução penal é tema recorrente. Nesses continuados debates doutrinários, costuma-se verificar o estabelecimento de duas posições radicalmente opostas, uma defendendo a natureza *jurisdicional* da execução e outra a sua faceta *administrativa*. Entre essas correntes, há, ainda, duas vertentes conciliatórias, denominadas de *mista* e de *mista mitigada*.

Pelo presente trabalho, quer-se, justamente, demonstrar a opção do legislador pela jurisdicionalização da execução penal e a importância dessa escolha, a qual implica, entre outros, admitir a existência de um processo de execução cercado de garantias constitucionais, marcado pela presença de três sujeitos principais dotados de poderes, deveres, direitos, obrigações e, conseqüentemente, a aceitação do condenado como titular de direitos.

Mais que simplesmente comprovar a opção pela jurisdicionalidade da execução, quer-se demonstrar os primordiais reflexos decorrentes do fato de ser ela atividade jurisdicionalizada.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em três partes. A primeira delas se presta a analisar as principais correntes sobre a natureza jurídica da execução penal. Já na segunda e terceira partes lança-se mão de uma análise aprofundada dos institutos da progressão de regime e do livramento condicional, os quais são informados diretamente pelo princípio da individualização da pena, insito à jurisdicionalização do sistema executivo.

Pelo estudo em apartado da progressão de regime e do livramento condicional verificam-se tendências reveladoras do modelo jurisdicional, assim corroborando a nossa tese. O estudo permite, ainda, demonstrar até que ponto vai a jurisdicionalidade da execução e de que maneira esta sofre influência de aspectos administrativistas.

É a revisão jurisprudencial e doutrinária do tema que permite concluir-se ser a execução penal atividade jurisdicional e, como tal, indelegável e irrenunciável por parte do Estado. Também é tal metodologia que permite entender o sistema executivo como uma atividade complexa, a qual não tem sua natureza transmutada pelo fato de não prescindir de certo rol de atividades administrativas.

Partindo-se dessas conclusões, pretende-se demonstrar, outrossim, ser tal opção a mais justa e compatível com Estado Democrático de Direito, modelo vigente entre nós.

I EXECUÇÃO PENAL: NATUREZA JURÍDICA

O Direito, enquanto fenômeno, está em perene e necessária evolução. A esta necessidade também está subordinada a execução penal. A visão sistêmica do ordenamento jurídico exige que o conjunto de normas esteja em consonância com os valores sociais e que, entre as normas, não existam antinomias. As regras da execução penal não podem estar dissociadas do Estado Democrático de Direito, modelo que vige entre nós. Ademais, a execução da pena deve respeito a todos os princípios insculpidos na Constituição Federal. Dessa feita, questiona-se qual a natureza do sistema executivo, o que, a depender da política criminal escolhida, implicará consequências na vida prática.¹ Passemos, pois, à análise dessas correntes.

1 CORRENTE ADMINISTRATIVISTA

Para os adeptos desta teoria, a atividade jurisdicional findaria com a sentença penal condenatória. A partir deste marco, desenvolver-se-ia uma espécie de relação de poder, de modo que o sentenciado ficaria subordinado ao interesse da administração. Dessa sorte, a execução atingiria a esfera jurídica do sentenciado, independente da vontade deste. O criador desta tese foi Saleilles.²

Dentre os juristas pátrios, Adhemar Raimundo Silva, em obra muito anterior à atual Lei de Execuções Penais –LEP, concorda com essa opinião. Para o autor, nem nos chamados incidentes de execução, como, v.g., no processo de livramento condicional, haveria jurisdição, porquanto tal instituto não representaria um direito, mas uma liberalidade. Ao magistrado caberia, pois, tão somente analisar se os requisitos legais para o deferimento do pedido estavam preenchidos. Não haveria, por assim dizer, interesses em conflito, e – face à inoccorrência de lide – inexistiria jurisdição.³

¹FÖPPEL, Gamil. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal**. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br>. Acesso em: 12.09.2011.

²FÖPPEL, Gamil. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal**. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br>. Acesso em: 12.09.2011.

³SILVA, Adhemar Raimundo. **Estudos de Direito Processual Penal**. Salvador: Publicações da Universidade da

Como bem ensina Gamil Föppel, tal tese não merece acolhida, porquanto desconsiderar a existência de jurisdição até mesmo nos incidentes é restringir sensivelmente o âmbito da execução penal. Para o autor, o livramento condicional e a progressão de regime – entre outros- não são “benefícios”, mas, sim, verdadeiros direitos subjetivos, os quais servem para adequar a pena ao curso da execução. Dessa forma, se atendidos os seus requisitos, o magistrado indeferir o pleito, estará incorrendo em constrangimento ilegal. Alega, ainda, que se essa teoria não falhasse em tal aspecto, haveria outro grave problema a fadá-la ao insucesso, qual seja: a atribuição de ampla margem de discricionariedade ao administrador prisional, que, por certo, incorreria em manifestações de mero arbítrio.⁴

É que a natureza administrativa que se quisesse emprestar à execução penal tornaria o réu mero objeto do procedimento, quando, em verdade, ele deve ser visto como titular de situações processuais de vantagem, por assim dizer, verdadeiro sujeito da relação processual existente no processo de execução penal.⁵

Nesse sentido, a teoria administrativista “[...] acabava por se chocar com a imperiosa necessidade de intervenção judicial nos chamados incidentes da execução (basicamente no livramento condicional)”.⁶

Em verdade, essa corrente tinha voz até a edição da LEP. Até então, predominava o caráter estritamente administrativo da execução penal. Nesse panorama, a função do juiz restringia-se ao cálculo da pena. A partir daí, competia ao Estado, em sua função executiva, cuidar de executar a pena em toda a sua extensão, resolvendo os seus incidentes. Só alguns poucos incidentes chegavam ao conhecimento do Judiciário, o que sempre foi encarado como desnecessário. Pautava-se esse entendimento na ausência de um processo, em sua acepção judicial e bem explorada no pelo Direito Civil.⁷

Com a LEP, não há mais espaço para tal corrente. Com efeito, Dotti ensina que “Na atualidade, deve-se considerar plenamente superada a fase histórica segundo a qual as questões de execução da pena tinham natureza administrativa”⁸.

Bahia, 1957 *apud* FÖPPEL, Gamil. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal**. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br>. Acesso em: 12.09.2011.

⁴FÖPPEL, Gamil. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal**. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br>. Acesso em: 12.09.2011.

⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo de Execução** in GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 282.

⁶CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 166.

⁷BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

2 CORRENTE ADMINISTRATIVISTA MITIGADA⁹

A consequência natural do afastamento do Judiciário da execução, como defendido pela corrente administrativista, era a total discricionariedade do administrador prisional, o que conduziu ao subterrâneo o reconhecimento da dignidade do encarcerado.¹⁰

Sobre o tema, ensina Alexis Couto de Brito, revisitando vários doutrinadores, que:

Para compensação de tal situação, passou-se a reconhecer a jurisdicionalidade da execução, mesmo que em alguns atos, mas ainda negando-se a existência de um processo. Neste viés, no tocante à natureza processual da execução, destacando-se os pensamentos de alguns estudiosos do tema que não negam a natureza jurisdicional da execução, mas sim a existência de um *processo de execução* nos moldes traçados pelo Direito Civil. E o motivo é o fato de que a norma aplicada, ou seja, da sentença, deriva automaticamente sua própria execução (GALATI; SIACUSANO; TRANCHINA; ZAPPALÁ. *Direito Processuale Penale*. p.581). Vicente Greco Filho entende não existir ação de execução penal, por não haver pedido de tutela jurisdicional específica, e a execução da pena ser apenas um procedimento complementar à sentença, com incidentes próprios. O fundamento é o mesmo de Tranchina, a sentença executa-se por força própria, de ofício (*per officium iudicis*) independentemente da instauração de nova relação processual (GRECO FILHO. *Manual de Processo Penal*. p. 101).¹¹

Entretanto, esta teoria, baseada na inexistência de um processo de execução, é justamente o fundamento para condução meramente administrativa. Nesse sentido, explica o autor:

Se não existe processo de execução, então a pena proferida após o processo realiza-se forçadamente como direito substantivo deduzido em juízo, ou seja, o fundamento jurídico da execução é a própria norma que conecta a sanção com violação de preceito (GRISPIGNI. *Derecho penal italiano*. p. 288). Para o exercício de uma função administrativa, não se necessita de um juiz, podendo fazê-lo o próprio órgão executivo. Mirabete posiciona-se da mesma forma. Não nega que ao falar de execução da pena se fala em processo, mas como a derradeira etapa do processo penal. A execução penal tem características muito peculiares, que a diferenciam de um processo de execução civil, como, por exemplo, o fato de ser sempre forçada e nunca espontânea, pois o condenado não poderá sujeitar-se voluntariamente à pena;

⁸ DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 471.

⁹A denominação “corrente administrativista mitigada” é sugestão da autora que, para fins didáticos, achou melhor tratar de tal posicionamento em item a parte.

¹⁰BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

¹¹BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

o juiz agirá sempre de ofício; a não ocorrência de nova citação ou sequer contestação (MIRABETE. Execução Penal. p.34)

A execução penal, no maior das vezes, não é voluntária, de modo que não pode o apenado cumprir por vontade própria a pena aplicada, competindo ao Estado forçar seu início. Isto não suprime o caráter jurisdicional, atribuído pela lei, assegurado na condução e controle de um juiz de direito de jurisdição especializada, com suas peculiaridades, incidentes e recursos, destacado do momento anterior, este destinado à comprovação de autoria e materialidade.¹²

Isso posto, posicionar-se pela ausência de um processo autônomo, como o fazem os defensores da corrente administrativista mitigada, implica diminuir o âmbito da execução penal judicial. Assim, o melhor entendimento é por negar que a execução represente a fase última do processo de conhecimento.

3 CORRENTE MISTA

A corrente mista, bem como administrativista mitigada, reconhece a concomitância de aspectos administrativos e jurisdicionais no sistema executivo –em maior ou menor escala-, contudo, diferentemente do que propõe aquela, a mista não sugere a inexistência de um processo de execução, mas antes sustenta que esta funda suas raízes em três setores distintos: *a)* relativamente à vinculação da sanção com direito subjetivo estatal de castigar, a execução entra no direito penal substancial; *b)* no que pertine à vinculação com título executivo, entra no direito processual penal; por fim, *c)* quanto à atividade executiva verdadeira e própria, entra no direito administrativo, ressalvando a possibilidade de episódicas fases jurisdicionais correspondentes.¹³

¹²BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

¹³LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, vol. III, trad. De Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires:EJEA, 1963, p. 472 *apud* CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 372.

Ada Pellegrini Grinover é a principal representante brasileira desta corrente, também chamada de híbrida. Para a processualista,

“A execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Dessa atividade participam dois Poderes estatais- o Judiciário e o Executivo-, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos administrativos.”¹⁴

No entanto, sustenta a autora a necessidade de se apartar cada um dos aspectos, haja vista que a aplicação da pena seria objeto do direito penitenciário, o qual se liga ontologicamente ao direito administrativo, muito embora suas regras possam encontrar-se nos Códigos Penal e Processual Penal, enquanto a tutela tendente à efetivação da sanção penal seria objeto do processo de execução, o qual guardaria natureza indiscutivelmente jurisdicional, fazendo parte do direito processual.¹⁵

Contudo, conforme leciona Salo de Carvalho, não se pode admitir um sistema jurídico misto, pois:

“[...]a característica dos sistemas, como dos paradigmas e dos tipos ideais, é sua identificação a partir de alguns rígidos princípios identificadores. Deles apenas se aproximam tendências opostas, sendo impossível fusão sistemática ou paradigmática. O modelo jurídico é garantista ou antigarantista. O sistema processual é acusatório ou inquisitório. O sistema executivo é jurisdicional ou administrativo.”¹⁶

Dito isso, observa-se que a natureza mista do processo de execução não se coaduna com os preceitos da Constituição Federal de 1988, porquanto seu art. 5º prevê, expressamente, que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*. Desses direitos, somente o de “liberdade ampla” parece não comportar efetivo exercício pelos presos, mesmo porque a própria Carta Magna ressalva a possibilidade de a lei obrigar alguém a fazer alguma coisa (*in casu*, cumprir pena). Ademais, todo apenado é reconhecidamente titular de direitos fundamentais (à exceção

¹⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. PROCESSO DE EXECUÇÃO, in GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 281.

¹⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. PROCESSO DE EXECUÇÃO, in GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 281.

¹⁶CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, pp. 185 e ss. *apud* CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 374.

da liberdade, conforme referido, e do direito de votar e ser votado), cujo respeito há de guiar toda a atividade jurisdicional.¹⁷

É que, pela Constituição Cidadã, o apenado não é objeto da execução, mas, sim, sujeito desta, demandando, por isso mesmo, direitos idênticos aos demais cidadãos. Desta feita, o Estado, queira ou não, está vinculado a não lesar os direitos de liberdade (*stricto sensu*) do réu, tratando-se tal orientação de decorrência direta do regime político adotado pelo constituinte originário, qual seja, o regime democrático de direito, que impõe, ao Estado, nos dizeres de Andrei Zenkner Schmidt:

“[...] a atuação com respeito negativo e positivo, respectivamente, de direitos individuais e sociais, conferindo-se a estes mesmos cidadãos os mecanismos judiciais (p. ex., mandado de segurança, *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data* etc.) de correção de arbitrariedades porventura verificados no curso dessa atividade.”¹⁸

Dito isso, tendo em vista ser o preso *sujeito de direitos*, não há como a faceta administrativa da corrente mista preponderar, ou mesmo ser equiparada à sua faceta jurisdicional. Não quer isso dizer, conforme destaca Salo de Carvalho¹⁹, que não possam subsistir notas de um sistema no interior de outro que o contrapõe, o que não descaracterizaria a matriz original.

4 CORRENTE JURISDICIONAL

Para os adeptos desta corrente, com o advento da Lei 7.210/84 LEP, a execução penal passou a ser eminentemente judicial. É que, por meio dela, os órgãos judiciários adquiriram integral competência para acompanhar o *processo de execução*, não mais relegado ao poder

¹⁷SCHIMIDT, Andrei Zenkner, Direitos, **Deveres e Disciplina na Execução Penal** in CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 221.

¹⁸SCHIMIDT, Andrei Zenkner, Direitos, **Deveres e Disciplina na Execução Penal** in CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 221.

¹⁹CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, pp. 185 e ss. *apud* CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 374.

Executivo, havendo, inclusive, previsão de recurso próprio (agravo) ao juiz competente para solução de questões incidentes à execução²⁰.

A reforçar o caráter jurisdicional desta corrente, a qual nos filiamos, o art. 2º, *caput*, da LEP dispõe que a “jurisdição penal dos juízes ou tribunais de justiça ordinária, em todo território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal”. De igual sorte, o item 15 da Exposição de Motivos da LEP prevê que “à autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de jurisdição especializada”. Ainda, o art. 66, também da LEP, dispõe sobre a competência do Juízo da Execução.

A leitura dos dispositivos em comento revela a inequívoca vontade do legislador em elevar a execução penal ao posto de atividade eminentemente jurisdicional.²¹

Não se ignora, contudo, que a atividade da execução penal é também administrativa, podendo citar-se, nesse sentido, as normas insertas nos capítulos V e VI do título III, bem como aquelas que compõem o título IV. Bem assim é que se entende caber ao diretor do estabelecimento, por exemplo, a manutenção do prédio, a aquisição de roupas, comida etc, não sendo coerente, porém, que possa ele aplicar sanções. Nesse passo, acentua Armida Miotto :

[...] a administração penitenciária é autônoma, porém não independente, uma vez que sua atividade deve se integrar com a do juiz, i.e., as atividades de economia interna de cada estabelecimento penal ou do órgão que os engloba, pertencem à administração penitenciária, mas ela nada pode fazer que discrepe dos termos das sentenças condenatórias, ou que interfira no direito de punir, ou que fira direitos e legítimos interesses dos condenados; se não observar essas limitações, o juiz intervirá, mediante requerimento do interessado ou, conforme o caso, de ofício, sendo que, se se configurar conflito de direitos, deve ser ouvida a parte contrária [...]²²

Não se pretende, contudo, que o juiz de execuções se torne um grande carcereiro, tão somente quer-se que a magistratura zele pelos sentenciados. O mais importante em considerar a execução penal exercício jurisdicional é conferir-lhe as garantias constitucionais. Nesse passo, a presente corrente advoga, acertadamente, que o preso não é uma coisa, possuindo direitos invioláveis, bem no sentido de que a atuação do juiz se estende à execução penal em

²⁰BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

²¹BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

²²MIOTTO, Armida. *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 74 *apud* FÖPPEL, Gamil. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal**. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br>. Acesso em: 12.09.2011

toda a sua plenitude, podendo ser provocado pelo apenado, sempre que este se sentir vilipendiado em seus direitos.²³

Sobre essa concepção, Dotti, com a maestria que lhe é inerente, afirma:

Uma nova concepção e o empenho decidido em fazer do Direito de Execução Penal um fecundo caminho para completar a missão de garantia formalmente instituída nos Códigos Penal e de Processo Penal, atenderá os interesses comunitários. E haverá mais possibilidades do que com a fragmentada legislação penal das execuções para a qual o preso é vítima do sistema de marginalização confinada e o egresso é a personagem cinzenta, caminhante diuturno por novos e velhos calvários. Ao primeiro, a sociedade lhe volta as costas a partir do instante em que é encarcerado; ao segundo, quando a porta é aberta, lhe nega a mão.²⁴

4.1 Princípios Informadores da Corrente Jurisdicional

Sendo jurisdicionalizado, o processo de execução penal traz consigo uma série de garantias atribuídas aos apenados. Aliás, a própria existência do processo já é, em si, um direito. Se o processo, só pelo fato de existir, já enseja uma maior garantia, pense-se o avanço quanto aos outros direitos. Nesse sentido, pode-se dizer, então, que o processo de execução penal está vinculado aos seguintes princípios.

a) Princípio da legalidade: garantia constitucional ao condenado de que nenhuma sanção será aplicada sem a prévia disposição legal. Aqui, cabe frisar que quando se afirma que a legalidade deve ser obedecida na execução, um dos aspectos mais importantes diz respeito à restrição de direitos. Assim é que os direitos da execução da pena que enumeram requisitos para sua concessão só poderão sofrer algum tipo de restrição quando previstos em lei. Dessa sorte, pode o magistrado valer-se de suposta discricionariedade para restringir ou negar direitos com base em convicção própria sobre a finalidade do instituto ou sobre o merecimento do beneficiário, pois quando se pensa que a execução tem como sujeito principal e razão de ser na pessoa presa, é por esta que se deve pautar as conclusões do magistrado.²⁵

²³PRADO, Luiz Régis (coord.); HAMMERSCHIMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi de; COIMBRA, Mário. **Direito de Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

²⁴DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 471.

²⁵BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

b) Princípio do devido processo legal: É um imperativo de que o sentenciado tem de sua situação jurídica julgada pela autoridade competente, seguindo o procedimento adotado pela lei. O processo de execução penal não pode ser desvirtuado.²⁶

c) Princípio do duplo grau de jurisdição: As decisões exaradas pelo magistrado de execuções penais estão submetidas ao crivo do duplo grau de jurisdição, podendo, dessa maneira, ser corrigida pelos tribunais. A LEP criou um recurso específico – o agravo em execução – artigo 197.²⁷

d) Princípios do contraditório e da ampla defesa: O art. 5º, LV, dispõe que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." Como visto, a execução penal tem natureza jurisdicional, recebendo influência direta do inciso em comento.

Por ampla defesa, entende-se o direito de apresentar todas as provas admitidas pelo direito, bem como todas aquelas não vedadas. Durante a execução penal, o condenado estará, também, sujeito a processos administrativos para apuração de suas faltas, e as decisões interlocutórias ou procedimentos incidentes nos quais poderá apresentar todos os meios de prova de que dispuser²⁸.

Pelo princípio do contraditório, esclarece-se que:

[...] no processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pelo e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de força similares.²⁹

²⁶FÖPPEL, Gamil. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal**. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br>. Acesso em: 12.09.2011.

²⁷FÖPPEL, Gamil. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal**. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br>. Acesso em: 12.09.2011.

²⁸BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

²⁹FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 61 *apud* PRADO, Luiz Régis (coord.); HAMMERSCHIMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldí de; COIMBRA, Mário. **Direito de Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

Frise-se, no entanto, que, ao apreciar a questão técnica em procedimento administrativo disciplinar, o STF editou a Súmula vinculante nº 5, com a seguinte redação: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".

e) Princípio da jurisdicionalidade: garantia do condenado de que a atividade que gravita sobre a execução penal é predominantemente jurisdicional, evitando-se, assim, desvio ou excesso de execução.

f) Princípio da presunção de inocência: garantia de que, na ocorrência de ato ilícito –crime, contravenção ou falta –, presume-se *juris tantum* a inocência do sentenciado. Não raro, todavia, os juristas esquecem-se deste preceito constitucional. Aparente esquecimento deriva do fato de o direito penal ser estigmatizante. Crê-se que, pelo fato de um dia ter delinquido, o indivíduo estará sempre tendente à vida delituosa.³⁰

g) Princípio da individualização da pena: consiste numa diretriz constitucional orientadora de o imposição, aplicação e execução da pena (art. 5º, XLVI), bem no sentido de que o apenado não só receba a pena adequado à reprovação da sua conduta e prevenção do crime, mas, também, que no decorrer da execução, receba a devida atenção do Estado, não apenas no que pertine às suas características pessoais, mas que, de igual forma, a expiação seja amenizada, "à medida que se constate uma prognose positiva de re-educação penal."³¹

Não por outro motivo é que as legislações que impossibilitam a progressão de regime, a concessão de liberdade provisória ou livramento condicional, bem como outros institutos individualizadores merecem ser (e são) duramente criticadas pela doutrina científica, por darem igual tratamento a pessoas diferentes, indo contra a garantia constitucional em comento.³²

³⁰FÖPPEL, Gamil. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal**. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br>. Acesso em: 12.09.2011.

³¹PRADO, Luiz Régis (coord.); HAMMERSCHIMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi de; COIMBRA, Mário. **Direito de Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

³²BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

h) Princípio da humanidade: a CF, em seu art. 5º, XLVII, veda qualquer pena de caráter cruel, perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento, além de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral. A respeito, ensina Dotti:

A humanização das penas é outro princípio básico ao Direito Penal Moderno. Ela arranca do sentimento comum aos homens de boa formação ética pois, embora se admita a necessidade da punição, repugna à consciência de todos a inflicção de castigos cruéis e ofensivos à dignidade que sempre permanece, em maior ou menor escala, até no pior delinquente.³³

Feita essa explanação demonstrando a opção do legislador pelo modelo jurisdicional de execução, passaremos, nos próximos capítulos, a falar sobre os institutos da progressão de regime e do livramento condicional, decorrência direta do princípio da individualização da pena, ambos elevados à condição de direitos do apenado, e não mais relegados à desfavorável posição de benefícios, para que se vislumbre, pela revisão doutrinária e jurisprudencial, as garantias levadas a efeito por esse modelo.

Frise-se que, no presente trabalho, não estaremos abordando o sistema processual em si, que pode ser acusatório ou inquisitório, mas, tão somente, o sistema executivo e a acertada opção pelo modelo jurisdicional.

³³DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 222.

II DA PROGRESSÃO DE REGIME

Enquanto direito do apenado, assim entendida a partir da edição da LEP, a progressão de regime talvez seja o instituto que melhor atenda ao apelo individualizador (também previsto no art. 5º da CF) do sistema progressivo adotado por nosso sistema penal.

O estudo da execução penal deve fazer-se sempre ligado aos princípios constitucionais penais e processuais penais, os quais só são estendidos aos presos em função da perspectiva jurisdicional da execução penal adotada pelo legislador.

Dessa sorte, inviável a execução da pena dissociada dos princípios da individualização, do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, da jurisdicionalidade, da ampla defesa etc.

Isso posto, nenhum instituto melhor que o da progressão de regime -mais complexo- para se vislumbrar todos esses princípios informadores da corrente jurisdicional e, conseqüentemente, corroborar nossa tese. Dito isso, passemos a estudá-lo.

1 BREVE HISTÓRICO

A irracionalidade na forma de cumprimento da pena privativa de liberdade e as deficiências identificadas nos estabelecimentos prisionais levaram, no século XVIII, à busca por uma nova filosofia penal. Historicamente, o primeiro Sistema Penitenciário que apareceu foi o denominado Pensilvânico ou da Filadélfia. A este, seguiu-se o modelo Auburniano, centrado no isolamento celular absoluto do apenado; o modelo Espanhol, também conhecido como Montesinos, até chegar-se aos modelos Progressivo Inglês e Progressivo Irlandês³⁴.

O Código Penal Brasileiro de 1940, em sua redação originária, adotou, não sem modificações, o Sistema Progressivo Irlandês³⁵, assim prevendo um período inicial de isolamento absoluto por prazo não superior a três meses na pena de reclusão, seguido de

³⁴MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 386-7.

³⁵O Sistema Irlandês consistia na execução da pena em quatro períodos, quais sejam: 1º) recolhimento celular absoluto; 2º) o da reforma, pelo isolamento noturno com trabalho e estudo durante o dia; 3º) semi-liberdade, é o estágio intermediário com trabalho em comum, podendo os apenados vestirem roupas civis e desempenharem alguns empregos externos; 4º) liberdade provisória, a qual se torna definitiva pelo bom comportamento.

trabalho em comum durante o dia e da possibilidade de transferência para a colônia penal e, por fim, o livramento condicional. O isolamento inicial da pena de reclusão passou a ser facultativo com a Lei 6.416/1977, que inovou introduzindo *a)* o sistema de execução em três regimes - fechado, semi-aberto e aberto - e *b)* a possibilidade de dar-se o início do cumprimento em regimes mais brandos, sempre atentando para o *quantum* de pena aplicada e as condições de maior/menor periculosidade do apenado.³⁶

Distanciando-se do sistema único, o qual previa tratamento igual para todos os condenados, e, conseqüentemente, cada vez mais aproximando-se do que preceitua o princípio da individualização, que assim exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a pena a ser aplicada³⁷, sancionou-se a Lei 7.209/84, reformando o Código Penal. Referido texto, entre outras tantas mudanças, excluindo o período inicial de isolamento, manteve as três espécies de regime e determinou que as penas deviam ser executadas na forma progressiva, segundo o mérito do condenado, sem eliminar, contudo, a possibilidade de ser iniciado seu cumprimento nos regimes menos severos.³⁸

Feita essa brevíssima exposição histórica, passemos à análise da progressão de regime propriamente dita.

2 DO REGIME DE PROGRESSÃO

Nas palavras de Dotti, “*A progressão no regime de execução da pena privativa de liberdade é uma das faces visíveis da individualização da pena, que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Penal*”³⁹.

Consiste tal instituto na passagem de um regime mais rigoroso para outro mais brando de cumprimento. Trata-se de decorrência direta do princípio da individualização da pena na fase de execução, bem assim no sentido de manter o condenado na esperança de “[...] retornar ao convívio humano, de desvestir finalmente o horrível uniforme, de reassumir o aspecto de

³⁶ KUEHNE, Maurício. **A execução penal**. Justitia, São Paulo, v. 51, n. 148, p. 29-40, out./dez. 1989. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/23237>>. Acesso em 15 de agosto de 2011.

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006, p.103.

³⁸ MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 386-7.

³⁹ DOTTI, Rene Ariel. **Curso de Direito Penal**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010. p. 653.

homem livre, de retornar ao seu lugar na sociedade, é o oxigênio que alimenta o encarcerado".⁴⁰

Nesse sentido, a concessão e a denegação da transferência para regimes menos severos representam medidas jurisdicionais, porquanto implicam modificação da forma de execução da pena, de modo que determina a lei que a decisão desses incidentes deve ser motivada⁴¹.

O regime prisional progressivo foi adotado pelo Brasil em seu Código Penal e explicitado na LEP, em seu art. 112, *caput*, sendo assim descrito:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Num sentido inverso, tem-se a regressão, prevista no art. 118 da LEP, a qual enumera hipóteses de transferência do detento para regimes mais severos. Entretanto, tal tema não é objeto do presente trabalho.

Sobre o instituto, leciona Capez:

Ao transitar em julgado, a sentença condenatória o faz com cláusula *rebus sic standibus*, ou seja, será imutável apenas enquanto os fatos permanecerem como estão. A alteração da situação fática existente ao tempo da condenação faz com que o juízo da execução promova as necessárias adaptações a fim de adequar a decisão à nova realidade. Assim é que o fato de alguém ter recebido um determinado regime de cumprimento da pena não significa, salvo algumas exceções, que tenha de permanecer nesse mesmo regime. O processo de execução é dinâmico e, como tal, está sujeito a modificações. Assim é que o legislador previu a possibilidade de alguém que iniciasse o cumprimento em um regime mais gravoso (fechado ou semi-aberto) obter o direito de passar a uma forma mais branda e menos expiativa. Isso denomina-se progressão de regime. Trata-se da passagem do condenado de um regime mais rigoroso para outro mais suave, desde que satisfeitas as exigências legais.⁴²

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, nos dos itens 118 a 120, preceitua que a progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o

⁴⁰CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. 7ª ed. Campinas: Bookseller, 2006, pp. 76-7.

⁴¹CAPEZ, Fernando. **Execução Penal 3**. 10ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004, p. 107.

⁴²CAPEZ, Fernando. **Execução Penal 3**. 10ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004, p. 99.

cumprimento mínimo de um sexto da pena em regime inicial ou anterior, configurando esses os requisitos para concessão da progressão.

Passemos, então, à análise mais aprofundada de referidos requisitos.

2.1 Requisito Objetivo

O requisito objetivo consiste no tempo de cumprimento de pena no regime anterior (um sexto da pena), sendo que a cada nova progressão exige-se o requisito temporal.

Nessa esteira, tendo o apenado cumprido um sexto de sua pena no regime inicial e obtido a progressão, tem-se que, para uma nova concessão, tal fração deverá recair sobre o restante da pena e não sobre o seu total⁴³, diferentemente do que já decidiu o STF no HC 69.975⁴⁴, conforme excertos que seguem:

A PENA a que se refere o art. 112 da Lei de Execuções Penais é unicamente a imposta ao preso pela sentença em execução. Veja-se que o mesmo dispositivo regula ambas as progressões de regime - do fechado para o semi-aberto e deste para o aberto. Porque, então, na primeira progressão se há de tomar para base do cálculo de 1/6 a pena total imposta e na segunda somente o restante a ser cumprido? Por dever de coerência, os defensores da tese aqui repelida deveriam também entender que o réu condenado a 6 anos de reclusão após cumprir 10 meses e 10 dias no regime fechado já poderia progredir para o semi-aberto, pois então, o restante da pena a cumprir seria de apenas 5 anos, 1 mês e 20 dias, que, divididos por 6, dariam 10 meses e 9 dias, tempo inferior ao já cumprido por ele. E, como não é possível entender-se que, em um mesmo dispositivo legal, a expressão '1/6 DA PENA' ora se refira à sexta parte da pena imposta, ora à sexta parte da pena ainda a ser cumprida, nem tampouco, adotar-se interpretação de seu texto que conduza ao manifesto descumprimento de norma específica penal e do determinado na sentença em execução, parece claro que a PENA a ser considerada em todos os casos de progressão de regime será sempre a imposta na sentença condenatória. Ressalte-se, ainda, que tanto o Código Penal quanto a Lei de Execuções Penais quando pretendem referir-se à PENA RESIDUAL fazem-no expressamente, como é necessário proceder-se tratando-se de exceções ao sentido ordinário ou comum da expressão 'PENA': o primeiro, em seu art. 113 - 'TEMPO QUE RESTA DA PENA', a segunda, em seu art. 118, II - 'RESTANTE DA PENA EM EXECUÇÃO'. Seria, então, inteiramente descabida a ideia de pretender-se aplicar analogicamente tais dispositivos à progressão de regime prisional, primeiro - porque não há no art. 112 da LEP

⁴³MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165.

⁴⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** 69975-RJ. Relator Min. Moreira Alves, julgado em 15.12.1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15.08.2011.

lacuna legal, segundo porque ambas aquelas normas são particulares e excepcionais, com objeto definido, fugindo à regra geral de que, em tema de execução de sentença, PENA é sempre aquela aplicada ao réu no *decisum* exequendo.⁴⁵

Tal entendimento, entretanto, não se coaduna com a atual jurisprudência do STF⁴⁶, tampouco com a doutrina dominante. Tanto isso é verdade que Damásio de Jesus, ao comentar o art. 33 do Código Penal, leciona que:

Imagine-se a hipótese de réu condenado a doze anos de reclusão, iniciando o seu cumprimento em regime fechado (art. 33, § 2º, "a"). Cumprido um sexto (dois anos), passa para o regime semi-aberto (art. 112 da LEP). Para ser transferido para o regime aberto, deverá cumprir mais dois anos (um sexto) da pena total (doze anos) ou da pena restante (dez anos)? Ocorre que o cumprimento da pena extingue a punibilidade. Ora, se cumpriu os dois anos iniciais, no tocante a eles extinguiu-se a punibilidade. Extinta a pretensão executória em relação a eles (dois anos), não podem subsistir para prejudicar o condenado. Assim, o segundo sexto deve recair sobre os dez e não sobre os doze anos. Acode por analogia, o disposto no artigo 113 Código Penal. Cumprida parcialmente a pena, havendo fuga do condenado, a pretensão executória é regulada pelo restante e não pelo total.⁴⁷

Ademais, o art. 126 da LEP prevê que o lapso temporal relativo à remição de parte do tempo de execução da pena, expressamente computado para a concessão de livramento condicional e de indulto, também deve ser utilizado para efeito de progressão de regime prisional.

Outrossim, é pacífico na jurisprudência que, para o cálculo do lapso temporal deve observar-se a soma das penas impostas ao condenado, não se prestando para tanto o limite de 30 anos decorrente da unificação de penas, forte no disposto na súmula 715 do STF⁴⁸.

Ainda, há de ser considerado requisito objetivo aquele constante do § 4º do art. 33 do Código Penal, o qual prevê que "O condenado por crime contra a administração terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais."

⁴⁵Trata-se de argumentos usados pelo relator do acórdão atacado, os quais são oportunamente reforçados pelo relator do presente *Habeas Corpus*, a fim de melhor amparar sua decisão.

⁴⁶HC 94820, HC 99093, HC 102705, HC 102365.

⁴⁷JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 178.

⁴⁸Súmula 715, STF: A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

A respeito do tema, Renato Marcão, membro do Ministério Público no estado de São Paulo, ensina, em seu Curso de Execução Penal, que:

[...] ao contrário do que ocorre relativamente ao livramento condicional, o art. 83, IV, do Código Penal impõe como requisito objetivo à sua concessão, seja qual for a infração cometida, a reparação do dano causado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, por aqui se trata de requisito objetivo *específico* ou *especial*, a ser exigido concomitantemente com os demais apenas e tão somente nos casos de progressão envolvendo *condenação por crime contra a administração pública*, sem qualquer ressalva. Condicionar em tais casos a progressão de regime prisional à reparação de dano por certo acarretará uma série de problemas, e o benefício não poderá ser negado, por exemplo, quando o *quantum* da reparação depender, para sua apuração, de eventual liquidação de sentença. Ademais, se comprovada *plenamente* a impossibilidade de reparação de dano ou recomposição do patrimônio lesado, a vedação da progressão seria contrária aos objetivos da Lei de Execução Penal, que sempre devem sobrepor-se ao desejo do legislador de, pela via da coação penal, buscar a reparação do dano ou a recomposição do erário público lesado.⁴⁹

Relativamente aos crimes hediondos ou assemelhados, por força do disposto na Lei 11.464/07, exige-se, para fins de observância do requisito objetivo, o cumprimento de dois quintos da pena no regime anterior, se primário, e de três quintos, se reincidente.

2.2 Requisito Subjetivo

O texto antigo da Lei, além do requisito objetivo, consistente no cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, exigia *expressamente* a comprovação de mérito, aduzindo que a progressão deveria ser precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação, bem como de exame criminológico, quando necessário.

A Lei 10.792/2003, entretanto, modificou o teor do art. 112 da LEP, de modo a facilitar a passagem entre os regimes e permitindo o esvaziamento do cárcere. A atual redação do referido dispositivo prevê que basta à progressão o preso cumprir um sexto da pena no regime anterior, salvo para crimes hediondos praticados após o advento da Lei 11.464/2007, e ostentar bom comportamento carcerário comprovado por certidão expedida pelo diretor do

⁴⁹MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 165-6.

estabelecimento prisional. Isso porque não se condiciona mais a progressão ao parecer da Comissão Técnica de Classificação ou a exame criminológico⁵⁰.

Em que pese as alterações sofridas, entende-se que ainda subsistem os requisitos objetivo (lapso temporal) e subjetivo (mérito) para fins de progressão, os quais, inclusive, devem coexistir, não bastando à concessão a satisfação de apenas um deles⁵¹. Em verdade, os aspectos relacionados ao mérito foram "[...] substituídos, apenas, pelo *ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão*"⁵².

Capez leciona que o bom comportamento significa o preenchimento de uma série de requisitos de ordem pessoal, a exemplo da autodisciplina, do senso de responsabilidade do sentenciado e do esforço voluntário e responsável em participar do conjunto das atividades destinadas à sua harmônica integração social, tudo isso avaliado de acordo com o seu comportamento perante o delito praticado, seu modo de vida e sua conduta.⁵³

Por sua vez, Renato Marcão entende que o bom comportamento carcerário é o comportamento daquele que se coloca de forma ajustada aos regramentos de disciplina do estabelecimento prisional; não havendo, bem por isso, cogitar-se, no momento da elaboração do atestado, sobre eventual propensão à reincidência, consciência e arrependimento quanto ao delito pelo qual foi recolhido preso.⁵⁴

Kuehne, a seu turno, ensina que:

Não definiu a lei o que seja o bom comportamento carcerário, o que, sem dúvida, trará entendimentos divergentes. Melhor seria que se adotasse o critério proposto no Projeto 5.075/01 [...], submetendo-se ao CNPCP⁵⁵, ou seja:

Art. 52-A. A conduta será classificada como:

I – boa, quando não existir punição por falta média ou grave;

II – regular, quando houver punição por falta média;

III – má, quando houver punição por falta grave.

§ 1º Três punições por faltas leves, no prazo de 6 (seis) meses, considerar-se-á uma falta média.

§ 2º Três punições por faltas médias, no prazo de 1 (um) ano, considerar-se-á uma falta grave." (NR)

⁵⁰Maiores digressões acerca do tema no item 4.1 deste capítulo.

⁵¹MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164.

⁵²KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal Anotada**. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 341.

⁵³CAPEZ, Fernando. **Execução Penal 3**. 10ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004, p. 105.

⁵⁴MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168.

⁵⁵Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Art. 52-B. A reclassificação da conduta, de regular para boa, dependerá da inexistência de punição por falta disciplinar média, durante o período de 6 (seis) meses, observado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 52-A." (NR)

Art. 52-C. A reclassificação da conduta, de má para regular, dependerá da inexistência de punição disciplinar por:

I – falta grave prevista no artigo 50, incisos I, II e III, desta Lei, no prazo de 2 (dois) anos;

II – qualquer outra falta grave, ou por 3 (três) faltas médias, no prazo de 1 (um) ano." (NR)

"Art. 52-D. Prescreve a falta disciplinar, para o fim do art. 59 desta Lei, nos seguintes prazos:

I – em 1 (um) ano, da falta grave;

II – em 6 (seis) meses, da falta média;

III – em 3 (três) meses, da falta leve.

§1º O prazo da prescrição começa a correr a partir do conhecimento da infração e sua autoria, pela Administração;

§ 2º Em iguais prazos prescrevem as sanções disciplinares, que impostas não venham a ser executadas.

§ 3º Não corre a prescrição da falta disciplinar, enquanto o condenado estiver foragido." (NR)

NOTAS:

1. As mudanças operadas com os acréscimos se ajustam às exigências reclamadas, posto que são grandes as dificuldades no sentido de se aferir a exata classificação da conduta; se boa, regular ou má, situação, agora, prevista no ordenamento jurídico.

2. De igual sorte, a reclassificação da conduta, que alguns Estatutos Penitenciários já preveem é medida salutar, possibilitando a reabilitação do preso, advindo, de tal situação, reflexos no exame do requisito subjetivo à outorga dos benefícios (direitos) previstos em Lei.

3. Também o instituto da prescrição das faltas disciplinares é assunto que a experiência estava a reclamar.⁵⁶

Embora inexista um consenso acerca do que seja o "bom comportamento", percebe-se, dos três autores citados, um esforço deste último em aclarar os requisitos necessários ao apenado para fins de progressão, assim proporcionando formas mais objetivas de prova.

Conforme já referido em outras oportunidades, com a alteração processada no art. 112 da LEP, deixou-se de exigir expressamente o mérito para fins de concessão da progressão. Não há, contudo, como se negar que o atestado de bom comportamento carcerário ora exigido presta-se, precisamente, à verificação de aptidão subjetiva do réu e, conseqüentemente, a existência ou não de mérito para a progressão de regime.

⁵⁶KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal Anotada*. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 341.

Nesse passo, é de se questionar “Qual a razão de exigir a comprovação de 'bom comportamento carcerário' senão a aferição de certa probabilidade sobre o comportamento futuro penalmente relevante do encarcerado?”.⁵⁷

Tal documento, entende a jurisprudência dominante, consiste na manifestação do diretor do estabelecimento penitenciário, a qual prescinde de homologação de comissão técnica específica. Dessa sorte, desprovidas de eficácia as normas estaduais que subordinam a validade do atestado de bom comportamento firmado pelo diretor do estabelecimento prisional à homologação.⁵⁸

Isso porque referida imposição não possui respaldo legal, de vez que a LEP, em sua alteração, não subordinou a qualquer condição o documento público que atesta o comportamento do apenado no cumprimento da reprimenda.⁵⁹ Assim, constituiria constrangimento ilegal e afronta ao princípio da legalidade, este assegurado pela jurisdicionalização da execução penal, a exigência de homologação do atestado por Tribunal *a quo*, com base em norma estadual, uma vez que não pode norma infralegal estabelecer exigência não prevista em lei (art. 112 da LEP)⁶⁰.

Quanto à exigência, ou não, de realização do exame criminológico visando a aferir mérito para a progressão, trataremos do assunto no item 4.1 deste capítulo, porquanto representa matéria controvertida, a qual reclama mais atenção.

Trabalhados o conceito, o requisito objetivo e o requisito subjetivo do regime progressivo, passemos à análise de suas particularidades e de seus pontos controvertidos.

3 PARTICULARIDADES DO INSTITUTO

3.1 Competência

⁵⁷MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.

⁵⁸BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **HC 2003.01.00.042132-4/MG**. Rel. Des. Plauto Ribeiro, julgado em 27.01.2004. Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em: 31/08/2011.

⁵⁹CARVALHO, Esdras dos Santos. **Questões Atuais na Execução Criminal em Debate no Supremo Tribunal Federal - STF e no Superior Tribunal de Justiça - STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.52.

⁶⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 96.843/RS**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27.03.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 31.08.2011.

É competência do juízo das execuções criminais decidir sobre a progressão de regime, nos precisos termos do art. 66, III, da LEP, de modo que não pode o tribunal, de antemão, apreciar tal matéria, sob pena de supressão de instância⁶¹. É que estando o juízo de execução mais próximo dos fatos e do sentenciado, tem maiores possibilidades de conhecer e decidir as questões respectivas com mais propriedade⁶².

Em havendo transferência do apenado, impõe-se a imediata modificação de competência, de vez que a administração da execução da pena e a solução dos respectivos incidentes passam a competir ao juízo de onde se encontre o apenado⁶³. Na mesma esteira, tratando-se de preso removido de uma penitenciária federal para um instituto penal estadual, eventuais pleitos a serem formulados em sede de execução deverão ser direcionados à Vara de Execução Penal Estadual, que terá competência absoluta para deles conhecer, e não mais à Justiça Federal, ainda que o crime objeto da condenação do executado seja de competência desta⁶⁴.

3.2 Progressão por Salto

Consiste a progressão por salto na passagem direta do regime fechado para o aberto. Tal instituto não está previsto na LEP, a qual exige o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior. É por isso que a lei vigente torna obrigatória a passagem pelo regime intermediário (semi-aberto).

Nesse sentido é que a Exposição de Motivos da LEP, no item 120, prevê que “se o condenado estiver em regime fechado, não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto”.

Admite-se, entretanto, a progressão de regime com salto quando o condenado cumprir um sexto da pena em regime fechado e não alcançar a progressão para o semi-aberto por falta

⁶¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 101.834/MS**. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 03.06.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 07/09/2011.

⁶²CARVALHO, Esdras dos Santos. **Questões Atuais na Execução Criminal em Debate no Supremo Tribunal Federal - STF e no Superior Tribunal de Justiça - STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.54.

⁶³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 19.549-SP**. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 10.06.1998. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.09.2011.

⁶⁴BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Habeas Corpus 37.968**. Rel. Juiz Luiz Stefanini, julgado em 18/01/2010. Disponível em: <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 07.09.2011.

de vaga, permanecendo mais um sexto no fechado, acabando por cumprir o requisito temporal pela segunda vez num mesmo regime. Em tais circunstâncias, entende-se que, ao cumprir a segunda fração de tempo no regime fechado, embora o apenado estivesse de fato nesse regime, juridicamente estava no semi-aberto, não se configurando, verdadeiramente, um salto⁶⁵.

3.3 Oitiva Prévia do Ministério Público e da Defesa

Ao Ministério Público compete a fiscalização da execução da pena e da medida de segurança, atuando no processo executivo e nos incidentes de execução. De rigor, portanto, a prévia oitiva do Ministério Público, antes da apreciação do pedido de progressão pelo juízo, sob pena de nulidade absoluta⁶⁶.

De forma expressa, a matéria foi tratada pela Lei nº 10.792/2003, que introduziu um § 1º no art. 112 da LEP, o qual dispõe que a decisão sobre a progressão de regime será sempre motivada e “precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor”.

Observado o devido processo legal, nesse compreendido as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sempre se exigiu, para a legalidade do processo de execução, a manifestação prévia do Ministério Público, como já referido, e, também, da defesa – isso mesmo antes da alteração promovida pela Lei nº 10.792/2003.

3.4 Progressão de Regime via *Habeas Corpus*

Antes das alterações promovidas pela Lei nº 10.792/03, era impensável aos julgadores a concessão de progressão de regime em sede de *habeas corpus* – em que pese os inúmeros malabarismos da defesa nesse sentido-, em razão da diminuta cognição sumária.

⁶⁵CAPEZ, Fernando. **Execução Penal** 3. 10ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004, p. 103.

⁶⁶MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 172.

Nessa esteira, até a implementação de referida modificação, a jurisprudência não admitia que se granjeasse tal direito por meio dessa garantia constitucional, sob o argumento de que a progressão de regimes dependia da análise de requisitos objetivos e subjetivos.⁶⁷

Com efeito, a avaliação do requisito subjetivo, a qual constituía maior entrave à obtenção da progressão pela via do remédio heroico, passou, após as alterações legais, a não mais reclamar a realização de exame criminológico e ampla avaliação de complexo material probatório. Nesse sentido, passou a tratar-se de requisito de fácil constatação.⁶⁸

Bastando à concessão o cumprimento de um sexto da pena e a apresentação do atestado de bom comportamento carcerário - que, como explicitado no item 2.2. deste capítulo, pode ser comprovado por um documento expedido pelo diretor do estabelecimento prisional-, não mais se impõe a exigência de dilação probatória, podendo o pleito ser formulado, hoje, por *habeas corpus*⁶⁹.

Apenas para efeitos de registro, fazemos menção à posição de Capez, que, destoando tanto do entendimento que a **atual** redação da LEP permite, bem como daquilo que já vem sendo consagrado na doutrina e jurisprudência dominantes, refere que:

A progressão do condenado de um regime para outro menos rigoroso implica exame de requisitos objetivos e subjetivos, via de consequência, a produção de provas, o que não é possível fazer no procedimento sumário do *habeas corpus*. (...) Considero que a progressão depende de verificação de mérito, pressupondo exame aprofundado da prova, o *habeas corpus* passa a ser um meio inadequado para se postular a progressão, pois exige prova prévia, incompatível com a necessidade de dilação probatória para aferição do merecimento do sentenciado.⁷⁰

⁶⁷LIMA, Antônio Fernando de. **Possibilidade de obter a progressão de regime pela via do habeas corpus – novidades trazidas pela Lei nº 10.792/03**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.162, p. 7, maio 2006. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 25.08.2011.

⁶⁸MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 169-170.

⁶⁹Nesse sentido, decidi o STF no julgamento do HC 85.688/PR, conforme seguinte ementa: **Habeas Corpus. Progressão de regime indeferida pelo juiz da execução. Presença dos requisitos, habeas corpus impetrado no Tribunal de Alçada Criminal. Não-conhecimento. Alegação de constrangimento ilegal no STJ. Exame indevido da matéria de mérito para indeferir o writ. Concessão da ordem, de ofício** — Impetração de habeas corpus no Tribunal de Alçada Criminal, em vez do recurso de agravo, visando à progressão de regime em face do cumprimento de um sexto da pena e do atestado de bom comportamento carcerário passado pelo diretor do estabelecimento prisional. Writ não conhecido, porque o recurso cabível é o de agravo. Alegação de constrangimento ilegal posta a exame do Superior Tribunal de Justiça, a fim de compelir o Tribunal estadual a julgar o habeas corpus lá impetrado. Exame indevido do mérito para negar o direito à progressão, configurando prejulgamento desfavorável ao paciente. **Ordem concedida, de ofício, para determinar que se opere a progressão de regime, eis que satisfeitos os requisitos exigidos pelo artigo 112 da LEP, com a redação dada pela Lei 10.792/03, ficando prejudicada a pretensão a fim de determinar ao Tribunal de Alçada Criminal o exame do habeas corpus lá impetrado.** – sem grifos no original (1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 03/05/2005) .

⁷⁰CAPEZ, Fernando. **Execução Penal 3**. 10ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004, pp. 105 e 108.

Observa-se, todavia, que o autor, apesar de apresentar tal visão em livro editado após as alterações promovidas na LEP, apoia sua posição em julgado datado de 1990⁷¹. Por força da redação antiga, que exigia maior análise e discussão de material probatório, em tal data era, efetivamente, insustentável o pedido de progressão veiculado em *habeas corpus*.

Em que pese a divergência apontada, por entendermos tratar-se de posição isolada, não abordaremos o tema no item que versa sobre questões controvertidas.

3.5 Da Possibilidade de Cumprimento de Pena em Regime mais Severo que o Estabelecido para a Pena em Abstrato

Esdras do Santos Carvalho, relativamente a esse tema, leciona que o STF asseverou não ser o regime inicial da pena direito subjetivo do condenado. Quer isso dizer, inexistente direito subjetivo a cumprimento de pena em regime menos gravoso, possibilitando o cumprimento em regime mais severo que aquele estabelecido para a pena em abstrato, contanto que o juiz o faça em decisão fundamentada⁷².

Nesse sentido, apresenta o seguinte julgado:

Inexistência de direito subjetivo a regime de cumprimento mais brando – Possibilidade de imposição de regime mais gravoso – Réu primário e de bons antecedentes, condenado à pena não superior a 08 (oito) anos (CP, art. 33, § 2º, "b") – Estipulação do cumprimento da pena em regime inicialmente fechado – Fundamentação baseada apenas nos aspectos inerentes ao tipo penal, no reconhecimento da gravidade objetiva do delito e na formulação de juízo negativo em torno da reprovabilidade da conduta delituosa – Constrangimento ilegal caracterizado – Pedido deferido [...] ⁷³

E segue:

⁷¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 2.050-0/GO**. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, julgado em 01.10.1990. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10.09.2011.

⁷²CARVALHO, Esdras dos Santos. **Questões Atuais na Execução Criminal em Debate no Supremo Tribunal Federal - STF e no Superior Tribunal de Justiça - STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 57-8.

⁷³BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC nº 85.531/SP**. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.03.2005, *apud* CARVALHO, Esdras dos Santos. **Questões Atuais na Execução Criminal em Debate no Supremo Tribunal Federal - STF e no Superior Tribunal de Justiça - STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.58.

Não se concebe a imposição de regime de pena mais rigoroso, ainda que não seja direito subjetivo do sentenciado, lastreado apenas na gravidade abstrata do delito, ainda mais quando o réu é primário, possuidor de bons antecedentes. ‘O discurso judicial que se apoia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime – e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciários meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do ‘direito penal simbólico’ ou, até mesmo, do ‘direito penal do inimigo’ – culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime de liberdades públicas em nosso País’^{74, 75}

Esse é o conteúdo da Súmula 718/STF, a qual prevê que “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

A imposição de início de cumprimento de pena em regime mais severo que aquele previsto na lei exige do magistrado “fundamentação e lastro em elementos concretos existentes nos autos que apontem a real e imperiosa necessidade de segregação em regime mais gravoso.”⁷⁶

Tal entendimento está consolidado no Supremo Tribunal Federal, que, após julgar inúmeros casos nesse sentido, editou a Súmula 719/STF, segundo a qual “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

3.6 Cometimento e Apuração de Falta Grave e Gravidade do Delito

O cometimento de falta grave revela absoluta ausência de mérito e interrompe o lapso temporal para a progressão de regime prisional, atingindo o requisito formal. Assim, praticada a falta grave pelo apenado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade, reinicia-

⁷⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 85.531/SP. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.03.2005, *apud* CARVALHO, Esdras dos Santos. **Questões Atuais na Execução Criminal em Debate no Supremo Tribunal Federal - STF e no Superior Tribunal de Justiça - STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.58.

⁷⁵CARVALHO, Esdras dos Santos. **Questões Atuais na Execução Criminal em Debate no Supremo Tribunal Federal - STF e no Superior Tribunal de Justiça - STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.58.

⁷⁶CARVALHO, Esdras dos Santos. **Questões Atuais na Execução Criminal em Debate no Supremo Tribunal Federal - STF e no Superior Tribunal de Justiça - STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.58.

se, a partir de tal data, nova contagem da fração de um sexto da pena como requisito objetivo da progressão.⁷⁷

A compreensão de tal conclusão vem bem explicitada em v. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de que foi relatora a Min. Ellen Gracie, senão vejamos:

Em tese, se o réu que cumpre pena privativa de liberdade em regime menos severo, ao praticar falta grave, pode ser transferido para regime prisional mais gravoso (regressão prisional), logicamente é do sistema jurídico que o réu que cumpre pena corporal em regime fechado (o mais gravoso) deve ter reiniciada a contagem do prazo 1/6, levando-se em conta o tempo ainda remanescente de cumprimento de pena. O cômputo do novo período aquisitivo do direito à progressão de regime, considerando-se o lapso temporal remanescente de pena, terá início na data do cometimento da última falta grave pelo apenado ou, no caso de fuga do estabelecimento prisional, de sua recaptura. Logo, a recontagem e o novo termo inicial da contagem do prazo para a concessão de benefícios, tal como na progressão de regime, decorrem de interpretação sistemática das regras legais existentes, não havendo violação ao princípio da legalidade.⁷⁸

Trata-se, pois, de posição assente no STF, tanto isso é verdade que referido julgado foi assim ementado:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. RECONTAGEM DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIAS. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O tema em debate neste habeas corpus se relaciona à possibilidade de recontagem do requisito temporal para obtenção de benefícios previstos na LEP, quando houver a prática de falta grave pelo apenado. 2. Orientação predominante no Supremo Tribunal Federal no sentido de que o cometimento de falta grave, durante a execução da pena privativa de liberdade, implica a regressão de regime e a necessidade de reinício da contagem do prazo para obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena (RHC 85.605, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.2005).⁷⁹ – sem grifos no original

Não é diverso o entendimento do STJ, que reiteradamente vem decidindo no seguinte sentido:

⁷⁷MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 172.

⁷⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 107.418/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02.08.2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11.09.2011.

⁷⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 107.418/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02.08.2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11.09.2011.

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. FALTA GRAVE. PROGRESSÃO DE REGIME. INTERRUÇÃO NO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. ORDEM DENEGADA. **I. Nos termos do asseverado no bojo do acórdão combatido, o cometimento de falta grave, conforme se infere dos art.112, c/c art. 127, ambos da Lei 7.210/84, implica em interrupção do prazo para a concessão de progressão de regime. II. A prática de falta grave implica em reinício da contagem do prazo para concessão de benefícios que dependam de lapsos de tempo de desconto de pena, salvo de livramento condicional, nos termos da Súmula STJ nº 441. III. A data-base para a contagem do novo período aquisitivo é a do cometimento da última infração disciplinar grave. III. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.⁸⁰ – sem grifos no original**

A doutrina também não diverge sobre o assunto, conforme seguinte excerto da obra de Mirabete:

O cometimento de falta grave pelo preso que cumpre pena em regime fechado acarreta a interrupção do tempo da pena para efeito de progressão, iniciando-se nova contagem de 1/6 do restante da reprimenda a cumprir, para a obtenção da promoção. O mesmo ocorre se, estando no cumprimento da pena remanescente em regime semi-aberto, decretar o juiz a regressão para um dos regimes mais severos.⁸¹

Atendendo aos anseios da melhor doutrina, preocupada especialmente com os rumos do procedimento estabelecido na Lei de Execução Penal, o STF, em decisão paradigmática da sua Segunda Turma, por maioria, no Habeas Corpus nº 95423/RS, entendeu indispensável à manifestação da defesa do condenado em juízo, após o processo disciplinar administrativo tendente a apurar falta grave.

In casu, a falta grave atribuída ao apenado fora apurada apenas em processo administrativo disciplinar que resultara na perda dos dias remidos pelo paciente, sem que este fosse ouvido em juízo acerca de tal imputação.

O julgado supramencionado vem reforçar o caráter jurisdicional da execução penal em detrimento de suas características administrativas, assim esmaecendo a hibridez da disciplina.

Relativamente à gravidade do delito cometido pelo apenado, tem-se que tal não pode ser alegado como óbice a pedido de progressão, porquanto não pode o magistrado arguir motivo extralegal em desfavor do condenado que preenche os requisitos objetivo e subjetivo previstos no art. 112 da LEP. Da mesma sorte, o pleito não pode ser indeferido com base na

⁸⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **HC 139.576/RJ**. Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 19.10.2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11.09.2011.

⁸¹MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 416.

longa pena a ser cumprida pelo sentenciado ou na inexistência de estabelecimento prisional adequado.⁸²

É certo que a individualização da execução deverá levar em conta a gravidade do crime, os antecedentes e a personalidade do condenado, mas isso não quer dizer que será legítimo o embaraço à progressão por conta da gravidade do delito, assim desconsiderando-se os verdadeiros parâmetros idealizados pelo legislador.⁸³

3.7 Progressão para o Regime Aberto

No regime aberto, a execução da pena dá-se em casa de albergado ou estabelecimento adequado, por força do art. 33, § 1º, "c", do Código Penal.

A entrada nesse regime poderá ocorrer no início ou durante a execução. Nosso foco é a última hipótese, quando o réu, pelo sistema progressivo, alcança o regime aberto.

Vedada a progressão por salto, como explicitado no item 3.2, a saída do regime intermediário - semiaberto - para o mais brando pressupõe não só a **satisfação daqueles requisitos elencados no art. 112 da LEP, mas, também, depende da aceitação, pelo apenado, de seu programa e das condições impostas pelo juiz, forte no disposto no art. 113 da LEP**⁸⁴.

Ainda, somente ingressará em tal regime o condenado que estiver trabalhando ou demonstre poder de fazê-lo imediatamente. É preciso que apresente perfil de autodisciplina e senso de responsabilidade, detectáveis pela análise de seus antecedentes (se estiver solto), ou pelo resultado dos exames aos quais se submete quando do cumprimento da pena em regime mais rígido, forte no disposto no art. 114 da LEP. Nessa esteira, mostra-se de suma importância a realização de exames periódicos de acompanhamento de execução pela Comissão Técnica de Classificação, único meio disponível para se garantir que o preso tem condições de passar do regime semiaberto para o aberto, porque terá responsabilidade para cumprir suas regras.⁸⁵

⁸²MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 416.

⁸³MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 175.

⁸⁴O programa a que se refere o art. 113 da LEP é o previsto na lei federal ou local para a prisão albergue ou outra espécie de regime aberto.

⁸⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. Ed. São Paulo: RT, 2011. p. 1037.

Por derradeiro, dispõe o art. 115 da LEP que o juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: *a)* permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; *b)* sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; *c)* não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; e *d)* comparecer a juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Tais condições, conforme depreende-se da leitura do art. 115 da LEP, subdividem-se em gerais e especiais.

As gerais, ou seja, obrigatórias para o condenado, compreendem as previstas no art. 115, I a IV, da LEP, anteriormente referidas, mais as que forem estabelecidas pela lei local, como, por exemplo, a de não abandonar ou dar causa à demissão do emprego etc.⁸⁶

Já as especiais são as definidas pelo item 123 da Exposição de Motivos da LEP como sendo aquelas impostas segundo o prudente arbítrio do magistrado, sempre levando em consideração a natureza do delito e as condições pessoais do autor. A título de exemplo, citam-se as condições anteriormente fixadas na lei para a extinta medida de segurança da liberdade vigiada, como as de proibição de frequentar determinados lugares, de não trazer instrumentos ou armas capazes de ofender etc., bem como as que se fixam para a suspensão condicional da pena e livramento condicional etc., sem prejuízo de outras que o magistrado julgue adequadas para os fins da pena.⁸⁷

Essas condições podem ser modificadas no curso da execução, desde que as circunstâncias assim recomendem, podendo o juiz fazê-lo de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa, ou, mesmo, do próprio condenado, forte no art. 116 da LEP.

Isso posto, Antônio Luiz Pires Neto e José Eduardo Goulart (1998) concluem acertadamente que os requisitos para ingresso no regime aberto são de duas ordens, quais sejam: *a)* de ordem material, consistente na possibilidade de vir o sentenciado a exercer imediatamente emprego e *b)* de ordem pessoal, que diz respeito ao ajustamento de responsabilidade e autodisciplina ao novo regime. Os autores referem que:

Como resulta claro, a promoção ao regime aberto, que vai implicar, na generalidade dos casos, retorno à vida comunitária sob certas condições, está a

⁸⁶MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 460.

⁸⁷MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 460.

exigir que o processo de adesão referido venha reforçado ou qualificado por noções de responsabilidade e autodisciplina. Tas circunstâncias, todavia, não invalidam a necessidade de de que a adesão voluntária do sentenciado deve desenvolver-se ao longo de todo o cumprimento de sua pena, objetivando possibilitar sua integração social.⁸⁸

3.8 Prisão Domiciliar

Prevê o art. 117 da LEP que será recolhido em residência particular o condenado maior de setenta anos, o acometido de doença grave e aquela que possua filho menor ou deficiente físico ou mental ou se for condenada gestante. Trata-se, pois, de modalidade de prisão aberta.

A enumeração legal é taxativa, não podendo o magistrado conceder prisão domiciliar fora das hipóteses previstas em lei, admitindo-se apenas na jurisprudência que se coloque nessa situação, excepcionalmente, o sentenciado que deva cumprir a pena em regime aberto quando inexistente casa de albergado.⁸⁹

O recolhimento do apenado em residência particular é chamado pela doutrina e jurisprudência de prisão domiciliar, ou, equivocadamente, prisão albergue domiciliar (PAD). É que, evidentemente, se se trata de prisão domiciliar, não pode essa ser, ao mesmo tempo, prisão albergue.⁹⁰

É de se referir que a prisão domiciliar é modalidade restrita aos condenados que cumprem pena em regime aberto, sendo, de todo, incompatível com outro. Assim é que não basta, por exemplo, a alegação de estado de gravidez para obtenção da medida, uma vez que a impossibilidade de progressão por salto (vide item 3.2 deste capítulo) inviabiliza o acolhimento de tal pleito.

Aliás, não é passível de outro entendimento o *caput* do art. 117, o qual prevê que só se admitirá o recolhimento *do beneficiário de regime aberto* em residência particular nas hipóteses que elenca.

⁸⁸PIRES NETO, Antônio Luiz; GOULART, José Eduardo. **Execução Penal – visão do TACrimSP**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 60, *apud* MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185.

⁸⁹MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 480.

⁹⁰MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 480.

Entretanto, como já referido, tem-se aceitado a prisão domiciliar fora daquele rol estipulado no art. 117 da LEP, quando inexistente estabelecimento adequado para o cumprimento da pena no regime aberto.

É que aqui a situação é ainda mais preocupante do que aquela evidenciada com a ausência de vagas para o cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto. Nestas, embora a deficiência seja gritante, ainda é possível contar com um número razoável de estabelecimentos penais, o que não se verifica em relação ao regime aberto. Neste regime, o que mais surpreende não é ausência de vagas, mas, sim, a ausência de estabelecimentos.⁹¹

Há argumentação nos dois sentidos. Vejamos:

Segundo a corrente contrária à prisão domiciliar no caso de ausência de vagas, as hipóteses para a concessão da medida são exaustivas, sendo, por conseguinte, incabível uma interpretação extensiva para contemplar situações não previstas pelo ordenamento. Nessa esteira, a carência de vaga em casa de albergado é circunstância indiferente para a concessão da prisão domiciliar. Esse juízo ancora-se nos preceitos de interesse público, bem como no repúdio à impunidade.⁹²

Noutro giro, há quem defenda que as hipóteses elencadas no art. 117 da LEP são exemplificativas, de modo que o condenado ao regime aberto merece tratamento adequado ao cumprimento de sua pena, sendo lícito, pois, a concessão, em caráter provisório e excepcional, do cumprimento da pena em regime domiciliar, até o surgimento de uma vaga no estabelecimento adequado às exigências do regime pretendido.⁹³

Certo é que, como ensina Luiz Flávio Gomes (1994), a política do *hands off* ainda está muito presente, tratando-se expressão clara dessa falta de sensibilidade o entendimento do STF que sustenta ser impossível a concessão de regime domiciliar aberto fora das hipóteses previstas no art. 117 da LEP, ainda que o Poder Executivo não tenha se ocupado de criar a Casa do Albergado. Nesse sentido, sugere:

Trata-se de política flagrantemente violadora dos Direitos Fundamentais, mas interessante para muitos: ao Executivo, porque não tem que gastar com a construção de Casas do Albergado; aos políticos porque não têm que assumir a responsabilidade de abrir o sistema (algo desagradável diante da

⁹¹MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189.

⁹²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 71723/SP**. Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 14.03.1995. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 16.09.2011.

⁹³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RHC 12984/MG**. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 15.02.2002. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16.09.2011.

demanda popular) e a alguns juízes que se livram da responsabilidade de fazer essa (necessária) abertura por conta própria.⁹⁴

4 QUESTÕES CONTROVERTIDAS

4.1 Exigência de Exame Criminológico

Para Cezar Roberto Bitencourt, o exame criminológico consiste em:

[...] pesquisa dos antecedentes pessoais, familiares, sociais, psíquicos, psicológicos do condenado, para obtenção de dados que possam revelar a sua personalidade. [...] é uma perícia, embora a LEP não o diga, que busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinquir; o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, através de um exame genético, antropológico, social e psicológico.⁹⁵

A seu turno, Luiz Régis Prado leciona que:

O exame criminológico exsurge na Lei de Execução Penal como instrumento indispensável para a elaboração do programa individualizador da execução de modo a oportunizar a cada sentenciado os elementos necessários para sua reinserção social.⁹⁶

Dito isso, a grande questão que se impõe, e que confere ao tema o seu aspecto controvertido, é saber se o exame criminológico é requisito para progressão de regime.

Nucci defende que a individualização da pena é preceito constitucional, de forma que não pode o legislador ordinário afastar o juiz das provas indispensáveis à formação de seu convencimento. Entende, pois, ser viável o magistrado requisitar a realização de exame

⁹⁴GOMES, Luiz Flávio. **A abominável política do *hands off*** [Comentário de jurisprudência]. Boletim IBCCRIM. Jurisprudência. São Paulo, v.2, n.16, p. 49, maio 1994. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 12.09.2011.

⁹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1. pp. 459 e 461.

⁹⁶PRADO, Luiz Régis. Comentários ao Código Penal. 5. Ed. São Paulo: RT, 2010. p. 173.

criminológico, precipuamente para os autores de crimes violentos, não estando vinculado ao atestado expedido pela direção do presídio.⁹⁷

Renato Marcão, entretanto, entende que, com as mudanças introduzidas pela Lei nº 10.792/2003, não há se falar em exame criminológico obrigatório ou facultativo para efeito de progressão de regime, haja vista que a lei não mais o exige para aferição de requisito subjetivo (mérito do executado).⁹⁸

Encerrando os vários posicionamentos adotados pelos juízos de execução e o entendimento diversificado seguido pelos Tribunais, o STJ, em 2010, aprovou a Súmula 439, pacificando o entendimento sobre a realização de exame criminológico, a qual apresenta seguinte redação: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada". Quer isso dizer, referido exame não é obrigatório para a progressão do regime, mas pode ser assim determinado pelo juiz, diante das peculiaridades do caso, mediante decisão fundamentada.

Da mesma forma se apresenta a Súmula vinculante 26 do STF, também publicada em 2010, que admite a progressão de regime para os condenados pela prática de crime hediondo ou equiparado, desde que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo para tanto, sendo facultativa a realização de exame criminológico. Senão, atentemos para sua redação:

Súmula Vinculante nº 26 – STF: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Apesar de estar sumulado, o tema não pode ser considerado pacífico, porquanto ainda há vozes dissonantes na doutrina, como já exposto, e, mesmo, no STF.

Faz-se tal referência porque, quando da aprovação da Súmula vinculante 26, o Min. Marco Aurélio, em contrariedade à sua edição, pronunciou-se brilhantemente, conforme excertos que seguem:

⁹⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. Ed. São Paulo: RT, 2011. p. 1030.

⁹⁸MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171.

Quanto à parte final, conheço os pronunciamentos de ambas as Turmas da Corte, apenas ressaltaria certa modificação legislativa, que foi mencionada da tribuna, verificada em 2003. O que havia antes no artigo 112 de Lei de Execução Penal - LEP? Tinha-se um parágrafo que direcionava no sentido de a progressão dar-se a partir do denominado exame criminológico. Editou-se a Lei nº 10.792, em 2003, e expunziu-se essa exigência. Indago: podemos partir para a interpretação analógica que acabe por prejudicar o réu? A resposta é desenganadamente negativa. Não podemos nos antecipar a projeto em tramitação no Congresso, para restabelecer - no campo jurisprudencial - o exame criminológico, que, sabidamente, dificulta a progressão. Como ressaltado da tribuna, em 2003, havia oitenta mil presos na fila de pedidos aguardando exame. Por isso é que adianto o voto, e devo ter muito cuidado na edição de verbete vinculante, especialmente em matéria penal, no sentido de não aprová-lo, porque se o fizermos, restabelecendo a redação primitiva do artigo 112 da Lei de Execução Penal, estaremos atuando como legisladores.⁹⁹

Portanto, ainda que o ponto esteja pacificado jurisprudencialmente, não o está no entendimento de alguns doutrinadores, bem como não o está na concepção de alguns julgadores, que, contrariados, veem-se obrigados a ajustar suas decisões para adaptá-las aos textos de referidas Súmula.

Esse é o motivo pelo qual entendemos tratar-se o assunto de tema controvertido.

4.2 Falta de Vagas em Estabelecimento Adequado

A aplicação da pena privativa de liberdade apresenta delineamento funcional na lei de regência. Vejamos: *a)* para o condenado ao regime fechado, o estabelecimento prisional do cumprimento será a penitenciária, (Lei nº 7.210/84 - LEP, arts. 87/90 e Lei nº 7.209/84 - CP, art. 33, § 1º); *b)* para o condenado ao semi-aberto, à colônia agrícola ou industrial (LEP, arts. 91/2 e CP, art. 33, § 2º); *c)* no regime aberto, o estabelecimento apropriado será a casa do albergado (LEP, arts. 93/5 e CP, art. 33, § 3º). Tratando-se de preso provisório, o local da restrição da liberdade será a cadeia pública (LEP, arts. 102/4).

Como já explicitado, tal pena é executada de forma progressiva, com a transferência do apenado do regime mais rigoroso para o mais brando, mediante satisfação dos requisitos insertos no art. 112 da LEP.

⁹⁹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Proposta de súmula vinculante 30 -DF**. Rel. Min. Cezar Peluso. Aprovada em 16.12.2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12.09.2011.

Ocorre que o sistema carcerário é carente e distante da realidade ditada pelo legislador. Tal situação impõe o difícil problema de se lidar com a falta ou inexistência de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena conforme o regime determinado pelo juízo de condenação.¹⁰⁰

Nesse caso, a jurisprudência tem entendido que a manutenção do sentenciado em regime para o qual ele já implementou os requisitos legais **importa constrangimento ilegal**¹⁰¹.

Antes da edição da LEP, entretanto, houve quem discordasse desse entendimento, defendendo que, em sede de execução criminal, a ausência de vaga em regime adequado deveria ser erigida à condição de motivo de força maior a justificar permanência na modalidade mais gravosa¹⁰², porquanto, ao determinar-se para o crime, o condenado assumiria o risco previsível de ficar preso. Nesse sentido, não reconheciam constrangimento ilegal a autorizar a concessão de benesses não previstas no ordenamento ante a momentânea ausência de vagas em estabelecimento adequado e a permanência em regime mais gravoso¹⁰³.

Ora, de fato o apenado deve assumir as consequências legais, assim previstas para cada tipo penal em espécie, o que nada tem a ver com a não assunção por parte do Estado de consequência de seus atos, quando não se presta a realizar os investimentos necessários para atingir suas pretensões.¹⁰⁴

Ainda sobre o tema, ler item 3.8 deste capítulo.

4.3 Preso Provisório

O art. 2º da LEP é expresso no sentido de que esse ordenamento se aplica igualmente ao preso provisório. Entretanto, ainda há relutância relativamente à execução provisória das sentenças penais condenatórias sem trânsito em julgado definitivo pelas partes.

¹⁰⁰MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176.

¹⁰¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 94810/SP**. Rel. Cármen Lúcia, julgado em 28.10.2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13.09.2011/ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **HC 150683/MG**. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 01.08.2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13.09.2011.

¹⁰²BRASIL, TACrim/SP. HC 315.996/6, 7ª Câm. Rel. Juiz Luiz Ambra, julgado em 09.01.1998, RJTACrim/SP, 37/478, *apud* MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

¹⁰³BRASIL, TACrim/SP. HC 319.452/8, 13ª Câm. Rel. Juiz Abreu de Oliveira, julgado em 10.03.1998, RJTACrim/SP, 37/478, *apud* MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

¹⁰⁴BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 249.

Referendando tal afirmação, Capez (2007) ensina que:

A progressão é forma de cumprimento da pena e pressupõe a execução penal, ou seja, que a sentença condenatória tenha transitado em julgado. Assim, não tem direito a ela, evidentemente, o preso provisório. Nesse sentido, STJ:RJSTJ 3/184, RT 605/411, 610/338, 615/312 e 279, 623/273.¹⁰⁵

Ainda nessa esteira, argumenta-se que:

[...] o art. 105 da LEP, ao tratar das execuções das penas privativas de liberdade, dispõe que sem a condenação definitiva não se expede guia de recolhimento, e sem guia de recolhimento não se inicia a execução, e uma vez não iniciada a formal execução, não será, também, admissível a progressão do regime prisional do fechado para o semiaberto.¹⁰⁶

E que:

[...] a execução da pena requer que a sentença haja adquirido a força executória. Assim, se o réu apelou da mesma e pode ser, inclusive, absolvido, se não se constitui ainda coisa julgada, não tem sentido a remessa da carta da guia pelo Juízo da condenação ao Juízo das Execuções.¹⁰⁷

Após inúmeros julgados, o STF, numa nova perspectiva, tem entendido ser mais benéfica ao encarcerado a progressão, admitindo, portanto, a execução provisória quando há recurso exclusivo da defesa. No HC 90893/SP¹⁰⁸, o STF inovou ainda mais, acolhendo a possibilidade na execução provisória, inclusive na pendência de recurso da acusação, visando ao agravamento da pena, acatando, assim, expressamente a possibilidade de progressão de regime antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado.¹⁰⁹

¹⁰⁵CAPEZ, Fernando. **Execução Penal** 3. 10ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004, p. 104.

¹⁰⁶BRASIL, TACrim/SP. **HC 304.972/3**, 8ª Câm., Rel. Juiz Barbosa de Almeida, julgado em 22.05.1997, RT, 744/595, *apud* MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152.

¹⁰⁷RT, 540/302 *apud* MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152.

¹⁰⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 90893/SP**. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 05.06.2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 14/09/2011. EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PROGRESSÃO DE REGIME NA PENDÊNCIA DE RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: CUMPRIMENTO DE UM SEXTO DA PENA MÁXIMA EM ABSTRATO ATRIBUÍDA AO CRIME: POSSIBILIDADE. SÚMULA 716 DESTES SUPREMO TRIBUNAL. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **A jurisprudência prevalecente neste Supremo Tribunal sobre a execução provisória admite a progressão de regime prisional a partir da comprovação de cumprimento de pelo menos um sexto de pena máxima atribuída em abstrato ao crime, enquanto pendente de julgamento a apelação interposta pelo Ministério Público com a finalidade de agravar a pena do Paciente.** Incidência, na espécie, da Súmula 716 deste Supremo Tribunal ("Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severa nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória"). Precedentes. 2. *Habeas corpus* parcialmente concedido. - sem grifos no original

Pergunta-se, partindo desse novo posicionamento, o que ocorreria se o recurso de apelação da acusação for provido pelo Tribunal? A resposta é dada pelo voto do Juiz Federal Saulo Casali, então convocado na 3ª Turma do Tribunal Regional Federal, nos autos do HC 2006.01.00.046891-4, segundo o qual:

Majorada a pena é possível que um benefício atingido sob o manto da provisoriedade perca seus efeitos, como também é possível que a majoração não seja suficiente a infirmar o benefício auferido. Por óbvio, não se quer que a possibilidade de execução provisória da pena tenha como efeito a imutabilidade da mesma, até porque esbarraria na ausência de coisa julgada material. O que estou a sustentar é que a possibilidade de majoração da pena, e, conseqüentemente, do parâmetro utilizado para o deferimento de direitos decorrentes da execução, não pode ensejar a conclusão de que o réu deva permanecer preso como se condenado estivesse a cumprir pena em regime integralmente fechado, o que, aliás, foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte.¹¹⁰

A matéria encontra-se devidamente sumulada:

Súmula nº 716/STF: admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Da mesma sorte, não há impedimentos quanto à progressão de regime na execução provisória de beneficiado com a prisão especial. Trata-se de matéria disciplinada na Súmula nº 717/STJ, que segue:

Súmula 717/STF: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Contudo, a edição de referidos verbetes não fez do tema menos controvertido. A doutrina ainda diverge bastante sobre o tema, não havendo, no maior das vezes, concordância com a jurisprudência prevalecente no STF, no sentido de possibilidade de progressão de regime na pendência de julgamento de recurso interposto pela acusação. Senão vejamos:

Mirabete leciona que:

¹⁰⁹CARVALHO, Esdras dos Santos. **Questões Atuais na Execução Criminal em Debate no Supremo Tribunal Federal - STF e no Superior Tribunal de Justiça - STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.16.

¹¹⁰BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **HC 2006.01.00.046891-4/MT**. Rel. Des. Olindo Menezes, julgado em 02.03.2007. Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em: 14.09.2011.

É de se notar, porém, que eventuais direitos e benefícios ao réu só podem ser concedidos se a decisão transitou em julgado para o Ministério Público, uma vez que eventual recurso ministerial, se provido, pode afastar ou procrastinar medidas penais que favorecem o preso (regime inicial semi-aberto, progressão, livramento condicional etc.).¹¹¹

Na mesma linha, Renato Marcão:

A execução provisória tem cabimento quando, transitando em julgado a sentença para a acusação, estando preso o réu, ainda pender de apreciação recurso seu. É que nessa hipótese a sentença já não poderá ser reformada para pior, para agravar a situação do réu, já que vedada a *reformatio in pejus* havendo recurso exclusivo da defesa, que de tal maneira já tem conhecimento do extremo que o processo pode proporcionar em seu desfavor.¹¹²

E Nucci:

A viabilidade, segundo entendemos, somente está presente quando a decisão, no tocante à pena, transitou em julgado para o Ministério Público, pois, dessa forma, há um teto máximo para a sanção penal.¹¹³

4.4 Crimes Hediondos

Atendendo ao disposto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal¹¹⁴, o legislador pátrio, incidindo no erro de pretender coibir a criminalidade apenas com o endurecimento das penas e a restrição de direitos, concebeu a Lei nº 8.072/90, intitulada Lei dos Crimes Hediondos.

Em sua redação original, referida Lei estabelecia que a pena por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e por terrorismo, deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, o que gerou grande polêmica.

Imediatamente, a doutrina e a jurisprudência travaram discussões profundas sobre a constitucionalidade de tal previsão. Entre outros argumentos, sustentava-se que o regime

¹¹¹MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 295.

¹¹²MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 153.

¹¹³NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. Ed. São Paulo: RT, 2011. p. 1031.

¹¹⁴“A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

integral fechado chocava-se frontalmente com o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI da Constituição Federal), ou, ainda, que feria o princípio da humanização da pena, constituindo tratamento cruel ao apenado.¹¹⁵

O Supremo Tribunal Federal vinha entendendo pela constitucionalidade do cumprimento integral da pena em regime fechado nas hipóteses previstas na Lei nº 8.072/90. Entretanto, em fevereiro de 2006, no *habeas corpus* 82.959/SP, posicionou-se por seis votos a cinco, no sentido da inconstitucionalidade de tal vedação.¹¹⁶

Nessa oportunidade, o tribunal, por unanimidade de votos, referiu que:

[...] a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão [...]

A grande novidade trazida pelo Plenário do STF neste *leading case* está em conferir, em sede de controle de constitucionalidade difuso, efeitos *ex nunc* e extensão *erga omnes*, tornando uma eventual resolução do Senado Federal ato inócuo.¹¹⁷

Leciona Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Ministra do STJ, que:

[...] embora o reconhecimento da inconstitucionalidade tenha se dado *incidenter tantum*, o Supremo Tribunal Federal foi expresso em alargar sua extensão, para o fim de reconhecer a todos os condenados, cujas penas ainda não estivessem extintas, o direito à progressão de regime. Tanto é certo que, a partir da referida decisão, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passaram a conceder, até mesmo de forma unipessoal, ordens de *habeas corpus* para o fim de afastar o inconstitucional óbice à progressão, determinando aos juízos das execuções criminais que procedessem à análise dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão da progressão de regime, nos moldes do art. 112 da Lei de Execuções Penais.¹¹⁸

¹¹⁵MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

¹¹⁶MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 11.464/2007 e a progressão de regime nos crimes hediondos e a ele equiparados**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 179, p.16, out. 2007. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 12.10.2011.

¹¹⁷MORAES, Fernanda Teixeira Zanoide de. **“O STF foi além da progressão do regime prisional”**, Boletim IBCCRIM v. 13, nº 161, pp. 2-3, abril 2006. apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 11.464/2007 e a progressão de regime nos crimes hediondos e a ele equiparados**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 179, p.16, out. 2007. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 12.10.2011.

¹¹⁸MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 11.464/2007 e a progressão de regime nos crimes hediondos e a ele equiparados**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 179, p.16, out. 2007.

Após a decisão desse histórico julgamento, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional projeto de lei promovendo alterações na Lei nº 8.072/90, o qual, com os ajustes realizados por ambas as Casas, resultou na Lei nº 11.464, publicada em 29 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º da Lei de Crimes Hediondos.

Com as modificações implementadas, o art. 2º da Lei nº 8.072/90 deixou de proibir expressamente a concessão de liberdade provisória ao condenado pela prática de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo (art. 2º, II); acabou definitivamente com o regime integral fechado (art. 2º, § 1º) e estipulou novos prazos para a progressão de regime em se tratando de crimes a que se refere (art. 2º, § 2º).

Agora, para os condenados pela prática de crime hediondo e assemelhados, a progressão de regime dá-se após o cumprimento de dois quintos da pena, se o apenado for primário, e de três quintos, se reincidente – não há referência quanto à reincidência específica.

Tal alteração era imprescindível, haja vista que estava ocorrendo desigualdade de tratamento quando da concessão de progressão de regime prisional, na exata medida em que após a decisão do Plenário do STF, o prazo de cumprimento da pena, requisito objetivo, era o mesmo em se tratando da prática de crime comum ou hediondo e assemelhado. Sempre de um sexto, por força do art. 112 da LEP.

III DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Também elevado à condição de direito subjetivo do apenado a partir da jurisdicionalização da execução penal, o livramento condicional, que passaremos a estudar, representa última etapa do sistema progressivo, assim havendo uma relação de sucessão entre este instituto e o da progressão de regime, que o antecede.

1 BREVE HISTÓRICO

O livramento condicional, refere Paulo Lúcio Nogueira (1990), tem origem controversa, atribuindo-se a Bonneville de Marsangy, autor do livro *As diversas instituições complementares do sistema penitenciário*, o seu surgimento. Refere o autor que:

Observa Garraud que uma circular ministerial de 3-12-1832 recomendava sua aplicação a jovens presos. A experiência teve lugar em Paris e depois difundiu-se por toda Europa, cabendo à Inglaterra a aplicação em larga escala.¹¹⁹

Na Inglaterra, as origens do livramento condicional reportam-se aos presos deportados para a Austrália, colônia daquele país. Como a deportação era temporária, para evitar do retorno dos presos, depois de certo tempo, para a Inglaterra, o restante da pena era perdoado sob a condição de fixarem-se na colônia.¹²⁰

Conforme ensina Brasilino Pereira dos Santos (2004), Procurador Regional da República, em função dos conflitos surgidos na Austrália entre colonos livres e colonos condenados, a Inglaterra, em 1847, deixou de remeter os condenados para que lá cumprissem pena. Em 1853, a Coroa chamou a si a faculdade de conceder ou revogar a liberdade condicional (*licence to be at large*), instituiu a vigilância e estabeleceu as obrigações que deveriam ser impostas àqueles que obtivessem o favor legal. Por fim, no ano de 1868, cessou

¹¹⁹NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 155.

¹²⁰COSTA, Armando. *Livramento Condicional*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1934, pp. 15-20 *apud* SANTOS, Brasilino Pereira dos. O livramento condicional e o Conselho Penitenciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 301, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5161>>. Acesso em: 18.10.2011.

completamente a deportação para a Austrália, cumprindo-se completamente a execução do livramento condicional na Coroa.¹²¹

Na Espanha, o Código Penal de 1822 esboça um rebaixamento da pena imposta aos que, condenados a mais de dois anos de prisão, cumprissem a metade da pena. Tal instituto foi praticado graças à iniciativa do Coronel Montesinos que, governando a prisão de Valença, nela introduziu um sistema penitenciário cujo terceiro período consistia no encurtamento da pena mediante cláusulas.

A França, pois, conheceu o instituto ao mesmo tempo em que a Inglaterra. Coube, entretanto, a este país alcançar o êxito que disseminou a prática do livramento condicional. Os resultados satisfatórios verificados nas terras longínquas da Austrália, quando do envio de presos pela Coroa, refletiram-se na adaptação advogada na Escócia, em 1839, pelos irmãos Federick e Davenport Hill e a adoção na penitenciária construída de 1840 a 1842, em Pentonville, lugar próximo a Londres, e, finalmente, a integração no sistema aplicado por Walter Crofton, em 1853, ao regime carcerário da Irlanda.¹²²

No Brasil, o instituto surge no primeiro Código Penal da República, o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, outorgado pelo Marechal Floriano Peixoto, que o previu nos arts. 50 a 52, nos seguintes termos:

Art. 50. O condenado à prisão celular por tempo excedente de seis anos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciária agrícola, a fim de aí cumprir o restante da pena.

§ 1º Se não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde saiu.

§ 2º Se perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, contanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dois anos.

Art. 51. O livramento condicional será concedido por ato do poder federal, ou dos Estados, conforme a competência respectiva, mediante proposta do chefe do estabelecimento penitenciário, o qual justificará a conveniência da concessão em minucioso relatório.

Parágrafo Único. O condenado que obtiver livramento condicional, será obrigado a residir no lugar que for designado no ato da concessão e ficará sujeito à vigilância da polícia.

¹²¹SANTOS, Brasilino Pereira dos. O livramento condicional e o Conselho Penitenciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 301, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5161>>. Acesso em: 18.10.2011.

¹²²SANTOS, Brasilino Pereira dos. O livramento condicional e o Conselho Penitenciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 301, 4 maio 2004. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/5161>>. Acesso em: 18.08.2011.

Art. 52. O livramento condicional será revogado, se o condenado cometer algum crime que importe pena restritiva de liberdade, ou não satisfizer a condição imposta. Em tal caso, o tempo decorrido durante o livramento não se computará na pena legal; decorrido, porém, todo o tempo, sem que o livramento seja revogado, a pena ficará cumprida.

Embora o Código Penal de 1890 já previsse o instituto do livramento condicional, conforme dispositivos acima transcritos, tem-se que este somente em 1924 foi regulado e efetivamente executado, nos termos do Decreto nº 16.665, de 6 de novembro de 1924. Nesse sentido, Ary Azevedo Franco refere que:

Posto o instituto do livramento condicional tenha sido introduzido na nossa legislação desde 1890, a ele se referindo o Código Penal, nos artigos 50 a 52, entretanto, **a sua aplicação é de data recente, pois que somente foi regulamentado pelo decreto 16.665, de 6 de novembro de 1924**, elaborado por uma comissão de juristas ilustres, composta dos Doutores ASTOLPHO REZENDE, CANDIDO MENDES, MAFRA DE LAET e MELLO MATTOS, os quais receberam essa incumbência desse grande espírito que foi JOÃO LUIZ ALVES, e quando ocupava ele a Pasta da Justiça, no Governo do Presidente ARTHUR BERNARDES, sendo que a dita regulamentação adveio da delegação da Lei nº 4.577, de 5 de setembro de 1922.¹²³

É, contudo, com a edição da Lei 7.210/84, que o instituto é elevado à condição de "direito do apenado".

2 CONCEITO

O livramento condicional é a última etapa do cumprimento da pena privativa de liberdade no sistema progressivo, a qual prepara o condenado para usar de sua liberdade definitiva, quer isso dizer, é uma fase necessária do sistema de execução.

Trata-se de instituto previsto no art. 131 e seguintes da LEP e regulamentado pelo disposto no art. 83 e subsequentes do Código Penal e que consiste na colocação em liberdade do apenado de forma antecipada, em razão do cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela lei. Para tanto, considera, igualmente, a espécie de ilícito praticado

¹²³FRANCO, Ary Azevedo. **Livramento Condicional**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, ano 1931, p. 8 *apud* SANTOS, Brasilino Pereira dos. O livramento condicional e o Conselho Penitenciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 301, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5161>>. Acesso em: 18.10.2011.

(situação diferenciada para crimes hediondos) e as condições pessoais do apenado que demonstrem aptidão para conviver em sociedade, mediante regras a serem estipuladas pelo juízo da execução criminal e apontem que o sentenciado, uma vez liberdade, não voltará a delinquir.¹²⁴

Representa, pois, um instituto que pretende individualizar a execução da pena. Nesse sentido, a Administração observa direta e constantemente o apenado, realizando estudos e considerações quanto ao seu comportamento, sua adaptação ao trabalho, sua personalidade, bem como efetua prognósticos acerca da possibilidade de retornar, antes do término da pena, à vida social. Esse substitutivo penal permite que se reinsira no convívio social aquele criminoso que demonstre sinais de estar em condições de reintegrar-se na comunidade.¹²⁵

O livramento condicional não é, senão, a concessão de liberdade provisória antes do termo final da pena privativa de liberdade. Atua, assim, como um estímulo para o condenado que vê a possibilidade de sair da prisão antes do tempo determinado na sentença e, ao mesmo tempo, funciona como um freio que deixa entrever a sua revogação no caso de descumprimento das obrigações impostas.

Sobre o tema, ensina Mirabete que:

Ainda que nos arts. 83 do CP e 132 da Lei de Execução Penal se afirme que o juiz "poderá" conceder o livramento condicional e que a doutrina se tenha posicionado no sentido de considerá-lo como uma faculdade do juiz, hoje se admite que se trata de **um direito do sentenciado**. [...] Já se tem decidido que, aliás, faz jus ao livramento condicional o sentenciado que satisfaça aos requisitos legais, sendo irrelevante qualquer consideração de ordem subjetiva não rigorosamente adstrita aos termos da lei. Embora sempre se tenha considerado o livramento condicional como um incidente da execução, a lei exclui do rol que os encerra, tratando-o como um substitutivo penal. René Ariel Dotti, membro da comissão que elaborou o projeto da Lei de Execução Penal, dá seu testemunho: "Segundo as Leis 7.209 e 7.210, de 1984, o livramento condicional, sob o aspecto dogmático, é uma medida penal de fundo não institucional, aplicada como alternativa à pena privativa de liberdade. E, **sob uma perspectiva de política criminal, se caracteriza como etapa de forma progressiva da execução, razão pela qual o instituto se movimenta no capítulo que trata das penas privativas de liberdade**, subordinado ao título 'Da execução das penas em espécie'¹²⁶.¹²⁷
-sem grifos no original

¹²⁴CARVALHO, Esdras dos Santos. **Questões Atuais na Execução Criminal em Debate no Supremo Tribunal Federal - STF e no Superior Tribunal de Justiça - STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp.76-7.

¹²⁵MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 550.

¹²⁶DOTTI, René Ariel. **As novas linhas do livramento condicional e da reabilitação**. RT 593, p. 300, *apud* MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 551.

¹²⁷MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 551.

Celso Delmanto¹²⁸ e Alexis de Couto Brito¹²⁹, na mesma linha, entendem tratar-se de direito público subjetivo do condenado de ter antecipada a sua liberdade provisoriamente, desde que preenchidos os requisitos legais.

Damásio de Jesus, a seu turno, diverge do posicionamento supramencionado, referindo que, na reforma de 1984, o instituto deixou de constituir um direito público subjetivo de liberdade do condenado. Entende o autor não se tratar o livramento condicional de um benefício ou um incidente, mas, sim, de uma forma de execução da pena privativa de liberdade.¹³⁰

Comungamos com a tese que sustenta tratar-se o livramento de direito subjetivo do apenado. Contudo, a despeito da discussão sobre qual seja a natureza jurídica do instituto, a sua concessão reclama a satisfação de requisitos objetivos e subjetivos, os quais divergem daqueles exigidos para a progressão de regime. Passemos, pois, ao seu exame.

2.1 Requisitos Objetivos

Sobre o tópico, ensina Mirabete (2007) duas questões importantes quanto ao livramento condicional, quais sejam: *a)* deve haver a quase certeza de estar o apenado em condições de obtê-lo para se desenvolver normalmente o processo de reintegração social e *b)* num segundo momento, é imprescindível assistência a fim de que essas condições se mantenham até que o condenado adquira total liberdade e reinserção definitiva na comunidade. Atendendo à primeira demanda, a LEP, em seu art. 131, permite sua concessão quando presentes os requisitos do art. 83, incisos e parágrafo único do Código Penal.¹³¹

O **primeiro requisito objetivo** (chamado por alguns autores pressuposto objetivo) diz respeito à natureza e à quantidade de pena imposta, haja vista que o livramento só pode ser concedido ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, forte no disposto no art. 83, *caput*, do Código Penal.

¹²⁸DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 134.

¹²⁹BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 332.

¹³⁰JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309.

¹³¹MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 552.

Tratando-se de penas que correspondam a infrações diversas, ainda que em processos diferentes, essas deverão ser somadas (art. 84, Código Penal), mas, alerta Mirabete:

[...] as leis referem-se àquelas que estejam sendo cumpridas sem interrupção. Assim, as penas que devem ser somadas são apenas aquelas por cumprir e não outras já cumpridas e declaradas extintas anteriormente. Caso contrário, o condenado, ao cumprir penas, ficaria sempre com um crédito a ser descontado no lapso temporal exigido para a concessão do benefício.¹³²

O **segundo requisito objetivo** diz respeito ao cumprimento de parte da pena imposta, a qual deve respeitar a seguinte proporção: *a)* mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes (art. 83, I, do Código Penal) e *b)* mais de metade da pena se o condenado for reincidente em crime doloso (art. 83, II, do Código Penal).

A Súmula 441/STJ dispõe que “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional”.

É de se referir que a Lei das Contravenções Penais admite a medida, conforme disposto em seu art. 11: "Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender, por tempo não inferior a um ano nem superior a três, a execução da pena de prisão simples, bem como conceder livramento condicional". A concessão só é possível quando a pena de prisão simples é igual ou superior a dois anos.¹³³

No caso de reincidência envolvendo contravenção penal, não há óbice ou agravamento das condições para a concessão da medida, já que a lei se refere à reincidência em *crime doloso*.¹³⁴

Sendo o réu primário e ostentado maus antecedentes, este deverá cumprir metade da pena imposta e não, apenas, a fração de um terço.

Ainda, tem-se que:

Em se tratando de condenação por crime hediondo (Lei nº 8.072/90), prática da tortura (Lei nº 9.455/97) ou terrorismo, deverá cumprir mais de dois terços da pena (art. 83, V, do CP). Cuidando-se de crimes listados nas leis acima indicadas, é de atender ainda a um outro pressuposto objetivo: ausência de reincidência específica em crimes dessa natureza. Não se trata de reincidência em crime idêntico ou semelhante; basta a reincidência específica em crimes dessa natureza. Conforme dispõe o parágrafo único do art. 44 da

¹³²MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 552.

¹³³JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309.

¹³⁴MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 238.

Nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343, de 23-8-2006), em se tratando de crime de tráfico (art. 33, caput, § 1º) e também das figuras típicas previstas nos arts. 34 e 37 da mesma Lei, “dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico”.¹³⁵

No termos da Súmula 715/STF, a unificação das penas para 30 anos -em atendimento ao art. 75 do Código Penal-, não é considerada para fins de concessão do livramento condicional, devendo incidir sobre o seu total o cálculo do tempo de cumprimento exigível.

A reparação do dano causado pela infração, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, aparece como **último requisito objetivo**, assim previsto no art. 83, IV, do Código Penal.

Um dos efeitos da condenação penal é tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime, nos termos do art. 91, I, do Código Penal. Assim é que o condenado não pode obter o livramento enquanto não repara o dano, salvo quando insolvente. Trata-se de obrigação solidária, conforme art. 942 do Código Civil.¹³⁶

Prevê, outrossim, o art. 63 do Código de Processo Penal, a possibilidade de execução da sentença condenatória com trânsito em julgado no juízo cível, para o efeito da reparação do dano.

Na maior parte dos casos, a reparação do dano não se efetiva em razão da alegada impossibilidade de adimplemento, a qual é de difícil apuração. Tal condição não é presumível, tão pouco basta à sua verificação simples atestado de pobreza firmado pela autoridade policial. Nesse sentido, exsurtem duas constatações, quais sejam:

A primeira refere-se à ineficácia da previsão por meio da qual se buscou viabilizar a reparação dos danos como satisfação ética, moral e pecuniária à vítima, refletindo, ainda, medida de economia processual no sentido de se evitar a existência de outro processo visando à satisfação dos danos. A segunda decorre do fato de que, se levada à risca a disposição legal, poderia restar inviabilizado o benefício do livramento condicional.¹³⁷

¹³⁵MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 238-9.

¹³⁶JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 311.

¹³⁷MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 243.

2.2 Requisitos Subjetivos

Concomitantemente ao cumprimento dos requisitos objetivos, exige-se, ainda, o preenchimento de requisitos subjetivos, os quais estão previstos no inciso III do art. 83 do Código Penal, consistindo em: *a)* comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena; *b)* bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; *c)* aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto.

Quanto aos demais requisitos, tem-se que a lei exige, primeiramente, como já referido, "comportamento satisfatório durante a execução da pena", diferentemente da redação anterior, que exigia "bom comportamento carcerário". Revela a nova redação uma tendência menos rigorosa da lei. Nesse sentido, leciona Dotti que:

[...] o sentenciado poderá ter sofrido sanção disciplinar ao longo da execução da pena, resultante de fatores os mais complexos e muitas vezes não debitáveis à conduta individual e nem por isso revelar incompatibilidade com a medida do livramento.¹³⁸

O "comportamento satisfatório" não se restringe, pois, à abstenção de faltas disciplinares do apenado, ou, mesmo, à sua vida carcerária, defluindo da boa convivência com os demais apenados, do engajamento nos estudos, do contato com a família.

Também se exige do apenado o "bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído". Tal requisito, ensina Mirabete (2007):

[...] não previsto na lei anterior, mas que era um dos componentes do "bom comportamento carcerário", é mais uma indicativa da importância atribuída pelo legislador à laborterapia como um dos fatores de ressocialização do delinquente. Embora refira-se a lei ao trabalho que foi "atribuído" ao condenado, deve-se entender que abrange o dispositivo também o trabalho externo, que é autorizado pela Administração. Caso contrário, o condenado que desempenhasse o trabalho extramuros não poderia cumprir com um dos requisitos necessários à obtenção do livramento condicional.¹³⁹

¹³⁸DOTTI, René Ariel. **As Novas Linhas do Livramento Condicional e da Reabilitação**. RT 593/ 295-305 *apud* MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 561.

¹³⁹MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 562.

Há que se referir, ainda, o último requisito subjetivo, o qual se apresenta como consequência lógica dos dois primeiros requisitos subjetivos, tratando-se da "aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto."

Por fim, em se tratando de condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará igualmente submetida à verificação de condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir.

Quanto ao tema, discute-se se o parágrafo único do art. 83 do Código Penal exige/permite a submissão do apenado a exame criminológico para concessão do livramento, mormente após a edição da Lei nº 10.792/2003, que, para alguns autores, teria revogado tal dispositivo. Por tratar-se de ponto controverso, o assunto será tratado em item à parte, com a atenção que merece.

3 PARTICULARIDADES DO INSTITUTO

3.1 Competência

É competente para decidir sobre pedido de livramento condicional o juízo de execução, não cabendo aos Tribunais apreciarem o pedido originariamente, sob pena de supressão de instância.¹⁴⁰

Denegado o pedido, caberá da decisão agravo em execução (art. 197 da LEP). No caso de reforma da sentença de primeiro grau, os autos baixarão ao juízo de primeiro grau para adoção das medidas cabíveis, mormente a expedição da carta de livramento, para remessa à autoridade administrativa responsável pela execução e Conselho Penitenciário, com a realização da cerimônia pertinente.

É que, embora concedida pelo órgão judiciário superior, compete ao juízo de execução decidir sobre eventuais incidentes, alterações, revogação, extinção da pena etc. Nesse sentido, o art. 721 do CPP, estabelecia que, reformada a sentença denegatória do livramento, os autos baixariam ao primeiro grau, para fins de que este determinasse as condições que deveriam ser

¹⁴⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 101.834/MS. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 03.06.2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 02.10.2011.

impostas ao liberto. Refere Mirabete que, embora a LEP não seja expressa, cabe ao juiz de primeira instância a fixação das condições judiciais no livramento condicional, estando essa competência prevista implicitamente na expressão “providências cabíveis”, inserta no art. 135 da LEP. Dessa sorte, cabendo ao juiz da execução decidir sobre o livramento condicional (art. 66, III, *e*, da LEP) e modificar as condições especificadas na sentença (art. 144 da LEP), nada obsta que também as estabeleça originariamente no caso de não terem sido estas estipuladas na instância superior¹⁴¹.

3.2 Da Oitiva Prévia do Ministério Público e do Defensor

A exemplo do que ocorre na progressão de regime, nos casos de concessão de livramento condicional, o Ministério Público e o defensor deverão ser ouvidos previamente à decisão de apreciação do pedido.

É que a ausência de vista dos autos ao Ministério Público, que atua como fiscal da lei, implica nulidade absoluta. Isso posto, ajuizado o pedido, devem os autos ser encaminhados para o promotor de justiça oficiante, o qual deverá instruí-lo com os documentos indispensáveis caso seja necessário.

A oitiva do defensor é decorrência direta do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Quer isso dizer, mesmo antes da alteração promovida pela Lei nº 10.792/2003, a qual introduziu o art. 112 da LEP, que estabelece que a decisão sobre a concessão do livramento será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, a oitiva prévia da defesa já era exigível.

Quanto à manifestação do Conselho Penitenciário, órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena (art. 69 da LEP), tem-se que, com a nova redação do inciso I do art. 70 da LEP, também determinada pela Lei nº 10.792/2003, retirou-se de sua atribuição o dever de emitir parecer sobre o pedido de livramento condicional.¹⁴²

¹⁴¹MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 583.

¹⁴²BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 773635**. Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 14.03.2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02.10.2011.

3.3 Condições do Livramento Condicional

Como o nome do instituto indica, trata-se de situação em que o apenado cumprirá o restante da sua pena em liberdade, mediante cumprimento de certas condições, as quais são estabelecidas na sentença.

Tais condições dividem-se em obrigatórias e facultativas, e a elas se submete o apenado, que deverá segui-las durante o período de prova.

São obrigatórias as condições previstas no art. 132, § 1º da LEP. A primeira delas consiste em obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho. Com efeito, de todo compreensível e recomendada a preocupação do legislador ao estabelecer referida condição.

Igualmente, é oportuna a ressalva legal, pois se o liberado não for apto para o trabalho, quer isso dizer, se suas condições de saúde física e/ou mental não permitirem o desempenho de uma atividade laboral, tal fato não obstará a concessão da medida. É que impor uma condição que notoriamente não pode ser satisfeita; em última análise, corresponde à negativa de direito.¹⁴³

Quanto ao prazo para obter ocupação lícita, tem-se que este deve ser fixado pelo juiz, sempre "[...] levando em conta eventual promessa de emprego juntada ao pedido de livramento, as dificuldades maiores ou menores que se apresentem ao liberado, o índice de desemprego geral na localidade etc."¹⁴⁴

Ainda, deve liberado condicional comunicar periodicamente ao juiz de execução a sua ocupação. Esse dispositivo representa a chamada "liberdade vigiada", funcionando como uma medida de precaução tanto para a sociedade, que precisa resguardar-se de possível má conduta por parte do apenado, como para o próprio juiz de execução, que poderá acompanhar a evolução do egresso na readaptação da vida social. A periodicidade do comparecimento do beneficiado ao juízo da Vara de Execução Penal é determinada pelo próprio magistrado, haja vista inexistir previsão legal nesse sentido.

Por fim, é dever do sentenciado "não mudar de território da Comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste". Isso posto, não se exige a prévia autorização

¹⁴³MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 249.

¹⁴⁴MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 579.

judicial nos casos de mudança de residência, apenas quando esta implicar transferência para território de outra Comarca. Ensina Mirabete que:

A mudança de residência na própria Comarca obriga o condenado à comunicação desse fato quando for imposta a condição facultativa prevista no art. 132, § 2º, *c*. A referência à "Comarca do Juízo da Execução" é equivocada, uma vez que a Lei de Organização Judiciária pode atribuir competência ao Juiz da Execução para todo Estado. Deve-se entender, portanto, que a condição refere-se à mudança do território da Comarca em que o liberado foi residir quando obteve a concessão do livramento.¹⁴⁵

O autor ainda incluiu no rol das condições obrigatórias aquelas que determinam a revogação obrigatória ou facultativa da concessão, assim especificadas nos arts. 86 e 87 do Código Penal. Dessa sorte, entende estar o livramento condicional submetido às seguintes condições: *a*) não ser condenado à pena privativa de liberdade por crime praticado antes ou durante a vigência do livramento, o que implica sua revogação obrigatória (art. 86, do Código Penal); *b*) não ser condenado por crime ou contravenção a pena que não seja privativa de liberdade, ou por contravenção a pena privativa de liberdade, causa de revogação facultativa (art. 87 do Código Penal)¹⁴⁶. Essas mesmas condições são chamadas por Capez de *legais indiretas*¹⁴⁷.

Apresentadas as condições obrigatórias do livramento condicional, também conhecidas como condições gerais, em razão de serem impostas a todos os egressos indistintamente, passemos à análise das condições facultativas.

São facultativas as condições previstas no art. 132, § 2º da LEP, quais sejam: *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 frequentar determinados lugares.¹⁴⁸

Tais condições subordinam-se a uma apreciação valorativa, a um juízo de individualização, motivo pelo qual não devem ser aplicadas indistintamente.

¹⁴⁵MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 580.

¹⁴⁶MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 579.

¹⁴⁷CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 457.

¹⁴⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. Ed. São Paulo: RT, 2011. p. 1045.

Além dessas, a lei autorizou a fixação de outras que poderão ser determinadas pelo juízo, as quais são denominadas *condições judiciais*.¹⁴⁹

3.4 Carta e Cerimônia de Livramento

Concedido o livramento, expedir-se-á carta de livramento contendo cópia integral da sentença em duas vias, remetendo-se uma delas à autoridade administrativa responsável pela execução e outra ao Conselho Penitenciário, nos termos do art. 136 da LEP.

O Presidente do Conselho Penitenciário agendará dia para a realização da cerimônia do livramento, ocasião em que será lida ao liberando, na presença dos demais condenados, as condições impostas, devendo o beneficiado declarar se as aceita (art. 137 da LEP).

Basileu Garcia entende que "[...] tal solenidade é prevista na lei com um intuito - o de reforçar os estímulos para o aperfeiçoamento moral do preso, para a melhoria de sua conduta no cárcere."¹⁵⁰

Paulo Lúcio Nogueira refere que, na prática, tanto a audiência admonitória, na concessão do *sursis*, como a cerimônia do livramento perdem muito de seu objetivo. Isso porque a primeira é feita pelo escrevente, que muito mal lê as condições impostas, de vez que muitos magistrados não chegam a participar diretamente da audiência, o que é lamentável, porque a advertência feita pelo próprio juiz é de suma importância dado o seu caráter solene. Por sua vez, a cerimônia de livramento feita na presença dos demais condenados, em vez de estímulo, não raro, não passa de constrangimento para o beneficiado.¹⁵¹

3.5 Modificação das Condições

O art. 144 da LEP dispõe que:

¹⁴⁹MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 252.

¹⁵⁰GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Max Limonad, 1954, v. 2, p. 564 *apud* NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 159.

¹⁵¹NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 159.

Art. 144. O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou mediante representação do Conselho Penitenciário, e ouvido o liberado, poderá modificar as condições especificadas na sentença, devendo o respectivo ato decisório ser lido ao liberado por uma das autoridades ou funcionários indicados no inciso I do *caput* do art. 137 desta Lei, observado o disposto nos incisos II e III e §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Nesse sentido, visando à reintegração social do condenado, as condições do livramento poderão ser adequadas a qualquer tempo. Havendo necessidade, pois, pode o juízo de execução agravá-las ou atenuá-las dentro de um processo individualizador, sempre que se mostrem inadequadas ou insuficientes para a finalidade que ensejou sua fixação.¹⁵²

Conforme se extrai do dispositivo em comento, as modificações poderão ser requeridas pelo Ministério Público, constarem de representação do Conselho Penitenciário ou, ainda, procedidas de ofício pelo magistrado, sem qualquer provocação. Embora não contemplada na LEP a possibilidade de modificação das condições a pedido de apenado, Mirabete aduz que:

Nada impede que o liberado exponha ao juiz, ao Ministério Público ou ao Conselho Penitenciário as eventuais dificuldades encontradas para um perfeito ajustamento social em decorrência das condições estabelecidas e, se forem procedentes os motivos apresentados o, operar-se a alteração. Nessa hipótese, deve ser ouvido o Ministério Público, fiscal da execução da pena, se não foi o autor do requerimento. **É também obrigatório que se ouça o liberado sempre que se propuser uma alteração nas condições, salvo, evidentemente, se foi ele o autor do pedido.**¹⁵³ (sem grifos no original)

Ademais, a modificação das condições pode decorrer do previsto no art. 140, parágrafo único, da LEP, o qual impõe ao magistrado a obrigação de advertir ou agravar as condições quando mantido o livramento condicional, na hipótese de revogação facultativa.

Em comentário ao art. 144 da LEP, Nucci (2010) refere ser imprescindível a observância do princípio da ampla defesa, devendo o Estado garantir ao liberado acesso ao advogado, para que este promova a sua defesa técnica.¹⁵⁴

¹⁵²MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254.

¹⁵³MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 596.

¹⁵⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 518.

Por derradeiro, procedidas as modificações, deve ser realizada nova cerimônia, nos moldes daquela prevista no item 3.4. deste capítulo, para fins de que o liberado cientifique-se das novas condições a que está submetido, ainda que tenha ele próprio tenha sido autor do pedido.

3.6 Suspensão do Livramento Condicional

A prática de infração penal é causa obrigatória ou facultativa da revogação do livramento condicional, só podendo esta ser decretada quando a decisão revocatória transitar em julgado. Contudo, quando se tem notícia de que o liberado praticou um crime ou contravenção, é possível que as circunstâncias denunciem a necessidade de suspensão, de pronto, do seu curso. É que, diante da gravidade do fato noticiado e das circunstâncias que envolveram a participação do liberado, pode-se concluir que este não está em condições de integrar-se socialmente.¹⁵⁵

Dessa sorte, sendo o liberado indiciado em inquérito policial ou apontado como autor de infração penal em processo sumário, poderá o magistrado ordenar sua prisão imediata. Para tanto, exige-se, entretanto, sejam ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, desde que não tenham sido esses órgãos os autores do pedido de suspensão da medida. O juiz, é óbvio, não fica adstrito ao parecer. Conforme a jurisprudência do STF, porém, é lícito ao juiz ordenar, desde logo, recolher o liberado à prisão quando o imponham as circunstâncias. Entretanto, mencionando a norma, que se refere à suspensão, apenas na ocorrência de outra infração penal, não se autoriza a suspensão do livramento por quebra de obrigação fixada em sentença concessiva.¹⁵⁶

Cumpridas as formalidades, decretará o juiz a suspensão do livramento até o julgamento definitivo do processo, aguardando preso o apenado. Na superveniência da condenação, será decretada a revogação da medida, com a manutenção do agente na prisão, para fins de cumprimento do que restar da pena anterior e da nova sanção imposta.

Adverte Nucci (2010) que, *in casu*, não há qualquer ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, vez que a suspensão do livramento, com o conseqüente

¹⁵⁵MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 597.

¹⁵⁶MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 597.

encarceramento do apenado, trata-se de medida cautelar, muito comum, aliás, no processo penal (decretação de prisão temporária e preventiva).¹⁵⁷

Uma vez escoado o prazo do livramento sem que se tenha instaurado a ação penal, deve ser o condenado posto em liberdade, já que, nesse caso, *ex vi* do art. 89 do Código Penal, não há se falar em prorrogação do prazo com vista na revogação. Suspenso o curso do livramento, retorna o apenado a cumprir sua pena, sendo este tempo que ficou recolhido somado àquele que cumpriu antes da vigência da medida. Quando a soma do tempo de cumprimento da pena com a do tempo em que apenado esteve solto alcançar o total de duração da pena, deve este se posto em liberdade. Outro entendimento possibilitaria que, com o recolhimento, fosse afastada a norma legal acerca do termo final do livramento, que não é transferido até a decisão final do processo, quando não é instaurada a ação penal pelo ilícito praticado durante o seu gozo.¹⁵⁸

3.7 Revogação do Livramento e seus Efeitos

A revogação do livramento pode ser obrigatória ou facultativa.

Refere o art. 140 da LEP que “a revogação do livramento condicional dar-se-á nas hipóteses previstas nos arts. 86 e 87 do Código Penal.”

O art. 86 do CP contempla as causas ensejadoras de **revogação obrigatória**, prevendo que a condenação irrecorrível, durante o período de prova, desde que imposta pena privativa de liberdade, revoga o livramento condicional nos seguintes casos: *a)* crime cometido durante a vigência da medida; e *b)* crime anterior à sua vigência, sem prejuízo, entretanto do disposto no art. 84.

Nos termos do art. 87 do Código Penal, o juiz **poderá**, revelando a **facultatividade do dispositivo**, revogar a medida se: *a)* o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença; ou *b)* irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, à pena de multa ou restritiva de direitos.

¹⁵⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 519.

¹⁵⁸MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 597.

O descumprimento das condições *obrigatórias* contidas no art. 132, § 1º, da LEP, chamadas *legais*, e as *facultativas* inseridas no § 2º do mesmo artigo, denominadas *judiciais*, integram a primeira causa deste segundo tipo de revogação (facultativa - “a”).¹⁵⁹

Quanto à revogação facultativa, observam Damásio de Jesus (1997)¹⁶⁰ e Capez (2004)¹⁶¹ que o legislador foi omissivo relativamente à condenação, por contravenção, à pena privativa de liberdade, não tendo mencionado se a hipótese seria de revogação obrigatória ou facultativa.

Quanto aos efeitos da revogação, tem-se que, quando a punição advier por prática de *crime durante a medida*, não se desconta o tempo em que o sentenciado esteve solto, só podendo este obter novo livramento com relação à nova condenação.¹⁶²

Em se tratando de *crime anterior à sua concessão*, é descontado o tempo em que o apenado esteve solto, devendo cumprir preso tão somente o que resta para terminar o período de prova. Ademais, terá direito a somar o que falta da pena com a nova condenação, calculando o livramento sobre esse total (art. 84, CP; art. 141, LEP).¹⁶³

Por fim, quando a revogação decorrer de *descumprimento das condições impostas*, não é descontado o tempo em que o apenado esteve solto, restando obstada a concessão de novo livramento relativamente a essa pena, haja vista a traição da confiança do juízo.¹⁶⁴

3.8. Extinção da Pena Privativa de Liberdade

Conforme art. 89 do Código Penal, o juiz não poderá declarar extinta a pena enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o apenado por crime cometido na vigência do livramento. Quer isso dizer, no momento em que o sentenciado começa a ser processado, o período de prova é prorrogado até o trânsito em julgado da decisão desse processo para que se saiba se haverá ou não prorrogação da medida. Só haverá prorrogação se

¹⁵⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 303.

¹⁶⁰JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 622.

¹⁶¹CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 457.

¹⁶²CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 458.

¹⁶³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 305.

¹⁶⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 459.

o processo originar-se de crime praticado durante o livramento e não de crime anterior. Isso porque a condenação por ilícito praticado antes de sua concessão não invalida o tempo em que o sentenciado esteve em liberdade condicional. Isso posto, por óbvio seria inútil prorrogar o livramento além do período de prova, porquanto a pena já estaria cumprida.¹⁶⁵

Findo o prazo do livramento condicional, sem causa de revogação, considera-se, por lei, extinta a pena privativa de liberdade (art. 90 do Código Penal). Dessa sorte, o juiz, em sentença meramente declaratória - e não constitutiva - , de ofício, a pedido do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena, nos termos do art. 146 da LEP.¹⁶⁶

Relativamente à data a ser considerada como a de extinção, Mirabete refere que:

Como a pena fica extinta quando se expira o prazo de livramento sem ter ocorrido revogação, deve-se ter como data da extinção o último dia do prazo e não a data em que, nos autos, o juiz declarar. A extinção da pena se dá pelo fato, ou seja, pelo término do prazo, e não pela sentença que a reconhece. Assim, por exemplo, para o efeito de reabilitação, o prazo de dois anos deve ser contado a partir da data do término do prazo e não data em que se decreta a extinção da pena.¹⁶⁷

4 QUESTÕES CONTROVERTIDAS

4.1 Livramento Condicional a Estrangeiro

A posição dos Tribunais brasileiros, relativamente à concessão de livramento condicional a estrangeiro, nunca foi pacífica. Salvo poucas exceções, os julgadores pendiam para a negação da medida. Para tanto, eram invocados os seguintes argumentos: *a)* pendência de processo de expulsão, ou até mesmo expulsão decretada contra o estrangeiro que ainda cumpre reprimenda penal; *b)* aplicação, por analogia, do dispositivo do Estatuto do Estrangeiro que veda a concessão de *sursis* àqueles que estão no país em caráter temporário;

¹⁶⁵CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 459-460.

¹⁶⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 526.

¹⁶⁷MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 599.

c) possibilidade iminente de fuga do estrangeiro que não possui vínculos com o país; e d) proibição, na legislação específica (Lei 6.815/80), de obtenção de emprego formal pelo estrangeiro, o que levaria à impossibilidade de se cumprir uma das condições do regime mais brando ou do livramento.¹⁶⁸

Entretanto, em decisão paradigmática, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em votação unânime, deferiu ordem de *habeas corpus* em favor de sentenciada estrangeira, garantindo-lhe o direito à progressão ao regime prisional semi-aberto ou ao livramento condicional, sob a alegação de que tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena, não se admitindo, pois, após a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, a remissão a julgados que se reportam a comandos com ela incompatíveis.¹⁶⁹

Referida decisão colegiada figura como verdadeiro divisor de águas no tocante à tema tão dissonante em nossos Tribunais, em que pese não tenha, ainda, efetiva mudança do prisma sob o qual as Cortes brasileiras enfrentam a questão dos direitos dos sentenciados estrangeiros no âmbito da execução penal, havendo, ainda, diversas decisões posteriores¹⁷⁰ denegando a medida. Apesar disso, referido precedente simboliza indiscutível avanço para a consolidação do entendimento jurisprudencial mais condizente com os valores democráticos de um Estado Constitucional de Direito.

4.2 Dos Bons Antecedentes como Condição para Concessão do Livramento Condicional

Quanto aos requisitos subjetivos, analisados no item 2.2 deste capítulo, Mirabete refere que o art. 83, I do Código Penal, ao fixar o prazo de um terço de cumprimento da pena para o condenado não reincidente em crime doloso, prevê, ainda, que este deve apresentar bons antecedentes, sem o quê deverá cumprir mais de metade da reprimenda para obter o

¹⁶⁸LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Leone. **Possibilidade de progressão de regime e concessão de livramento condicional ao sentenciado estrangeiro.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 196, p. 6-7, mar. 2009. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 15.09.2011.

¹⁶⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **HC 103.373/SP**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 26.08.08 *apud* LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Leone. **Possibilidade de progressão de regime e concessão de livramento condicional ao sentenciado estrangeiro.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 196, p. 6-7, mar. 2009. Acesso em: 15.09.2011.

¹⁷⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **HC 156.668/RJ**. Rel. Min. Celso Limongi (convocado), julgado em 02.12.2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em: 20.10. 2011.

livramento. Isso posto, só poderá obter sua concessão no prazo menor o apenado que não tenha sofrido outras condenações, que não esteja envolvido em outras ações penais, que não seja um criminoso habitual etc. O réu não reincidente pode ter sofrido outras condenações e, portanto, não preencher referido requisito, devendo, pois, cumprir mais de metade da pena para beneficiar-se.¹⁷¹

Ainda, aduz o autor que tal dispositivo diz respeito aos antecedentes anteriores ao cumprimento da pena, de vez que a conduta do apenado após o recolhimento à prisão é regulada pelo art. 83, II, do Código Penal, de modo que não se pode considerar positiva a mudança introduzida pela reforma penal, haja vista que a exigência de bons antecedentes eleva o prazo de cumprimento da pena, mesmo para aquele que apresenta condições de reintegrar-se. Nesse sentido, houve uma equiparação do condenado portador de maus antecedentes àquele reincidente.¹⁷²

Em verdade, o que se vislumbra é que o art. 83 do Código Penal não contemplou todas as hipóteses possíveis, deixando à margem dos requisitos o condenado primário que possui maus antecedentes. Nesse sentido surgiram posicionamentos divergentes, quais sejam:

[...] o primário de maus antecedentes deve cumprir 1/3 da pena (inciso I) - é corroborada por Miguel Reale Júnior, Alberto Silva Franco e Damásio de Jesus ante a inexistência de previsão e pela consequente interpretação mais benéfica da lei, e a segunda - de que a ausência de previsão impõe o preenchimento de 1/2 da pena (inciso II) é seguida por Guilherme de Souza Nucci posto que os maus antecedentes afastam a previsão anterior.¹⁷³

Sobre a polêmica que se impõe, é indiscutível que o inciso I exige uma dupla condição à concessão da medida, eis que requer ademais do lapso temporal de 1/3 da pena aplicada na sentença a presença dos bons antecedentes. Entretanto, é inegável, da mesma feita, que a Lei 10.792/03 modificou a redação do contido no artigo 112 da LEP (progressão de regimes), trazendo para o Livramento Condicional as alterações indicadas no § 2º, conforme segue:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz,

¹⁷¹MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 561.

¹⁷²MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 561.

¹⁷³MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. **A (des)necessidade de bons antecedentes como condição para a concessão do livramento condicional após o advento da Lei 10.792/2003 - novatio legis in mellius**. 22.11.2007. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 20.10.2011.

quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º **Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.** -sem grifos no original

Isso posto, importa-nos a lição do dispositivo acima negrito, que estende ao livramento condicional o novo procedimento, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. Leia-se: somente os prazos das normas atuais permanecem sem alteração.

Ao excepcionar das alterações apenas os prazos estabelecidos na lei vigente, *diferentemente do que sustenta Mirabete*, a redação do § 2º do art. 112 da LEP afastou o requisito dúbio do inciso I do art. 83 do Código Penal, não havendo sustento à manutenção do pressuposto “bons antecedentes” para imposição da soltura condicionada.¹⁷⁴

4.3 Crimes Hediondos

A fim de evitar tautologia, acerca da possibilidade de concessão de livramento condicional a condenados por prática de crimes hediondos e assemelhados, remetemos à leitura do item 4.4 do Capítulo II, onde o tema é minuciosamente analisado.

4.4 Exigência de Exame Criminológico

Por derradeiro, quanto à exigência de realização de exame criminológico para fins de concessão de livramento condicional, tem-se que a Lei 10.792/03 tornou prescindíveis os

¹⁷⁴MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. A (des)necessidade de bons antecedentes como condição para a concessão do livramento condicional após o advento da Lei 10.792/2003 – *novatio legis in mellius*. 22.11.2007. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 20.10.2011.

exames periciais antes exigidos para a concessão da medida, bastando, para tanto, a satisfação dos requisitos objetivo – temporal – e subjetivo – atestado de bom comportamento carcerário.

Tratando-se, a exemplo do que ocorre no item anterior, de tema exaustivamente abordado no Capítulo II, motivo pelo qual recomendamos a leitura do item 4.1.

CONCLUSÃO

A análise aprofundada dos institutos da progressão de regime e do livramento condicional permitiu vislumbrar a evolução da execução penal de sua feição administrativista para a jurisdicional - êxito alcançado, precipuamente, pela edição da Lei de Execuções Penais nº 7.210/84-LEP.

Contudo, mais importante que esta constatação pela mudança da natureza jurídica da execução penal, são as consequências por ela engendradas.

Uma vez adotado o modelo jurisdicional, o processo executivo penal brasileiro passou a atender aos princípios constitucionais da legalidade, ampla defesa, presunção de inocência, devido processo legal e contraditório, humanização e individualização da pena etc. Justamente o estudo de institutos que foram viabilizados por essa nova perspectiva permitiu que cada um desses princípios fossem verificados.

Essa nova configuração representa um verdadeiro avanço, porquanto o apenado deixa de ser mero objeto do processo para passar a ser sujeito que nele exercita seus direitos subjetivos, podendo exigir que o juiz efetivamente preste a tutela jurisdicional requerida.

É certo que a execução penal guarda considerável envolvimento com o plano administrativo, contudo *não o suficiente para desnaturar seu caráter jurisdicional*, de vez que todo e qualquer incidente ocorrido no durante pode ser submetido à apreciação judicial, por força do art. 5º, XXXV, da CF. As decisões que determinam o rumo da execução são, por assim dizer, jurisdicionais.

Assim é que, embora seja o preso sujeito de direitos e tenha assegurado por lei todos os direitos fundamentais não atingidos pela sentença ou pelo processo, o *exercício* e a *concretização* desses ficam condicionados à atuação da autoridade administrativa, que deverá agir nos *estritos limites da legalidade*. *Intra muros*, os direitos do apenado não devem ser apenas respeitados pela abstenção de atos que os violem ou restrinjam, mas, antes, garantidos pela atuação estatal comissiva, direcionada a lhes dar eficácia. Tanto isso é verdade que o sentenciado conserva seus direitos, inclusive, no processo disciplinar, como bem demonstra o item 3.6 do capítulo II.

Mais que isso, a LEP consagra um sistema em que a recuperação do apenado deixa de constituir mera justificação teórica do acautelamento para servir de medida da própria pena e das formas de seu cumprimento. Prevê a lei, para tanto, uma série de situações e indicações sobre a sua ressocialização, critérios esses que passam a influenciar sensivelmente a quantidade e a forma da sanção.

Posto isso, em que pese ainda haja vozes dissonantes nos Tribunais e na doutrina, as mais conservadoras, no sentido de não reconhecerem ao preso os direitos subjetivos que lhe são inerentes, mormente em se tratando de uma situação atípica (ver pontos controvertidos - item 4, Capítulos II e III), certo é que a natureza jurídica desta ciência se desprende daquela concepção meramente administrativa, devendo-se, pois, considerar plenamente superada tal fase.

Portanto, depreende-se que, no atual contexto, salvo as infelizes situações apreciadas, uma vez jurisdicionalizada a execução, não é possível deixar o acusado/condenado à margem da proteção jurídica. Aliás, não poderia ser outro o modelo escolhido por um Estado que se pretende Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 96.843/RS**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27.03.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 31.08.2011.

_____. **HC 101.834/MS**. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 03.06.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 02.10.2011.

_____. **HC 150683/MG**. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 01.08.2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13.09.2011

_____. **HC 101.834/MS**. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 03.06.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 07/09/2011.

_____. **RHC nº 2.050-0/GO**. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, julgado em 01.10.1990. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10.09.2011

_____. **HC 139.576/RJ**. Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 19.10.2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11.09.2011.

_____. **RHC 12984/MG**. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 15.02.2002. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16.09.2011.

_____. **REsp 773635**. Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 14.03.2006. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 02.10.2011.

_____. **HC 156.668/RJ**. Rel. Min. Celso Limongi (convocado), julgado em 02.12.2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em: 20.10. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 69975-RJ**. Relator Min. Moreira Alves, julgado em 15.12.1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15.08.2011.

_____. **HC 94810/SP**. Rel. Cármen Lúcia, julgado em 28.10.2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13.09.2011.

_____. **HC 107.418/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02.08.2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 11.09.2011.

_____. **HC 107.418/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02.08.2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 11.09.2011.

_____. **HC 90893/SP**. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 05.06.2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14/09/2011.

_____. **HC 71723/SP**. Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 14.03.1995. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 16.09.2011.

_____. **Proposta de súmula vinculante 30 -DF**. Rel. Min. Cezar Peluso. Aprovada em 16.12.2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12.09.2011.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **HC 2003.01.00.042132-4/MG**. Rel. Des. Plauto Ribeiro, julgado em 27.01.2004. Disponível em: www.trf1.jus.br. Acesso em: 31/08/2011.

_____. **HC 2006.01.00.046891-4/MT**. Rel. Des. Olindo Menezes, julgado em 02.03.2007. Disponível em: www.trf1.jus.br. Acesso em: 14.09.2011

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **HC 37.968**. Rel. Juiz Luiz Stefanini, julgado em 18/01/2010. Disponível em: www.trf3.jus.br. Acesso em: 07.09.2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1.

BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Execução Penal 3**. 10ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. 7ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.

CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. **Pena e Garantias**, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Esdras dos Santos. **Questões Atuais na Execução Criminal em Debate no Supremo Tribunal Federal - STF e no Superior Tribunal de Justiça - STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Curso de Direito Penal. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FÖPPEL, Gamil. **A Jurisdicionalização do Processo de Execução Penal**. Disponível em: <www.novacriminologia.com.br> Acesso em: 12.09.2011.

GOMES, Luiz Flávio. **A abominável política do *hands off* [Comentário de jurisprudência]**. Boletim IBCCRIM. Jurisprudência. São Paulo, v.2, n.16, p. 49, maio 1994. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 12.09.2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KUEHNE, Maurício. **A execução penal**. Justitia, São Paulo, v. 51, n. 148, p. 29-40, out./dez. 1989. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/23237>>. Acesso em 15 de agosto de 2011.

_____. **Lei de Execução Penal Anotada**. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

LIMA, Antônio Fernando de. **Possibilidade de obter a progressão de regime pela via do *habeas corpus* – novidades trazidas pela Lei nº 10.792/03.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.162, p. 7, maio 2006. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 25.08.2011.

LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Leone. **Possibilidade de progressão de regime e concessão de livramento condicional ao sentenciado estrangeiro.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 196, p. 6-7, mar. 2009. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 15.09.2011

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. **A (des)necessidade de bons antecedentes como condição para a concessão do livramento condicional após o advento da Lei 10.792/2003 – *novatio legis in melius*.** 22.11.2007. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 20.10.2011.

MIRABETE, Julio Frabini. **Execução Penal.** 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 11.464/2007 e a progressão de regime nos crimes hediondos e a ele equiparados.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 179, out. 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal.** São Paulo: Saraiva, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 8. Ed. São Paulo: RT, 2011.

PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal.** 5. Ed. São Paulo: RT, 2010

PRADO, Luiz Régis (coord.); HAMMERSCHIMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi de; COIMBRA, Mário. **Direito de Execução Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. O livramento condicional e o Conselho Penitenciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 301, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5161>>. Acesso em: 18.10.2011.