

**UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**Larissa Costa Migotto**

**POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL**  
**AO REINCIDENTE ESPECÍFICO**

**Taubaté - SP**

**2018**

**Larissa Costa Migotto**

**POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIVRAMENTO  
CONDICIONAL AO REINCIDENTE ESPECÍFICO**

Trabalho de Graduação apresentado como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Ivan de Moura Notarangeli.

**Taubaté - SP**

**2018**

**Ficha catalográfica elaborada pelo  
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

M636p Migotto, Larissa Costa  
Possibilidade de concessão de livramento condicional ao reincidente específico / Larissa Costa Migotto. -- 2018.  
55 f. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2018.

Orientação: Prof. Ivan de Moura Notarangeli, Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Liberdade condicional - Brasil. 2. Criminosos reincidentes. 3. Reincidente específico. 4. Direitos humanos. 5. Individualização da pena. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 343.265(81)

**LARISSA COSTA MIGOTTO**

**POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL AO  
REINCIDENTE ESPECÍFICO**

Trabalho de Graduação apresentado como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade de Taubaté.  
Orientador: Prof. Ivan de Moura Notarangeli.

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_ pela comissão julgadora:

---

Prof. Ivan de Moura Notarangeli, Universidade de Taubaté.

---

Prof. \_\_\_\_\_, Universidade de Taubaté.

RESULTADO: \_\_\_\_\_

Dedico este trabalho aos meus pais e irmã pelo apoio incondicional; aos  
professores que me ensinaram; e aos amigos que  
me acompanharam.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por todas as bênçãos que me foram dadas e por me ajudar a seguir meu caminho mesmo com todas as dificuldades, e a minha família que me deu todo o suporte e incentivo que eu precisava para chegar até aqui. Agradeço também aos funcionários da Vara de Execuções Criminais de Taubaté que dedicaram seu tempo a me ensinar com amor e paciência, e aos funcionários da Defensoria Pública de Taubaté que me ajudaram a ver o mundo com outros olhos. Ao meu orientador, que contribuiu para a formação deste trabalho, sendo essencial para que ele fosse finalizado com êxito. A todos os professores que contribuíram de alguma forma para a minha formação profissional. E aos colegas e amigos que já possuía e aos que fiz durante o curso.

Muito obrigada!

Larissa Costa Migotto

“Nenhuma lei deve ser obedecida se for injusta, nenhuma regra deve ser obedecida se desprezar a virtude, nenhum regime político deve ser obedecido se for tirânico e assassino.”

Sócrates – Filósofo Grego

## RESUMO

O livramento condicional é um instituto, que também pode ser considerado direito subjetivo do sentenciado, e que pode ser concedido àqueles que se encontram cumprindo pena privativa de liberdade, quando preencherem alguns requisitos. Como consequência, o condenado é colocado novamente em liberdade de forma antecipada, ou seja, antes da data do efetivo término de cumprimento de pena. Em contrapartida, ele deve cumprir as condições impostas pelo juiz da Execução Criminal pelo tempo que lhe restar de pena, pois o livramento condicional tem caráter provisório, podendo ser revogado. Hoje está disposto na Lei de Execução Penal (artigos 131 e seguintes) e o Código Penal apresenta em seu artigo 83 os requisitos objetivos e subjetivos para sua concessão. Com a presente pesquisa tem-se a finalidade de tratar da problemática da necessidade de vedação do livramento condicional ao reincidente específico frente ao atual cenário social que busca uma maior proteção dos direitos das pessoas e analisar se há conflitos entre o ordenamento jurídico entre si e entre este e os princípios que os regem. Ademais, especificamente objetiva-se apontar o tratamento dado aos reincidentes específicos pela Carta Magna e legislação infraconstitucional, bem como abordar os argumentos de ambas as correntes em relação à vedação do livramento condicional ao reincidente específico. Do ponto de vista teórico a maioria dos doutrinadores convergem para o pensamento de que a vedação traduz os fins repressivos da aplicação da pena além da necessidade de tratar mais severamente aqueles que cometem crimes chamados hediondos, no entanto o tema não está pacificado pois decisões que consideram como inconstitucional a vedação se tornam cada vez mais recorrentes nos Tribunais brasileiros. A definição de reincidente específico não se encontra exposta na legislação, mas entende-se que não há a necessidade de serem crimes idênticos ou semelhantes, e que os crimes hediondos são aqueles abrangidos na Lei nº 8.072. A presente pesquisa utilizou-se do método dialético, que foi solucionado através das técnicas de pesquisas documentais e bibliográficas, bem como do estudo dos registros de ocorrências em informativos de órgãos competentes. O estudo realizado demonstra que a existência de norma estática impede a análise do caso concreto pelos juízes, o que leva ao desrespeito do princípio da individualização da pena, pois para a criação de uma legislação é preciso observar os valores e costumes daquele período; desse modo torna-se claro que a legislação precisa evoluir para acompanhar os desejos e necessidades da sociedade, que tem como característica primordial a mudança. Levanta-se a questão de que se a vedação está ou não em conformidade com a Constituição e com a vontade da sociedade? Conclui-se que a vedação à concessão do livramento condicional, que é uma forma de reinserção do preso à sociedade, deve ser mais discutida, pois o tema atinge de forma direta o direito à liberdade, que é um dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Liberdade Condicional, Reincidente Específico, Direitos Humanos, Princípio da Individualização da Pena.



## ABSTRACT

Parole is an institute, which can also be considered a subjective right of the sentenced, and which can be granted to those who are fulfilling a custodial sentence when they reach certain requirements. As a consequence, the sentenced person is released again in advance, in other words, before the effective date of completion of sentence. On the other hand, he must comply with the conditions imposed by the Criminal Judge for the remaining time of his sentence, because the parole is provisional and may be revoked. Today it is disposed in the Criminal Enforcement Law (articles 131 et seq.) and the Penal Code presents in article 83 the objective and subjective requirements for its concession. The purpose of the present research is to deal with the problem of the necessity of prohibition of parole to the specific recidivist in front of the current social scenario that seeks a greater protection of the people's rights and to analyze if there are conflicts between the legal order among themselves and between this and the principles that govern them. In addition, it specifically aims to point out the treatment given to specific recidivists by the Magna Carta and infraconstitutional legislation, as well as to address the arguments of both currents regarding the prohibition of parole to the specific recidivist. From the theoretical point of view, most of the doctrinaires converge to the thought that the prohibition translates the repressive ends of the application of the sentence, beyond the need to treat more severely those who commit crimes called heinous, nevertheless the subject is not pacified because decisions that consider as unconstitutional the prohibition become increasingly recurrent in the Brazilian Courts. The definition of a specific repeat offender is not set forth in the legislation, but it is understood that there is no need to be identical or similar crimes, and that heinous crimes are those covered by Law N°. 8.072. The present research used the dialectical method, which was solved through documentary and bibliographical research techniques, as well as the study of occurrence records in information from competent organs. The study shows that the existence of a static rule precludes the analysis of the concrete case by the judges, which leads to disrespect of the principle of individualization of the punishment, because for the creation of legislation it is necessary to observe the values and customs of that period; therefore it becomes clear that legislation needs to evolve in order to accompany the desires and needs of society, which has as its main characteristic the change. The question raised is whether or not the prohibition is in conformity with the Constitution and the will of society? It is concluded that the prohibition on the granting of conditional release, which is a form of reintegration of the prisoner into society, should be more discussed, since the subject directly affects the right to freedom, which is one of the fundamental rights protected by the Federal Constitution.

Keywords: Parole, Specific Recidivism, Human Rights, Principle of Individualization of Punishment.

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2.</b>	<b>DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO CRIMINAL .....</b>	<b>13</b>
2.1.	Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais .....	13
2.2.	Direito de Punir .....	15
2.2.1.	Direito Criminal Moderno .....	16
2.3.	Princípios Constitucionais Basilares do Direito Penal .....	17
2.3.1.	Princípio do Devido Processo Legal .....	17
2.3.2.	Princípio da Individualização da Pena .....	18
2.3.3.	Princípio da Proporcionalidade .....	18
2.3.4.	Princípio da Humanização da Pena .....	19
<b>3.</b>	<b>DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>20</b>
3.1.	Conceito de Direito de Execução Criminal e sua Relação com outros Ramos do Direito.....	20
3.2.	Natureza Jurídica e Autonomia do Direito de Execução Criminal .....	21
3.3.	Finalidade das Penas .....	22
3.4.	Sistemas Penitenciários .....	24
3.4.1.	Regime Progressivo de Cumprimento de Pena e Regressão de Regime .....	26
3.4.1.1.	Regime Fechado .....	27
3.4.1.2.	Regime Semiaberto.....	28
3.4.1.3.	Regime Aberto.....	28
<b>4.</b>	<b>CRIMES HEDIONDOS .....</b>	<b>29</b>
4.1.	Noções Preliminares.....	29

4.2.	Lei nº 8.072 de 1990.....	30
4.2.1.	Inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º .....	31
4.3.	Definição de Crimes Hediondos.....	33
4.3.1.	Tipos penais classificados como hediondos e equiparados.....	34
<b>5.</b>	<b>LIVRAMENTO CONDICIONAL.....</b>	<b>35</b>
5.1.	Conceito e Natureza Jurídica.....	35
5.1.1.	Distinção com "Sursis" .....	36
5.2.	Requisitos .....	37
5.2.1.	Objetivos .....	37
5.2.2.	Subjetivos.....	39
5.3.	Vedação do Artigo 83, Inciso V, CP .....	40
5.3.1.	Reincidente Específico.....	42
5.3.2.	Posições Doutrinárias acerca da Vedação .....	43
5.3.3.	Jurisprudência .....	44
5.3.4.	Análise constitucional .....	48
5.4.	Condições do livramento condicional .....	49
5.4.1.	Causas para a revogação .....	49
5.4.2.	Efeitos da revogação .....	50
<b>6.</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>51</b>
<b>7.</b>	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>53</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O livramento condicional é um instituto, que também pode ser considerado como direito subjetivo do sentenciado e que pode ser concedido àqueles que se encontram cumprindo pena privativa de liberdade, quando preencherem alguns requisitos. Como consequência, o condenado é colocado novamente em liberdade de forma antecipada, ou seja, antes da data do efetivo término de cumprimento de pena. Em contrapartida, ele deve cumprir as condições impostas pelo juiz da Execução Criminal pelo tempo que lhe restar de pena, pois o livramento condicional tem caráter provisório, podendo ser revogado.

No tocante aos requisitos objetivos, aquele que talvez seja o mais polêmico é o previsto na parte final do inciso V, artigo 83, o qual delimita que não haverá a concessão do livramento condicional para os reincidentes específicos em crimes hediondos, sendo que os crimes hediondos aqui citados são os abrangidos na Lei nº 8.072, não havendo a necessidade de serem crimes idênticos ou semelhantes.

No Brasil, o primeiro dispositivo legal a abordar a temática do livramento condicional foi o Código Penal de 1890 (artigos. 50 a 52), no entanto sua origem remonta ao direito francês, onde era chamado de “liberação preparatória”, com propagação pelo continente europeu, sobretudo na Alemanha e Suíça. Hoje está disposto na Lei de Execução Penal (artigos. 131 e seguintes) e o Código Penal apresenta em seu artigo 83 os requisitos objetivos e subjetivos para sua concessão.

O referente para a pesquisa são as divergências jurisprudenciais e doutrinárias acerca do tema que resultam em uma falta de estabilidade nas decisões. Questiona-se a compatibilidade vertical da proibição com a Constituição Federal de 1988 e questiona-se a própria vigência da parte final do inciso V do artigo 85, Código Penal, frente a uma possível revogação tácita em virtude da Lei nº 11.464/07, sendo que a própria definição de reincidente específico não é pacífica entre os doutrinadores.

No entanto, muitos estudiosos defendem a vedação como sendo o tratamento mais rigoroso autorizado pela própria Constituição para os delitos mais graves, sendo que em 2016 a norma foi alterada para constar o crime de tráfico de pessoas, buscando-se assim a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, o que mostra a intenção do legislador de manter referida disposição legal.

Diante do exposto cabe indagar-se: É constitucional a vedação? A proibição fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena? Entra em confronto

com as finalidades da pena e seu caráter ressocializador? Quem é o reincidente específico tratado neste artigo? Qual foi o objetivo do legislador ao estipular a vedação? Este objetivo foi alcançado por meio da norma? Julgados que autorizam estariam descumprindo a Súmula Vinculante nº 10, a qual determina que: “Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”? As decisões conflitantes estão desrespeitando o princípio da segurança jurídica e a consequente estabilidade das decisões judiciais?

Em relação à importância justificadora do tema, é preciso destacar que o direito à liberdade é tutelado pela Constituição Federal como um dos direitos fundamentais, que são premissas para o Estado Democrático de Direito; sendo assim a prisão é tratada como exceção que deve ser mantida quando verificada a sua necessidade.

Dessa forma o presente trabalho que discute a constitucionalidade da proibição da concessão de livramento condicional, que é uma forma de reinserção do preso à sociedade, reveste-se de suma relevância, pois a vedação atinge diretamente o direito citado.

O tema, apesar de ser recorrente para quem atua nas Varas de Execuções Criminais brasileiras, não é devidamente abordado pelos doutrinadores e juristas, mas vem crescendo entre as teses defensivas, o que acarreta um número elevado de recursos e decisões diversas, pelo que se faz necessário, então, seu estudo, para que seja possível, no futuro, a pacificação de entendimentos pelos Tribunais Superiores.

O objetivo geral do presente trabalho é tratar sobre a problemática da necessidade de vedação do livramento condicional frente ao atual cenário social que busca uma maior proteção de direitos das pessoas e analisar se há conflitos entre o ordenamento jurídico entre si e entre este e os princípios que o regem.

Ademais, especificamente busca-se apontar o tratamento dado aos reincidentes específicos pela Carta Magna e legislação infraconstitucional; apresentar o sistema penal brasileiro, seus princípios e modelos adotados, demonstrar qual a finalidade do livramento condicional dentro do sistema de progressão adotado pelo Brasil; abordar os argumentos de ambas as correntes em relação à vedação do livramento condicional ao reincidente específico, e, por fim, analisar os recentes julgados e a viabilidade de soluções apontadas, organizando-as efetivamente.

À vista disso, na seção 2 do trabalho são apresentados os aspectos constitucionais do Direito Penal, sendo então apresentados os princípios constitucionais e os direitos fundamentais do homem, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana, e a relação

desses princípios com as normas penais brasileiras, além de ser abordado o Direito de punir do Estado e o caráter subsidiário do Direito criminal moderno, ambos tratados sob o enfoque constitucional e humanitário.

Já na seção 3 são analisadas as particularidades do Direito de Execução Penal brasileiro, do qual o instituto do livramento condicional faz parte, apontando-se o seu conceito, sua relação com os outros ramos do direito, sua natureza jurídica, bem como sua autonomia como ciência específica, sendo também abordados os aspectos da pena dentro deste ramo do Direito, indicando qual a finalidade das penas e, dentro dos sistemas penitenciários existentes, enfatiza-se o sistema progressivo brasileiro, com os seus regimes de cumprimento de pena.

Na seção 4 são abordados os crimes hediondos, com o objetivo de demonstrar a razão pela qual estes crimes ensejaram a vedação, tema central do trabalho, apontando-se os aspectos constitucionais e inconstitucionais da Lei de Crimes Hediondos que deram origem a mudança do artigo 2º, §1º da Lei, além de uma breve análise histórica e do corpo da legislação, trazendo a definição e elencando os crimes considerados então hediondos.

Finalmente, na seção 5 apresenta-se o livramento condicional, seu conceito, requisitos e características, sendo profundamente analisados todos os aspectos que circulam a vedação do livramento ao reincidente específico em crime hediondo, trazendo também as definições de reincidente, as decisões das Cortes brasileiras sobre o tema e possibilidade ou não da concessão do livramento frente à vedação, com as consequências advindas das decisões que autorizam ou negam o livramento condicional, além de serem apontados os conflitos no ordenamento jurídico, inclusive no plano constitucional e as divergências doutrinárias acerca do tema.

Abordando a questão nos vários campos do direito, na presente pesquisa utilizou-se o método dialético, que foi solucionado através de pesquisas bibliográficas e documentais por meio dos processos de identificação e compilação, assim como por estudo de ocorrências em informativos de órgãos competentes.

## **2. DIREITOS HUMANOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO CRIMINAL**

### **2.1. Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**

Preliminarmente, tendo em vista que o tema deste trabalho está intimamente ligado aos direitos fundamentais do indivíduo, à humanização do direito penal e à adequação do tema com os princípios constitucionais, torna-se necessário abordar o conceito destes fundamentos e a sua relação com o direito penal, porém sem o objetivo de esgotar o tema em razão de sua magnitude.

O Título I da Constituição Federal brasileira de 1988, que vai do artigo 1º ao 4º, trata dos Princípios Fundamentais que: "são as regras informadoras de todo um sistema de normas, as diretrizes básicas do ordenamento constitucional brasileiro" (PINHO, 2008, p. 60).

Desse modo, estes princípios escolhidos pelo Poder Constituinte Originário estão em destaque dentro da Carta Magna, pois formam a base do sistema de normas constitucionais e do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre eles, e para que seja possível compreender o alcance do tema proposto, cabe aqui destacar a dignidade da pessoa humana, que segundo Rodrigo César Rabello Pinho: "[...] deve ser entendido como absoluto respeito aos seus direitos fundamentais, assegurando-se condições dignas de existência para todos." (2008, p. 64).

A dignidade, que muitos entendem como inerente à pessoa, é a: "[...] base sobre a qual todos os direitos e garantias individuais são erguidos e sustentados". (NUCCI, 2014, p. 20). O princípio da dignidade pressupõe a proteção da pessoa frente ao Estado e traduz o tratamento igualitário frente aos seus semelhantes.

Assevera Alexandre de Moraes que: "O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil." (2013, p. 48).

Para Luís Roberto Barroso, do princípio da dignidade da pessoa humana "[...] se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça" (2011, p. 275).

Ainda sobre a dignidade, quando se analisa sua relação com o Direito Penal, verifica-se que:

O Direito Penal, constituindo a mais drástica opção estatal para regular conflitos e aplicar sanções, deve amoldar-se ao princípio regente da dignidade humana, justamente pelo fato de se assegurar que o *braço forte* do Estado continue a ser democrático e de direito. (NUCCI, 2014, p. 20).

No tocante aos direitos humanos fundamentais, que de acordo com Alexandre de Moraes são difíceis de se conceituar, pode-se determiná-los como sendo um grupo de direitos e garantias reconhecidos pelos Estados nas suas constituições e legislação infraconstitucional que, ao estabelecerem condições mínimas para a vida e o desenvolvimento da personalidade humana, buscam a proteção da dignidade humana em face do poder estatal (2013, p. 20/21).

Para ele, "A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo." (2013, p. 3)

Na Constituição, os direitos humanos fundamentais estão previstos do Título II, e são divididos em: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos dos partidos políticos.

Eles podem ser considerados como direitos de defesa, sendo que "asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário." (MENDES, 2007, p. 3).

Luís Roberto Barroso afirma que "Tais direitos, talhados no individualismo liberal, protegem os valores ligados à vida, à liberdade, à igualdade jurídica, à segurança e à propriedade". (2011, p. 199).

É possível concluir então que no Brasil toda norma, principalmente uma norma restritiva de direitos fundamentais, tal como uma lei que trate sobre penas restritivas de direitos e seu cumprimento, deve seguir e ter como base os princípios elencados de forma destacada na Constituição, uma vez que estes foram reconhecidos como fundamento de um Estado Democrático de Direito e protegem o cidadão em face do próprio Estado.

No entanto, assevera Alexandre de Moraes que:

“Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.” (2013, p. 27).

Sendo assim, são direitos passíveis de uma restrição limitada, ou seja, a própria Constituição traz em seu bojo os limites a que podem ser submetidos os direitos fundamentais. Segundo Gilmar Mendes:



“Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata).” (2007, p. 28).

Não se deve chegar a conclusão, no entanto, de que a possibilidade de criação de limites pelo Poder Legislativo seja irrestrita. Uma norma pode ser considerada inconstitucional por excesso de poder legislativo se não seguir o princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso, que envolve a análise da adequação da norma e da sua efetiva necessidade. (MENDES, 2007, p. 48).

Dessa forma entende-se que para a criação de uma norma, deve-se verificar se o objetivo daquela lei não pode ser atingido por outro meio menos gravoso e de igual eficácia, sendo que deve haver uma busca do equilíbrio entre o objetivo do legislador e as restrições ao direito estabelecidas na lei. (MENDES, 2007, p. 52).

## 2.2. Direito de Punir

O Direito Penal, como já discorrido no tópico anterior, está limitado pelo texto constitucional, sendo que uma conduta só pode ser considerada como crime se foi prevista em lei, o que acontece também com a penalidade aplicável à conduta tipificada como ilícita.

A própria Constituição determina a criminalização ou impossibilidade de criminalização de condutas específicas, mas o Legislador tem certa liberdade para definir os crime e sanções, observando as demandas da sociedade, o momento político e econômico, entre outros. (BARROSO, 2011, p. 403).

O direito de punir do Estado (*jus puniendi*), que também é um dever do Estado, surge a partir de normas que regulam e propiciam a vida em sociedade, determinando o que é lícito, criando direitos e deveres e aplicando sanções àqueles que as descumprirem, pois com o descumprimento haveria lesão à própria convivência social. (MIRABETE, 2008, p. 3).

Para Sídio Rosa de Mesquita Júnior "as sanções criminais decorrem do poder de império do Estado e só podem ser aplicadas se provada a culpa no devido processo legal [...]" (2007, p. 52).

Mirabete define o direito de punir como o Direito Penal em sentido subjetivo, e o Direito Penal objetivo seria o conjunto de leis que trazem os delitos e sanções, sendo então "[...] um direito regulador, normativo, obrigatório, coativo e sancionatório." (MIRABETE,

2007, p. 4).

Guilherme de Souza Nucci assim conceitua Direito Penal e Direito Processual Penal:

“O Direito Penal, que forma o corpo de leis voltado à fixação dos limites do poder punitivo estatal, somente se realiza, no Estado Democrático de Direito, através de regras previamente estabelecidas, com o fim de cercear os abusos cometidos pelo Estado, que não são poucos.

Portanto, Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto.” (NUCCI, 2014, p. 27).

Para que ocorra então a atuação do Estado no sentido de punir, é preciso um processo, que é a forma de resolução de conflitos do Estado Moderno e que se dá pela atuação de órgãos próprios da administração da Justiça, uma vez que não é possível a resolução do conflito por meio da autodefesa ou autocomposição. (MIRABETE, 2007, p. 6).

### 2.2.1. Direito Criminal Moderno

O Direito Criminal deve ser aplicado de forma subsidiária, intervindo somente quando for necessário. De acordo Mesquita Júnior, ele precisa ter um caráter garantista, obedecendo princípios previstos na Constituição para que haja uma justiça criminal mais humana (2007, p. 51).

"O Direito Penal é subsidiário. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se." (ROXIN, 1998, p. 28, apud MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 51).

Ele defende que deve se evitar as penas privativas de liberdade e aquelas condutas não consideradas graves devem ser reprimidas por outros ramos do direito, tal como o direito civil, para que não haja a banalização do Direito Criminal com penas como a de advertência, por exemplo, que afastam a seriedade da política criminal (MESQUITA JUNIOR, 2007, p. 58).

Mirabete afirma que o processo penal atual começou a surgir na segunda metade do século XVIII, período no qual buscou-se a atingir o caráter humanitário da Justiça, com o um

balanço entre legislação penal, exigências da justiça e princípios da humanidade. (2008, p. 16).

Sobre a excepcionalidade da prisão, assevera Alexandre de Moraes:

“A regra constitucionalmente prevista, portanto, é a liberdade, com inúmeros direitos e garantias tuteladores da manutenção desse preceito básico em um Estado de Direito. Porém, a própria Constituição prevê hipóteses de supressão do direito de liberdade, sempre, porém, em caráter excepcional e *taxativo*.” (2013, p. 356).

A pena privativa de liberdade deve ser aplicada quando necessário e deve ser proporcional à gravidade da ação ou à importância do bem jurídico que foi atingido, ou seja, “[...] somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes.” (BARROSO, 2011, p. 402).

### 2.3. Princípios Constitucionais Basilares do Direito Penal

A definição de Princípio pode ser feita de várias maneiras, mas para o Direito conceitua-se como: "um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir. (NUCCI, 2014, p. 31).

Na Constituição existem diversos princípios aplicáveis ao Direito Penal, Processual Penal e Direito de Execução Penal, mas no presente trabalho serão ressaltados apenas 04 (quatro), como passa-se a expor.

#### 2.3.1. Princípio do Devido Processo Legal

De acordo com Nucci este princípio, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, é chamado de princípio regente, pois os dois são os mais importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos fundamentais. (2014, p. 32).

Está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

O devido processo legal tem como âmago a proteção da pessoa, uma vez que assegura: "ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena." (NUCCI, 2014, p. 33).

### 2.3.2. Princípio da Individualização da Pena

Este princípio está inserido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Mesquita Júnior, ao citar Ferri, entende que este princípio deve ser aplicado em todas as fases do processo penal:

“[...] englobando as *investigações preliminares*, confiadas aos oficiais e agentes de polícia judiciária, a *instrução penal*, porque nessa fase já vive a figura do acusado e cuida de recolher as provas não só de sua participação no crime, mas também de sua responsabilidade penal e, finalmente, fase conclusiva *dos debates*.” (FERRI, 1931, p. 340-344, apud MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 14).

Por meio deste princípio, que se origina do Princípio da Isonomia, entende-se que aqueles sujeitos à lei penal devem ter tratamento diferenciado na medida de suas desigualdades, sendo que as normas devem possibilitar este tratamento com o objetivo de não igualar os desiguais. (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 15-16).

### 2.3.3. Princípio da Proporcionalidade

Para Barroso, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é um dos meios de proteção dos direitos fundamentais e do próprio interesse público, pois além de ser premissa

para interpretação da norma frente ao caso concreto e ao propósito da lei, é também utilizado para comedimento dos atos discricionários do Poder Público. (2011, p. 329).

Deve-se verificar então a adequação da norma ao seu objetivo, a sua necessidade e o seu custo-benefício para que um juiz possa fazer justiça, uma vez que ele pode ponderar a aplicação da lei ao caso concreto, por exemplo. (BARROSO, 2011, p. 329).

No âmbito penal a proporcionalidade enseja a busca de um equilíbrio entre o delito e sua sanção prevista em lei, sendo assim o excesso de punição será vedado em todas as fases do processo penal. (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 13-14).

#### 2.3.4. Princípio da Humanização da Pena

Encontra-se previsto no artigo 5º, inciso XLVII, da CF:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

No tocante à execução de penas, Mesquita Júnior assevera que: “a execução deve obedecer aos parâmetros modernos de humanidade, consagrados internacionalmente, mantendo-se a dignidade humana do condenado.” (2007, p. 13)

No entanto, pela falta de atuação do Estado em relação ao sistema carcerário, pode-se dizer que este princípio não vem sendo respeitado de forma integral, uma vez que os presídios não estão resguardando a integridade física e moral dos condenados. (NUCCI, 2014, p. 942).

### 3. DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRO

#### 3.1. Conceito de Direito de Execução Criminal e sua Relação com outros Ramos do Direito

Ao se buscar uma definição para Direito de Execução Criminal é comum observar que os autores se preocupam em trazer o seu conceito e, de forma conjunta, trazer o conceito de Direito Penitenciário justamente para destacar que são institutos diversos com abrangências distintas.

Mesquita Júnior, ao citar Álvaro Mayrink da Costa, conceitua o Direito de Execução Criminal como sendo:

"[...] a ciência que estuda o conjunto de normas relativas à execução de todas penas e medidas de segurança, enquanto que o Direito Penitenciário é a parte do Direito de Execução Criminal que estuda o conjunto de normas jurídicas concernentes ao tratamento penitenciário. (2007, p. 4).

O autor ainda afirma que apesar de ter-se escolhido na exposição de motivos da LEP o termo Direito de Execução Criminal, este termo seria utilizado de forma errônea "[...] porque a medida de segurança, embora decorrente de fato definido como crime não é espécie de sanção." (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 4).

Mirabete, em seu livro intitulado Execução Penal, afirma ser o Direito Penitenciário parte do Direito de Execução Criminal, pois este se volta para além das execuções das penas e medidas de segurança, uma vez que se preocupa também com as medidas assistenciais e de reabilitação do condenado; dessa forma, para ele foi adotado no ordenamento jurídico o Direito de Execução Penal, que é mais amplo. (2004, p. 21-23).

Sendo assim, apesar das diferenças apontadas pelos dois autores, para Nucci: "Trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária." (2014b, p. 939)

Quanto à relação do Direito de Execução Criminal com outros ramos do direito, para Mesquita Júnior este se relaciona de forma mais íntima: "[...] com as seguintes ciências: Direito Criminal, Direito Processual, Direito Administrativo, Penologia (ou ciência penitenciária), Criminologia e Sociologia." (2007, p. 6).

Salienta ainda que o Código Penal e o Código de Processo penal têm grande

importância para o Direito de Execução Criminal, uma vez que muitas resoluções concernentes a esse ramo estão previstas nestes códigos e não na Lei de Execução Penal - LEP. (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 6).

### 3.2. Natureza Jurídica e Autonomia do Direito de Execução Criminal

A natureza jurídica da Execução Penal é chamada mista ou híbrida, sendo: "[...] jurisdicional e administrativa, correspondendo à primeira a solução dos incidentes da execução, a imposição de medida de segurança, etc." (MIRABETE, 2004, p. 20).

Essas duas naturezas se desenvolvem conjuntamente, sendo a parte administrativa de responsabilidade das autoridades penitenciárias e a parte jurisdicional desenvolvida pelo juízo da execução. (MIRABETE, 2004, p. 20).

Para Nucci, "É, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa." (2014b, p. 940)

Cabe ainda destacar que:

"O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrativos, custeados e sob responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento. (NUCCI, 2014b, p. 941)"

Em relação à autonomia, no item 12, da Exposição de Motivos da Lei nº 7.210/84, está descrito que:

"12. O Projeto reconhece o caráter material de muitas de suas normas. Não sendo, porém, regulamento penitenciário ou estatuto do presidiário, avoca todo o complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal. A execução das penas e das medidas de segurança deixa de ser um Livro do Código de Processo para ingressar nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico: o Direito de Execução Penal." (BRASIL, 1983, p. 17)

Nesse sentido, Mirabete e Fabbrini trazem em seu Manual de Direito Penal que é preciso haver uma legislação de Execução diferenciada da legislação Penal e Processual Penal, pois "[...] o cumprimento das penas, principalmente das privativas de liberdade, por suas finalidades diversas (retribuição, prevenção, recuperação), apresenta maior complexidade." (2016, p. 10)

"Não há como negar, aliás como acentua Zaffaroni, citando Pettinato, que deve existir um conjunto de normas positivas que se refiram aos diferentes sistemas de penas, à custódia e tratamento, à organização e direção das instituições e estabelecimentos que cumpram com os fins de prevenção, retribuição e reabilitação do delinquente e dos organismos de ajuda para os internados e liberados" (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 10)".

O Direito de Execução Criminal se tornou então autônomo em relação ao Direito Penal e Processual Penal, pois "[...] tem fontes, princípios e objeto que lhe são peculiares". (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 5).

Dessa forma, esse ramo do Direito é autônomo, tendo em vista também a sua complexidade, com papéis definidos e legislação própria em conformidade com a Constituição, mas que guarda uma maior dependência com a Legislação Penal e Processual Penal do que outros ramos do direito.

### 3.3. Finalidade das Penas

Pode-se definir pena como sendo a "sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes." (NUCCI, 2014a, p. 337)

Sendo assim, a pena tem a finalidade de ser castigo promovido pelo Estado, o que impediria a vingança privada e também funcionaria "[...] contentando o inconsciente coletivo da sociedade em busca de justiça cada vez que se depara com lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito penal." (NUCCI, 2014b, p. 942)

Nucci afirma que a pena tem as seguintes características: "castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização." (2014a, p. 337).

Seguindo essa perspectiva, "Desde a origem até hoje, porém, a pena sempre teve o



caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso." (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 231)

Não deixa de ser polêmico o assunto, uma vez que muitos autores se manifestam no sentido de que as penas de prisão não conseguem atingir seus objetivos e se tornaram somente castigo, e outros defendem a sua necessidade para a vida em sociedade.

Mesquita Júnior deixa claro seu posicionamento ao afirmar que: "A prisão foi uma péssima criação em desfavor da humanidade." (2007, p. 203). Para ele, a pena privativa de liberdade "[...] surgiu para substituir a pena de morte, a qual se tornou tão dura que, às vezes, se constitui em pena mais atroz e cruel que a pena capital." (2007, p. 204).

Mirabete afirma que: "As penas privativas de liberdade são as mais utilizadas nas legislações modernas, apesar do consenso da falência do sistema prisional." (2016, p. 234). Acertadamente ele ainda pontua que:

"A afirmação de que é possível, mediante cárcere, castigar o delinquente, neutralizando-o por meio de um sistema de segurança e, ao mesmo tempo, ressocializá-lo com tratamento já não se sustenta, exigindo-se a escolha de novos caminhos para a execução das penas, principalmente no que tange às privativas de liberdade. Assim, tem-se entendido que à ideia central da ressocialização há de unir-se, necessariamente, o postulado da progressiva humanização e liberação da execução penitenciária, de tal maneira que, asseguradas medidas como as permissões de saída, o trabalho externo e os regimes abetos, tenha ela maior eficácia." (2004, p. 25).

Não se busca aqui a extinção de punição, pois entende-se a necessidade de uma penalidade pelo descumprimento de uma norma, sendo assim:

"Pode-se concluir, enfim, que crime e castigo são o binômio que acompanhará ainda por séculos a história da Humanidade, sendo inseparável da sanção penal o medo da punição. Por isso, a cominação, a aplicação e a execução da pena devem ter caráter intimidativo, de modo geral ou particular, a fim de evitar-se, tanto quanto possível, a ocorrência delituosa." (MIRABETE, 2004, p. 27).

No entanto, "A tendência moderna é a de que a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder à ideia de humanizar, além de punir". (MIRABETE, 2004, p. 26).

Cabe ainda destacar o exposto por Nucci, que entende ser necessário buscar o equilíbrio no tocante à atuação do Estado e à aplicação das sanções:

"O abolicionismo é uma utopia, impossível de ser praticada nos dias de hoje, pois a sociedade não tem preparo para desfazer-se das normas e sanções

penais, que ainda representam forma eficiente de controle geral. Por outro lado, o direito penal máximo é fórmula difícil de ser implementada em países pobres como o Brasil, pois iria lançar ao cárcere inúmeras pessoas que mendigam, por exemplo, não por deliberado propósito, mas por falta de opção. Ademais, investir contra os mais fracos não constitui a feição do Estado Democrático de Direito. Nem sempre do mendigo vem o crime. Logo, infrações penais leves não trazem como consequência necessária as graves. O melhor, segundo nos parece, concentra-se no meio-termo, que é o direito penal mínimo. O Estado deve intervir minimamente nos conflitos sociais, mas, quando o fizer, deve agir com eficiência e sem gerar impunidade, o que poderá restaurar a confiança geral no Direito Penal." (2014a, p. 341-342).

Sendo assim, o Estado atuaria para repelir os crimes, no entanto não seria necessária repressão para todo e qualquer delito cometido, devendo-se analisar o caso concreto e outras formas de reparação do dano no momento da escolha da punição.

#### 3.4. Sistemas Penitenciários

São chamados Sistemas Penitenciários clássicos: o modelo pensilvânico ou regime da Filadélfia, o sistema alburniano ou do silêncio e o sistema progressivo, inglês ou irlandês. Existe ainda o Sistema de Elmira, que seria um quarto sistema, mas que não é muito difundido entre os autores que tratam do tema.

Esses sistemas tiveram início em razão "[...] das deficiências apresentadas pelos estabelecimentos penais e da irracionalidade na forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, a partir do século XVIII [...]" (MIRABETE, 2004, p. 386).

Cada sistema trazia inovações com relação ao anterior, no entanto, mesmo o sistema que foi adotado hoje é cercado de questionamentos acerca de sua efetividade, sendo que alguns autores defendem uma modificação consistente na existência de "[...] uma fase de pluralidade de sistemas, determinados pela classificação científica dos condenados a serem distribuídos em pequenos estabelecimentos segundo sua natureza, e que prevê para cada um deles regime diverso." (MIRABETE, 2004, p. 387).

O modelo pensilvânico, datado de 1828, é "baseado no completo isolamento celular, em que os condenados não podiam sair da cela em nenhum momento [...]" (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 206). Foi adotado nas prisões de *Walnut Street Jail* e *Eastern Penitentiary*, e não havia aqui preocupação com a dignidade do preso, uma vez que se tratava de regime severo que impedia uma possível readaptação do condenado à sociedade. (MIRABETE;

FABBRINI, 2016, p. 236).

No sistema alburniano, o condenado ficava em isolamento no período da noite e trabalhava no período do dia. A principal característica desse sistema, de acordo com Mirabete, era "[...] a exigência de absoluto silêncio entre os condenados, mesmo quando em grupos, o que levou a ser ele chamado de *silent system*". (2016, p. 236). Teve origem em Nova York, na penitenciária de Alburn.

O sistema progressivo inglês era dividido em três períodos:

“O primeiro deles, período de prova, constava de isolamento celular absoluto; o outro se iniciava com a permissão do trabalho em comum, em silêncio, passando-se a outros benefícios; e o último permitia o livramento condicional.” (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 236).

Foi então inserida mais uma fase pelo sistema irlandês, sendo assim: "[...] antes de entrar em livramento condicional, o condenado passava por uma fase intermediária, que era a do trabalho externo". (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 206).

Existe ainda o sistema de Elmira, que, apesar de ser progressivo, não tem como base uma pena fixa, "ou seja, o condenado, de acordo com seu comportamento, poderia ter o prazo da pena aumentado ou diminuído, pois a pena seria extinta somente no dia em que se tornasse evidente sua recuperação." (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 207).

No Brasil, "Adotamos o sistema progressivo, decorrente do sistema penitenciário irlandês, para a execução da pena privativa de liberdade, conforme dispõe o CP (art. 33, §2º) [...]". (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 207).

Inicialmente com a edição do Código Penal brasileiro, o nosso sistema progressivo se dividia em:

"[...] um período inicial de isolamento absoluto por um prazo não superior a três meses na pena de reclusão, seguido de trabalho em comum durante o dia e da possibilidade de transferência para colônia penal ou estabelecimento similar e, afinal o livramento condicional. (MIRABETE, 2004, p. 387).

A Lei nº 6.416/77 trouxe três modificações: não é mais obrigatório começar em isolamento absoluto, o sistema com os regimes aberto, semiaberto e fechado foi iniciado, e houve "a possibilidade do início do cumprimento nos regimes menos severos conforme a quantidade da pena aplicada e as condições de menor periculosidade do condenado. (MIRABETE, 2004, p. 387).

Hoje tem-se os três regimes, devendo as penas serem progressivas, e podendo ser

iniciadas em qualquer dos regimes, no entanto, "o réu poderá ficar sujeito ao sistema regressivo (CP, art. 33, § 2º, e LEP, arts. 112 e 118)". (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 208).

#### 3.4.1. Regime Progressivo de Cumprimento de Pena e Regressão de Regime

A individualização da pena guarda relação com o regime progressivo de cumprimento de pena, tendo em vista que a terceira etapa da individualização, chamada executória, é o momento em que a pena é efetivamente aplicada em fases (regimes), com a devida avaliação dos requisitos para cada mudança no caso concreto. (NUCCI, 2014a, p. 348).

Dessa forma, é salientado por Nucci que "Por isso, a progressão de regime, forma de incentivo à proposta de reeducação e ressocialização do sentenciado, é decorrência natural da individualização executória." (2014a, p. 348).

Assim, a partir do início do cumprimento da pena:

"[...] possibilita-se ao sentenciado, de acordo com o sistema progressivo, a transferência para regime menos rigoroso desde que tenha cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e o mérito do condenado recomendar a progressão. A decisão do juiz do processo é provisória e, a partir do regime fechado, pode-se transferir o sentenciado para o regime semiaberto e deste para o regime aberto. Não é admitida, portanto, a progressão *per saltum*, diretamente do regime fechado ao aberto." (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 246).

Sobre o regime inicial de cumprimento de pena:

"O regime será especificado na sentença, observando-se, além das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), o total das penas aplicadas. Assim, o condenado à pena superior a 8 anos iniciará o cumprimento da pena, obrigatoriamente, no regime fechado. Aquele que sofre condenação superior a 4 anos, mas igual ou inferior a 8, não poderá iniciar o cumprimento da pena no regime aberto; ou será semiaberto, ou fechado, sendo que o Juiz deverá analisar qual o regime adequado aos objetivos do Direito Criminal, definindo o regime segundo o seu prudente arbítrio." (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 217).

No tocante aos crimes hediondos, será necessário cumprir, para ter direito a progressão, dois quintos da pena se o condenado for primário, e três quintos da pena se ele for reincidente, de acordo com a Lei nº 8.072/90, com nova redação estipulada pela Lei nº 11.464/07. (NUCCI, 2014a, p. 355).

Com relação ao mérito do preso, que é um dos requisitos para a progressão, não é levado em consideração a gravidade do delito pelo qual houve a condenação, mas sim a sua conduta no cumprimento da pena, desse modo:

"O mérito do condenado é um juízo de valor incidente sobre a sua conduta carcerária passada e futura (diagnóstico e prognóstico), dando conta de que cumpriu, a contento, sem o registro de faltas graves e no seu prontuário, a sua pena no regime mais rigoroso, além de estar preparado a enfrentar regime mais brando, demonstrando disciplina, senso crítico sobre si mesmo, perspectiva quanto ao seu futuro e ausência de periculosidade. [...]" (NUCCI, 2014a, p. 349).

É possível também a regressão a regime mais severo de cumprimento de pena, sendo que "O condenado que cumpre pena em regime aberto pode ser transferido para o regime semiaberto ou fechado, e o que cumpre a sanção no regime semiaberto será recolhido a estabelecimento de segurança máxima ou média." (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 248). Isso ocorrerá quando o preso:

"[...] praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, sofrer condenações, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (fazendo-se mister a verificação da possibilidade de o réu continuar o mesmo regime) e, ao condenado que estiver no regime aberto, além das hipóteses mencionadas, quando solvente deixar de pagar a multa cumulativamente imposta (LEP, art. 118, *caput*)". (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 259).

Antes da regressão, contudo, o juiz deve ouvir o réu e deve determinar vista dos autos ao Ministério Público e à Defesa para que possam se manifestar, tomando como exemplo o que está disposto na Lei para a progressão. (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 248).

Isso se dá, pois apesar de ser frequente a regressão nas Varas de Execuções Criminais, "[...] não pode ser desejada, sem a existência de um fato concreto que a viabilize, visto que o escopo maior da execução penal é a completa reintegração social daquele que praticou um crime". (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 260).

Dessa forma, como o objetivo maior é a ressocialização, e a progressão de pena é passo importante para alcançar este objetivo, a regressão deve ser tratada com a devida cautela, observando-se o contraditório e a ampla defesa.

#### 3.4.1.1. Regime Fechado

Neste regime, que é o mais rigoroso, o condenado fica recluso em uma penitenciária, podendo trabalhar durante o dia, mas estando isolado durante a noite em uma cela com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, nos termos do artigo 88 da LEP.

Quando se tratar de penitenciária de mulheres, a Lei estipula que o estabelecimento prisional deverá:

"[...] ser dotada de seção para gestante e parturiente, de berçário, para as condenadas amamentarem e cuidarem de seus filhos até os seis meses, e de creche com a finalidade de assistir criança desamparada, maior de seis meses e menor de sete anos cuja responsável esteja presa (arts. 83, § 2º, e 89, caput, da LEP com a redação dada pela Lei nº 11.942, de 28-5-2009)". (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 241).

#### 3.4.1.2. Regime Semiaberto

O regime semiaberto, sendo um regime intermediário, "[...] será cumprido com trabalho e estudo diurnos, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e recolhimento em celas coletivas no período noturno (CP, art. 35)." (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 218).

#### 3.4.1.3. Regime Aberto

Já o regime aberto, o condenado poderá ficar fora de um estabelecimento prisional, mas deverá:

"[...] trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o repouso noturno e nos dias de folga na casa do albergado, que deverá conter, além dos aposentos para os presos, lugar adequado para cursos e palestras e instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados (art. 95 da LEP)". (MIRABETE; FABBRINI, 2016, p. 242).

O que acontece hoje, no entanto, é que na maioria das cidades não existe Casa de Albergados, então "[...] consolidou-se a utilização do regime de prisão albergue domiciliar (PAD) [...]". (NUCCI, 2014a, p. 366).

## 4. CRIMES HEDIONDOS

### 4.1. Noções Preliminares

Foram instituídos delitos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII, que ensejam uma maior reprovabilidade e que por isso recebem tratamento diferenciado consistente na impossibilidade de conceder fiança, graça ou anistia ao agente que os cometer.

"XLIII - 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;"

Alberto Silva Franco afirma que estes crimes "[...] representavam lesões graves a bens jurídicos de inquestionável dignidade penal e que estavam necessitados da tutela penal". (2005, p. 81).

Ele defende que o legislador constituinte foi influenciado pelo movimento político-criminal chamado da Lei e da Ordem que surgiu e "[...] encontrou suporte e força expansiva em face de alguns fatos detectados nas décadas de setenta e oitenta do século passado [...]". (2005, p. 84).

Esta corrente surgiu então a partir de uma sociedade tomada por crimes graves e com os órgãos do Estado desacreditados em razão de uma burocracia exacerbada, que gerava a temida impunidade. (FRANCO, 2005, p. 84-87).

"Nessa perspectiva, o Movimento da Lei e da Ordem compreende o crime como sendo o *lado patológico* do convívio social, a criminalidade como uma *doença infecciosa* e o criminoso como um *ser daninho*. A sociedade era separada num traço simplificado entre pessoas *sadias* incapazes da prática de atos desviados e pessoas *doentes* prontas para a execução de atos transgressivos. [...]" (FRANCO, 2005, p. 88).

Alberto Silva Franco destaca de forma negativa que esse movimento tinha dentre suas finalidades "[...] dar tranquilidade, ainda que aparente, ao cidadão, apaziguar a opinião pública exaltada, exercer uma função puramente simbólica." (2005, p. 89).

Dessa forma, ele se posiciona contrariamente a Lei de Crimes Hediondos e ao Movimento da Lei e da Ordem, afirmando que:

"A Lei 8.072/90, na linha dos pressupostos ideológicos e dos valores consagrados pelo Movimento da Lei e da Ordem, deu suporte à ideia de que leis de extrema severidade e penas privativas de liberdade de alto calibre são suficientes para pôr cobro à criminalidade violenta. Nada mais ilusório." (FRANCO, 2005, p. 103-104).

A sociedade deveria aprender a conviver com a criminalidade, pois "O crime caracteriza-se, portanto, como um comportamento desviado, porém normal, a outra face da lei, a sombra inevitável da convivência humana." (FRANCO, 2005, p. 90).

Antonio Lopes Monteiro afirma que:

"Não é o simples aumento da pena que vai resolver o problema, embora, talvez, momentaneamente, nos dê a sensação de amenizá-lo. Até que a certeza da impunidade continue arraigada na mente do criminoso; até que a demora na persecução criminal e o medo de as vítimas reconhecerem seus algozes levem ao fracasso a ação penal em grande número de casos; em suma, até que não haja uma profunda reforma no trato da questão criminal, começando pelo inquérito policial até o sistema penitenciário, reforma esta que traga uma confiável investigação policial e uma certeza da imediata condenação e real cumprimento da pena, continuaremos a assistir à edição de leis como a de n. 8.072/90, de muita polêmica e pouca eficácia." (1996, p. 5).

Sendo assim, a repressão trazida por essa corrente como resposta à crescente criminalidade não foi a mais correta, pois "No atual quadro da sociedade brasileira, não há cuidar de redução de índices de violência ou criminalidade, sem uma efetiva intervenção do Estado ao nível de políticas públicas de conotação social." (FRANCO, 2005, p. 648).

#### 4.2. Lei nº 8.072 de 1990

Após vários projetos de lei propostos sobre o tema, foi elaborado por Roberto Jefferson, então Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Redação, o Projeto Substitutivo 5.0405/90 que, ao ser aprovado nas duas casas do Congresso Nacional, deu origem à Lei nº 8.072/90. (FRANCO, 2005, p. 95).

Na exposição de motivos da Lei é abordado de forma mais incidental o crime de sequestro como um dos males da sociedade, e é em razão dele que foi redigida a justificção, estando descrito que: "Visa o presente projeto a coibir uma das atividades delituosas mais nefastas e que cresce dia a dia em qualidade e quantidade".

A Lei, apesar de conter pouquíssimos artigos, já sofreu diversas mudanças em sua



redação e alguns delitos foram incluídos em seu corpo, sendo então considerados crimes hediondos.

Seguindo a ordem temporal, hoje a Lei conta com as seguintes modificações:

- Em 1994 a Lei nº 8.930 deu nova redação ao artigo 1º, *caput*, e incluiu os incisos II, III, IV e VII, acrescentando os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma qualificada e epidemia com resultado morte à lista de crimes hediondos;
- Em 1998 o inciso VII - B foi adicionado pela Lei nº 9.677, contendo em sua redação o delito de falsificação, corrupção adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
- Em 2007 a Lei nº 11.464 deu nova redação ao inciso II e §§ 1º a 3º do artigo 2º e incluiu o §4º ao mesmo artigo, que trata da prisão temporária;
- Em 2009 ocorreram mudanças pela Lei nº 12.015 nos incisos V e VI do artigo 1º em virtude das alterações ocorridas no código penal referentes ao crime de estupro e estupro de vulnerável;
- Em 2014 foi inserido o inciso VIII ao artigo 1º pela Lei nº 12.978 com o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável;
- Em 2015 a redação do inciso I foi modificada e o inciso I-A do artigo 1º foi incluído pela Lei nº 13.142 para proteção maior dos agentes descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal;
- Por fim, em 2017 a Lei nº 13.497 deu nova redação ao parágrafo único do artigo 1º.

#### 4.2.1. Inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º

Quando a Lei entrou em vigor em 1990, estava disposto no § 1º do artigo 2º que para os crimes previstos no *caput* do artigo seria vedada a progressão de regime, ou seja, o cumprimento da pena se daria inteiramente no regime fechado.

Após anos de discussão acerca da constitucionalidade deste dispositivo, o STF editou a Súmula Vinculante nº 26, na qual considera inconstitucional a obrigatoriedade do cumprimento integral da pena em regime fechado, garantindo a progressão de regime para o

preso por crime hediondo ou equiparado.

"SÚMULA VINCULANTE Nº 26 - 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 nº 8.072, 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."

Cabe ainda citar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na época:

"A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social (...). Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82.959/SP, rel. min. Marco Aurélio, DJ 01/09/2006)."

Mesquita Júnior já se posicionava contrariamente à vedação antes mesmo da edição da Súmula:

"Estabelecer o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena representa, também, um incentivo para a indisciplina, uma vez que de nada adianta ter bom comportamento, já que o mesmo não poderá ser recompensado com a progressão de regime." (2007, p. 21).

Ele ainda afirma que a Lei, "Por não permitir liberdade provisória, não admitir a progressão de regimes e por exigir prazo maior para a concessão de livramento condicional só contribuiu para o aumento da superpopulação carcerária." (2007, p. 24).

Posteriormente, a nova redação do referido artigo, dada pela Lei nº 11.464 de 2007, estipulou que o cumprimento das penas deverá ser iniciado no regime fechado. Ocorre que o STF já firmou tese de Repercussão Geral recente entendendo ser inconstitucional também este dispositivo, uma vez que deve ser considerado o artigo 33 do Código Penal para determinar o regime de pena inicial.

"É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal. [Tese definida no ARE 1.052.700 RG, rel. min. Edson Fachin, P, j. 2-11-2017, DJE 18 de 1º-2-2018, Tema 972.]".

A questão já havia sido consolidada pela jurisprudência do STF desde 2012 com o julgamento do HC 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Tóffoli, que declarou a inconstitucionalidade da fixação do regime inicial fechado na hipótese de crimes hediondos e equiparados.

No entanto como o próprio Ministro Edson Fachin afirmou no ARE 1052700 RG / MG, tal orientação era muitas vezes descumprida por se tratar de decisão proferida em sede de *Habeas Corpus*. Dessa forma foi necessária a promulgação da tese em cumprimento do princípio da individualização da pena.

#### 4.3. Definição de Crimes Hediondos

Para Antonio Lopes Monteiro um crime hediondo ocorreria:

"[...] toda vez que uma conduta delituosa estivesse revestida de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, seja ainda pela especial condição das vítimas." (1996, p. 15).

No Brasil, no entanto, de acordo com a Constituição, será hediondo o crime que a Lei definir como tal, sendo então hediondo aquele crime que a Lei 8.072 de 1990 o disser. "Assim, crime hediondo é simples e tão somente aquele que, independente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no art. 1º da lei." (MONTEIRO, 1996, p. 16).

No mesmo sentido:

"Dessa forma, não é "hediondo" o delito que se mostre "repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjeto, horroroso, horrível", por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador". (FRANCO, 2005, p. 99).

Os dois autores criticam então a definição de crime hediondo dada pelo legislador, uma vez que não será feita uma análise do caso em concreto, apenas será verificado se o

crime está na Lei ou não para rotulá-lo como hediondo.

#### 4.3.1. Tipos penais classificados como hediondos e equiparados

No Brasil são crimes hediondos:

- Homicídio quando praticado em atividade típica de extermínio, ainda que cometido por um só agente;
- Homicídio qualificado;
- Lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;
- Latrocínio;
- Extorsão qualificada pela morte;
- Extorsão mediante sequestro;
- Estupro;
- Estupro de vulnerável;
- Epidemia com resultado morte;
- Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;
- Crime de genocídio; tentado ou consumado
- Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável;
- Porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Já os crimes equiparados a hediondos são: Tortura, Tráfico ilícito de entorpecentes e Terrorismo.

## 5. LIVRAMENTO CONDICIONAL

### 5.1. Conceito e Natureza Jurídica

Fernando Capez traz uma definição objetiva de livramento condicional, estipulando que: "incidente na execução da pena privativa de liberdade, consiste em uma antecipação provisória da liberdade do condenado, satisfeitos certos requisitos e mediante determinadas condições." (2017, p. 524).

Para Antonio Lopes Monteiro:

"Trata-se, pois, de uma antecipação provisória da liberdade do preso, liberdade essa concedida sob certas condições e se cumpridos alguns pressupostos. Se o preso preencher todos os requisitos legais, o livramento condicional assume a natureza de um direito subjetivo e não pode ser considerado um favor." (2002, p. 143).

Nesse mesmo sentido Nucci também conceitua livramento condicional:

"Trata-se de um instituto de política criminal destinado a permitir a redução do tempo de prisão com a concessão antecipada e provisória da liberdade ao condenado, quando é cumprida pena privativa de liberdade, mediante o preenchimento de determinados requisitos e a aceitação de certas condições." (2014a, p. 503).

Faz-se necessário ainda citar a descrição do tema apresentada na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, uma vez que Nucci a descreveu como sendo "[...] ainda atual para a matéria" (2014a, p. 503).

"O livramento condicional é restituído à sua verdadeira função. Faz ele parte de um sistema penitenciário (*sistema progressivo*) que é incompatível com as penas de curta duração. Não se trata de um benefício que se concede por simples espírito de generosidade, mas de uma medida finalística, entrosada, num plano de política criminal. O Decreto 24.351, de 6 de junho de 1934, tornando possível a concessão do livramento condicional aos 'condenados por uma ou mais penas de mais de um ano', cede a razões de equidade, mas, é força reconhecê-lo, desatendeu à verdadeira finalidade desse instituto. É esta a última etapa de um gradativo processo de reforma do criminoso. [...]" (NUCCI, 2014a, p. 503-504).

Desse modo, pode-se entender o livramento condicional como um instituto e também como direito subjetivo do sentenciado que será concedido quando o preso preencher alguns requisitos, fazendo com que ele seja colocado novamente em liberdade, de forma

antecipada. No entanto, se o condenado não cumprir as condições impostas o livramento condicional, que tem caráter provisório, pode ser revogado.

A definição trazida por Mirabete demonstra a importância do instituto para o sistema penitenciário, uma vez que possibilita o retorno do sentenciado à vida em sociedade, com algumas restrições:

"Trata-se, assim, da concessão da liberdade provisória antes do termo final da pena privativa de liberdade, representando um estimulante para o condenado que vê a possibilidade de sair da prisão antes do tempo marcado na sentença, ao mesmo tempo em que é um freio que deixa entrever a revogação do benefício concedido se faltar ao cumprimento das obrigações que lhe são impostas. É uma etapa da pena, preparando o condenado para usar de sua liberdade definitiva, ou seja, uma fase necessária do sistema da execução, pelo qual a readaptação do condenado à vida livre desenvolve-se progressivamente." (2004, p. 550-551).

Quanto a sua natureza jurídica, Capez afirma que: "para Damásio, trata-se de forma de execução da pena privativa de liberdade; para Celso Delmanto, trata-se de direito público subjetivo do condenado de ter antecipada a sua liberdade provisoriamente, desde que preenchidos os requisitos legais". (2017, p. 524).

Por fim, Nucci atesta que:

"É medida penal restritiva da liberdade de locomoção, que se constitui num benefício ao condenado e, portanto, faz parte de seu direito subjetivo, integrando um estágio do cumprimento da pena. Não se trata de um incidente da execução, porque a própria Lei de Execução Penal não o considerou como tal [...]". (2014a. p. 504).

#### 5.1.1. Distinção com "Sursis"

Como bem assevera Fernando Capez:

"[...] no livramento condicional, o sentenciado inicia o cumprimento da pena privativa, obtendo, posteriormente, o direito de cumprir o restante em liberdade, sob certas condições; no *sursis*, a execução da pena é suspensa mediante a imposição de certas condições, e o condenado não chega a iniciar o cumprimento da pena imposta. Em outras palavras, o *sursis* suspende e o livramento pressupõe a execução da pena privativa de liberdade. Além disso, no livramento o período de prova corresponde ao restante da pena, enquanto na suspensão condicional esse período não corresponde à pena imposta." (CAPEZ, 2017, p. 524-545).

Dessa forma, a semelhança é que nos dois casos precisa haver uma condenação, e o condenado vai então cumprir algumas condições para estar em liberdade; mas no caso do livramento condicional um dos requisitos para ser posto em liberdade é o cumprimento de parte da reprimenda, enquanto que aquele beneficiado pelo *sursis* não chega a ir preso.

Outra diferença é que o livramento condicional vai persistir enquanto houver pena a ser cumprida, mas o período de prova do *sursis* não está condicionado ao tempo de condenação descrito na sentença.

Há ainda outra diferença entre os institutos, que será melhor explanada em relação ao livramento condicional após a apresentação dos seus requisitos. No entanto, cabe mencionar que uma pessoa só será beneficiada pelo *sursis* quando a sua pena não ultrapassar dois anos, ou quatro anos se for maior de 70 anos ou enfermo, nos termos do artigo 77 do Código Penal.

## 5.2. Requisitos

É do Juízo da Execução a competência para conceder o livramento condicional ao sentenciado, ao verificar se ele cumpre os requisitos objetivos e subjetivos existentes na Lei, não importando o regime de cumprimento de pena em que ele esteja.

### 5.2.1. Objetivos

São os previstos no artigo 83 do Código Penal:

- a. Pena privativa de liberdade;
- b. Quantidade de pena mínima de dois anos;
- c. Reparação do dano, salvo impossibilidade;
- d. Cumprimento de parte da pena.

Dessa forma, quanto ao primeiro requisito, observa-se que ele delimita a área de atuação do livramento condicional, não sendo possível então concedê-lo ao condenado à pena restritiva de direitos e de multa.

Para atingir o requisito de pena igual ou superior a dois anos é permitido somar todas

as penas impostas ao executado, sendo "[...] indiferente que nenhuma delas, isoladamente, alcance esse tempo". (MIRABETE, 2004, p. 553). No entanto, "[...] as penas que devem ser somadas são aquelas por cumprir e não outras já cumpridas e declaradas extintas anteriormente." (MIRABETE, 2004, p. 553).

Quanto ao requisito de reparação do dano, Mirabete afirma que:

"Não pode, pois, beneficiar-se com o livramento condicional o condenado que, não demonstrando haver satisfeito as obrigações civis resultantes do crime, que é um efeito da condenação (art. 91, inciso I, do CP), igualmente não faça a prova da impossibilidade de reparar o dano causado pelo delito." (2004, p. 555).

Ainda sobre a reparação, Capez aponta que: "[...] a iniciativa de reparação do dano é do sentenciado, a ele cabe a satisfação do débito, não sendo suprida com a apresentação de certidão negativa" (2017, p. 525).

Tal condição, no entanto, não funciona como barreira àquele impossibilitado economicamente de reparar o dano, uma vez que se observa além da hipossuficiência do preso, o pedido do ofendido, o perdão dele, entre outras situações. (MIRABETE, 2004, p. 555).

A última exigência pode variar de acordo com algumas circunstâncias:

"[...] mais de 1/3, desde que tenha bons antecedentes e não seja reincidente em crime doloso; mais da metade, se reincidente em crime doloso; entre 1/3 e a metade, se tiver maus antecedentes mas não for reincidente em crime doloso; mais de 2/3, se tiver sido condenado por qualquer dos crimes previstos na Lei n. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos)". (CAPEZ, 2017, p. 525).

Apesar desse entendimento de Capez, de acordo com o HC 57300 SP 2006/0076366-3, julgado no STJ com relatoria do Ministro Gilson Dipp, ao apenado que possuir maus antecedentes será necessário cumprir apenas 1/3 da pena, incidindo o inciso I, do art. 83, uma vez que não é possível dar interpretação ampla às regras que restringem direitos para prejudicar o réu.

Portanto o que se entende no tocante aos maus antecedentes é que eles acabam não afetando na constatação do requisito temporal, pois a lei determinou que somente os reincidentes em crimes comuns terão que cumprir metade da pena para atingirem o lapso do livramento condicional, ficando em silêncio quanto aos maus antecedentes.

Há ainda a proibição da obtenção do livramento condicional ao reincidente específico



em crime hediondo e equiparados, que será devidamente abordada mais adiante.

Insta salientar que:

"Nos termos da Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal, a unificação das penas para 30 anos em atendimento ao art. 75 do Código Penal não é considerada para a concessão do livramento ou de outros benefícios, devendo incidir sobre o total das penas o cálculo do tempo de cumprimento exigível." (MIRABETE, 2004, p. 553).

### 5.2.2. Subjetivos

São os seguintes:

- a. Comportamento satisfatório durante a execução da pena;
- b. Bom desempenho no trabalho;
- c. Aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;
- d. Verificação da cessação de periculosidade para aqueles que cometeram crimes dolosos mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

A análise comportamental do sentenciado observará, dentre outras coisas, o cometimento de faltas dentro da unidade carcerária, as condutas do preso quando em meio livre (trabalho externo) e sua relação com os outros detentos. Nesse sentido preceitua Mirabete:

"O comportamento satisfatório é um índice importante de adaptação social que há de ser verificado de atos positivos do sentenciado, não bastando a simples abstenção de faltas disciplinares; deflui da boa convivência do sentenciado com os companheiros de prisão, da aplicação nos estudos, do intercâmbio com a família. [...]" (2004, p. 561).

Quanto ao bom desempenho no trabalho, também será considerado trabalho para aferição da condição aquelas atividades realizadas no meio externo, sendo que "a omissão do Poder Público na atribuição de trabalho ao condenado não impede a concessão do benefício." (CAPEZ, 2017, p. 527).

Com o requisito da aptidão "[...] presume-se que, com o seu esforço, pode deixar a prisão em condições de prover a subsistência própria no desempenho de atividade laborativa honesta". (MIRABETE, 2004, p. 562).

No entanto, não é necessário que exista uma proposta de emprego formal, apesar de ser um grande demonstrativo da possibilidade de retorno à vida em sociedade, como pode-se concluir com a seguinte proposição: "A proposta de emprego, embora não imprescindível, é a comprovação de que o condenado preenche o requisito exigido." (MIRABETE, 2004, p. 562).

Já no tocante à verificação de cessação de periculosidade, esta pode ocorrer com o exame dos elementos da execução do condenado ou pelo chamado Exame Criminológico, "para a constatação de condições pessoais que façam presumir não volte o sentenciado a delinquir." (MIRABETE, 2004, p. 563).

Ocorre que o exame criminológico deixou de ser obrigatório porque o artigo 112 da Lei de Execução Penal teve sua redação modificada pela Lei nº 10.729/03, portanto o réu poderá obter a progressão ou o livramento condicional apurando-se o lapso e seu bom comportamento carcerário, comprovado por atestado do diretor do estabelecimento prisional.

Ainda nesse sentido, a Súmula 439 do STJ determina que o sentenciado somente pode ser submetido ao exame criminológico se houver decisão motivada do juiz, sendo assim a realização do exame deixou de ser a regra geral para ser então utilizado somente em casos específicos com comprovação de sua necessidade.

A redação da Súmula é a seguinte: "Súmula 439 - Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. (Súmula 439, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)".

### 5.3. Vedação do Artigo 83, Inciso V, CP

Está disposto no artigo 83, inciso V, do Código Penal que:

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

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

Tal inciso foi acrescentado ao código penal pelo artigo 5º da Lei n. 8.072/90, tendo sido adicionado recentemente o crime de tráfico de pessoas pela Lei n. 13.344/16.

Salienta Capez que:

"Deve-se observar, contudo, que, para que prevaleça a vedação do art. 83, V, do CP, é necessário que ambos os delitos tenham sido cometidos após a entrada em vigor da Lei n. 8.072/90, pois, se um deles foi praticado antes, não haverá reincidência específica, nem proibição de obter o livramento condicional." (2017, p. 526).

Está também disposto na Lei n. 11.343 de 2006 que:

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico."

Para melhor entendimento, Mesquita Júnior traz alguns casos distintos para demonstrar as várias vertentes sobre o assunto:

"Sendo Tício condenado a 6 anos no processo 'A' e declarado primário em crime hediondo neste processo; também Tício é condenado a 6 anos e declarado reincidente específico em crime hediondo no processo 'B'. Deverá cumprir 6 anos, porque reincidente específico no processo 'B', mais 4 anos, porque primário no processo 'A', totalizando 10 anos, antes da concessão do benefício do livramento condicional." (2007, p. 251).

Em relação a essa hipótese levantada, verifica-se que no tocante ao crime hediondo o réu terá que cumprir toda a pena, podendo então ser beneficiado pelo livramento condicional em relação ao outro delito.

Segundo caso:

"Assim, se Tício é condenado a 3 anos por tráfico ilícito de entorpecente [...], sendo considerado primário, mas volta a ser condenado a 20 porque praticou latrocínio (CP, art. 157, § 3º, *in fine*), sendo declarado reincidente na sentença, não poderá obter nenhum benefício, nem o livramento condicional, eis que reincidente em crime abrangido pela Lei nº 8.072/1990." (2007, p. 251).

Neste segundo caso, o qual demonstra o posicionamento do autor, os crimes devem ser apurados de forma conjunta, ou seja, como os dois crimes são considerados hediondos ou equiparados ele ficará impossibilitado de receber o livramento condicional durante todo o cumprimento da pena.

Se for condenado, por exemplo, por um crime não hediondo ou equiparado e outros

dois hediondos, sendo considerado reincidente, o réu teria que cumprir a pena dos delitos hediondos, podendo ser concedido a ele o livramento condicional no delito não hediondo. (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 251).

### 5.3.1. Reincidente Específico

Antes da continuação do estudo acerca da vedação, surge o seguinte questionamento: Quem é o reincidente específico tratado nas Leis citadas? Aqui se encontra uma das maiores polêmicas da matéria.

Primeiramente o conceito de reincidente: "é o condenado que ainda não teve extinta a pena anterior, ou que, mesmo que extinta, cometeu os novos crimes antes de transcorrer 5 anos, contados da extinção da punibilidade (CP, arts. 63 e 64)". (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 250).

Alberto Silva Franco critica a falta de um conceito para reincidência específica na Lei de Crimes Hediondos:

"No baú dos trastes penais, num canto de entretecidas teias de aranha, o legislador de 90 descobriu o conceito já tão dilapidado de "reincidência específica" e cuidou de reanimá-lo. Ao dar-lhe nova vida, não se preocupou, contudo, em redefini-lo para efeito de alargar ou de restringir sua conhecida área de significado." (2005, p. 198-199).

Nucci afirma existirem três entendimentos acerca da reincidência específica, tendo ele escolhido o modelo mais desfavorável ao réu:

"Há três posições acerca da reincidência específica: a) quem torna a praticar qualquer dos crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos (ex.: latrocínio + tráfico de entorpecentes); b) quem torna a praticar crime da mesma natureza, ou seja, que protege o mesmo bem jurídico (ex.: extorsão mediante sequestro + latrocínio); c) quem torna a praticar o mesmo tipo penal (ex.: estupro + estupro). Neste caso, já que a lei não definiu o que vem a ser reincidência específica, cremos ser mais adequada a primeira posição, pois todos os delitos da Lei 8.072/90 receberam o mesmo tratamento, de modo que a sua reiteração é igualmente perniciosa à sociedade." (2014a, p. 505).

Dessa forma, reincidente específico aqui será aquele que cometer crimes previstos na Lei nº 8.072/90, e não aquele que cometer o mesmo delito por duas vezes, atingindo então um maior número de condenados. (CAPEZ, 2017, p. 526).

Thaís Vani Bemfica defende o contrário, tendo afirmado que: "[...] tecnicamente não se aceita que a reincidência específica seja admitida quando o crime praticado não seja do mesmo tipo do anterior." (1998, p. 56).

A autora ainda afirma que o seu entendimento é o correto uma vez que "Ademais, não fosse assim, o legislador optaria pelo simples uso da palavra reincidência, em consonância com o que consta do art. 61, I, do Código Penal." (BEMFICA, 1998, p. 56).

Nesse mesmo sentido defende Alberto Silva Franco ao afirmar que:

"Não se trata, no caso, de uma reincidência qualquer, isto é, do cometimento pelo agente de um novo crime, indiferentemente de seus caracteres fundamentais, depois do trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado por crime anterior. A reincidência que deve ser levada em conta, tem características próprias, exclusivas: tem sua especificidade. E tal especificidade reside, exatamente, na comunicabilidade dos dados de composição típica dos dois delitos. [...]" (2005, p. 199).

Para ele se deve buscar a definição clássica, na qual será reincidente quem praticar crimes idênticos e quem praticar crimes com características em comum que podem ser a natureza dos fatos ou os motivos que levaram a pessoa a cometer novamente um crime. (FRANCO, 2005, p. 200).

"Natural, portanto, que se considere reincidente específico quem praticou, obedecidos os termos do art. 63 do Código Penal, dois estupros ou dois atentados violentos ao pudor, ou quem realizou um latrocínio e, depois, uma extorsão qualificada pelo resultado morte." (FRANCO, 2005, p. 200-201).

### 5.3.2. Posições Doutrinárias acerca da Vedação

Muitos autores não se manifestam de forma clara acerca de seu posicionamento contrário ou favorável à vedação, desse modo pode-se entender que a maioria dos autores não discorda da vedação, pois apenas a explicam como norma vigente. No entanto aqueles que assumem a posição contrária, fazem-no de forma categórica.

Mesquita Júnior declara que "[...] o espírito da norma, por nós considerada inconstitucional - ressalta-se -, é de não favorecer o condenado com qualquer benefício, nem mesmo com livramento condicional." (2007, p. 252).

Mirabete se resume a expor os motivos da lei, sendo que para ele "A vontade da lei é a

de tratar mais severamente os autores dos definidos como crimes hediondos, bem como os demais por ela mencionados [...]” (MIRABETE; FABBRINI, 2017, p. 618).

Por fim, Thaís Vani Bemfica argumenta que se deve utilizar o exame criminológico para apurar se o réu pode ou não ser progredido, sendo ilógico deixar preso uma pessoa que poderia voltar à sociedade. (1998, p. 57-58).

"Diga-se que não se estudam os homens considerados em geral, mas o caráter de cada um. Não se condena com mais violência pelo passado, porque a pena é uma projeção para o futuro, e a simples relação de causalidade entre o fato e seu autor, anteriormente condenado, não pode, cientificamente, tê-lo como sonalidade, sem que se descuidem dos fatores exógenos, outros elementos geradores da delinquência, e medidas para contê-lo. [...]"

Uma disposição penal que inadmita o livramento não é apenas retrógrada: é degenerada, mormente porque pode ser aplicada contra santos e bandidos, jogando perigosos e não perigosos no mesmo caldo de cultura da micro biogenia dos presídios em que eventuais predisposições para o crime se explodem, com nítidos prejuízos ao condenado, à sua família e à sociedade" (BEMFICA, 1998, p. 58).

Portanto, verifica-se aqui que os argumentos contrários ao impedimento do livramento condicional são vários, podendo-se citar que a simples existência de um processo anterior não é fundamento idôneo para proibir o réu de retornar a sociedade, uma vez que será negada até mesmo a análise de sua habilitação para retornar ao convívio social.

Essa falta de análise do caso é contrária a individualização da pessoa que se torna novamente condenada pelos mesmos fatos que a colocaram na prisão e, nas palavras de Roberto Lyra citado por Thaís Vani Bemfica, "se a repressão prevenisse a incidência e a reincidência, as sementes da criminalidade teriam sido perdidas para sempre com o primitivismo e o absolutismo". (LYRA, 1977, apud BEMFICA, 1998, p. 59).

### 5.3.3. Jurisprudência

Em primeiro lugar, cita-se um *Habeas Corpus* recente julgado pelo STJ no qual é possível ver que a jurisprudência é adepta à vedação e é possível ver também que o reincidente específico para os Tribunais Superiores é aquele que pratica crimes da mesma natureza:

"PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. [...] PRESCINDIBILIDADE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. REINCENTE ESPECÍFICO. VEDAÇÃO. CRIME ANTERIOR GERADOR DA REINCENTÊNCIA. PREVISÃO NO MESMO TIPO PENAL DO QUE O PRATICADO POSTERIORMENTE. PRESCINDIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] IV - Embora a jurisprudência desta Corte Superior considere que o crime de associação para o tráfico de entorpecente não é hediondo ou equiparado, por não constar no rol dos artigos 1º e 2º, da Lei n. 8.072/90, o art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, além de estabelecer prazo mais rigoroso para o livramento condicional, veda a sua concessão ao reincidente específico. V - Para fins de reincidentência específica, o crime anterior gerador da reincidentência não precisa, necessariamente, estar previsto no mesmo tipo penal do que aquele praticado posteriormente, pois basta a reincidentência específica em crimes dessa natureza, ou seja, aqueles dispostos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006. Ademais, não é necessário que o crime anterior, gerador da reincidentência, tenha sido praticado na vigência da Lei n. 11.343/2006. VI - In casu, após o paciente ter praticado o crime de tráfico de drogas em 4/2/2005, cuja condenação transitou em julgado em 27/11/2006, sofreu nova condenação pelos delitos de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, tráfico e associação para o tráfico na vigência da nova Lei de Drogas (fato praticado em 23/10/2011 e trânsito em julgado certificado em 18/11/2013), sendo, portanto, reincidente específico. Habeas corpus não conhecido." (HC 372.365/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017) grifo nosso.

No entanto, é imperioso destacar duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Inicialmente cita-se decisão do STF em que a Ministra Cármen Lúcia entendeu ser possível conceder o livramento condicional ao réu pelo princípio da individualização da pena, no julgamento da Reclamação nº 15.083.

Em resumo, a Defesa do sentenciado Marco Antônio Gomes Veiga requereu perante a Vara de Execuções Criminais do Rio de Janeiro a concessão do livramento condicional, que foi indeferido sob o argumento de ele ser reincidente específico, com fundamento no artigo 83, inciso V, CP.

Foi então impetrado pela Defesa *Habeas Corpus* sob o número 0053756-02.2012.8.19.0000 no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sendo distribuído à Quinta Câmara Criminal, requisitando a modificação da decisão.

A Quinta Câmara Criminal concedeu em parte o HC e determinou que outra decisão fosse proferida pelo Juízo da Execução analisando-se os requisitos do artigo 83, CP, mas afastando-se o inciso V e o artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/06.

Cabe aqui mencionar parte da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO QUINTA CÂMARA CRIMINAL. HABEAS CORPUS. PROCESSO ELETRÔNICO Nº 0053756-02.2012.8.19.0000 IMPETRANTE/PACIENTE: MARCO ANTONIO GOMES VEIGA. AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS. RELATOR: DES. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID. [...] Com o julgamento do HC 82.959 pelo STF e com o advento da referida norma, que alterou a Lei de Crimes Hediondos para admitir a progressão de regime aos reincidentes, é possível reconhecer que houve a derrogação tácita do artigo 83, inciso V, parte final, do Código Penal, bem como do artigo 44, parágrafo único, parte final, da Lei 11.343/2006. 3. Em verdade, a progressão de regime e o livramento condicional são institutos autônomos e possuem natureza jurídica diversa, contudo, ambos compõem o sistema progressivo para a execução da pena e visam à regeneração do apenado. Assim, vedar ao reincidente específico o direito ao livramento condicional implica em retirar-lhe o direito de que o juiz da execução penal aprecie sua condição de retornar ao convívio social, ferindo, portanto, o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5.º, XLVI da Constituição da República. 4. Ordem parcialmente concedida, no sentido de ser cassada a decisão impugnada, para que outra seja proferida, com o exame acerca do preenchimento dos requisitos legais, afastando-se a vedação constante no artigo 83, inciso V, última parte, do Código Penal, bem como no artigo 44, parágrafo único, parte final, da Lei 11.343/06" (TJ-RJ - HC: 0053756-02.2012.8.19.0000, Relator: DES. CAIRO ITALO FRANÇA DAVID, Data de Julgamento: 22/11/2012, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/03/2013).

O Ministério Público do Rio de Janeiro interpôs Reclamação com pedido de medida liminar no STF alegando que o *Habeas Corpus* citado, ao afastar a aplicação do art. 83, V, CP, e art. 44, parágrafo único, Lei nº 11.343/06, teria desrespeitado a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que estaria declarando ser inconstitucional os artigos que vedam o livramento condicional.

A Relatora Ministra Cármen Lúcia indeferiu a liminar requerida pelo Ministério Público afirmando que a reclamação carecia de plausibilidade jurídica. Ela afirmou que não há contrariedade à Súmula, pois a vedação não foi afastada, somente foi julgada pelos Desembargadores sob o viés do princípio da individualização da pena.

"[...] Assim, neste exame preambular, não se tem contrariedade à Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal por inobservância do princípio da reserva de plenário, pois a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não afastou a vedação ao livramento condicional previsto no art. 83, inc. V, do Código Penal e no art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006. A autoridade reclamada restringiu-se a fazer a leitura do art. 83, inc. V, do Código Penal, do art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, e do art. 2º § 2º, da Lei n. 8.072/1990, considerando o princípio



constitucional da individualização da pena." (Rcl. 15083 MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 01/02/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07/02/2013 PUBLIC 08/02/2013).

Ocorre que a Reclamação foi julgada prejudicada posteriormente tendo em vista que ela perdeu seu objeto, pois o sentenciado havia cumprido integralmente sua pena privativa de liberdade no momento do julgamento.

Após a primeira decisão apresentada, o STF julgou em sede de Recurso Ordinário em Habeas Corpus de nº 135.151, proveniente do Estado de Minas Gerais, que decisões que impedem a concessão do livramento condicional em razão da reincidência específica estão de acordo com o entendimento do STJ e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais de que não há inconstitucionalidade na norma do art, 83, V, do CP.

Tal RHC, julgado em 23 de setembro de 2016, tem como Relator o Ministro Gilmar Mendes; logo é a última decisão do STF sobre o tema e segue a corrente majoritária que mantém a vedação.

No entanto cabe ainda citar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na data de 26 de outubro de 2016, ou seja, posterior à decisão do STF, na qual foi novamente verificada a possibilidade do livramento condicional mesmo ao reincidente se o réu cumprir os outros requisitos dispostos na lei.

Trata-se de acórdão proferido nos autos do processo 9000185-91.2016.8.26.0625, após agravo em execução interposto pela Defensoria da cidade de Taubaté e de Relatoria do Desembargador Paulo Rossi, no qual foi determinado que a Vara das Execuções Criminais proferisse outra decisão desconsiderando o inciso V, do art. 83, CP.

Dessa forma, conclui-se que o tema não é de forma alguma pacífico e que apesar de o STF ter decidido pela manutenção da vedação, é possível ainda ver decisões divergentes que concedem o livramento.

Assim é possível, mesmo com a vedação, conceder o livramento condicional sem ferir o ordenamento jurídico vigente observando-se o princípio constitucional da individualização da pena.

Portanto, o que se defende aqui é que tal vedação seja revista e que haja a análise do caso em concreto, verificando-se os outros requisitos da lei para que uma pessoa que demonstra ter assimilado a terapêutica penal possa retornar ao convívio fora do encarceramento, o que também resultaria na estabilização da jurisprudência.

#### 5.3.4. Análise constitucional

Novamente citando os julgados acima mencionados e o princípio da individualização da pena mencionado no início do trabalho, parece ser inconstitucional um artigo que proíba o efetivo cumprimento de tal princípio.

Tal questionamento acerca da constitucionalidade da norma é assunto que, apesar de sua relevância, não é abordado com a devida atenção, como afirma Nelson Nery Junior:

"A alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida e na extensão em que deveria, caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe à contraparte ou ao Estado". (2017, p. 54-55).

Ele defende que em primeiro lugar deve-se analisar a Constituição Federal para a prolação de uma decisão, e somente após tal análise, deve-se observar a legislação infraconstitucional. (NERY JUNIOR, 2017, p. 55). Sendo assim, "Caso a lei infraconstitucional esteja em desacordo com o texto constitucional, não deve, por óbvio, ser aplicada." (NERY JUNIOR, 2017, p. 55).

No presente caso, entende-se pela inconstitucionalidade do óbice imposto pela lei infraconstitucional, uma vez que ele fere diversos princípios como o princípio da humanização da pena e da individualização da pena, além de atentar contra a ressocialização do réu.

No entanto, como tal discussão ainda carece de uma maior exploração, o que já se tornou realizável é a possibilidade do Poder Judiciário, dentro de um caso remetido a ele, deixar de aplicar uma norma naquele caso por entender ser inconstitucional.

"Em conclusão, a nosso ver somente é regular o *controle concreto* de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário (v.g. STF) dentro do exercício constitucional e regular de resolver conflitos, isto é, solucionando a lide que o jurisdicionado lhe submeter. Em outras palavras, o organograma do Estado brasileiro permite, *legitimamente*, ao STF e aos demais órgãos do Poder Judiciário, reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo, apenas para deixar de aplicá-la ao caso concreto. [...]" (NERY JUNIOR, 2017, p. 64).

Dessa forma, é lícita e legítima uma decisão que conceda o livramento condicional ao reincidente específico analisando-se o contexto fático do executado.

#### 5.4. Condições do livramento condicional

As condições estão previstas no artigo 132 da Lei de Execução Penal, estando divididas em obrigatórias no § 1º do artigo e facultativas no § 2º.

De acordo com Nucci as condições obrigatórias:

São as seguintes: a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto ao trabalho. Nesse caso, o juiz deve ter redobrado bom senso, pois pessoas sem qualquer condenação têm encontrado dificuldades para arranjar um emprego, quanto mais o sentenciado em liberdade condicional; b) comunicar ao juízo sua ocupação periodicamente; c) não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização (art. 132, § 1º, LEP). (2014a, p. 510).

Já as facultativas "São elas: a) não mudar de residência sem comunicação ao juízo e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; b) recolher-se à habitação em horário fixado; c) não frequentar determinados lugares (art. 132, § 2º, LEP)." (NUCCI, 2014a, p. 510).

##### 5.4.1. Causas para a revogação

As causas para a revogação também são divididas em obrigatórias (art. 86, CP) e facultativas (art. 87, CP).

Sendo assim são causas obrigatórias o cometimento de novo crime durante a vigência do benefício e condenação por crime anterior ao livramento fazendo com que a soma das penas se torne incompatível com o benefício, ou seja, com a soma o sentenciado não teria cumprido a quantidade de pena necessária para a concessão.

São consideradas condições facultativas de revogação, ou seja, quando o juiz pode escolher se há necessidade de revogação, quando o réu deixa de cumprir as condições citadas anteriormente, podendo ainda o juiz aumentar as condições antes de revogar o benefício, ou se suceder uma condenação irrecorrível por crime ou contravenção com pena não privativa de

liberdade.

#### 5.4.2. Efeitos da revogação

Os efeitos também estão dispostos no Código Penal, em seu artigo 88:

Art. 88 - Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Dessa forma, se o sentenciado perder o livramento condicional na hipótese de condenação por crime anterior ao benefício, ele ainda poderá obter novo livramento e o tempo gozando do benefício entra para o cálculo de pena, no entanto se ocorrer a revogação pelos outros motivos, ele não poderá obter novo livramento por essa pena e o tempo que ele ficou em liberdade não conta como pena cumprida.

## 6. CONCLUSÃO

No presente trabalho foram apresentados todos os argumentos que fazem parecer incorreta e inadequada tal vedação frente ao atual cenário social brasileiro, e que demonstram a sua inconstitucionalidade.

Pelos princípios expostos, que determinam a proteção da pessoa de forma ampla, até mesmo perante o próprio Estado, e que devem funcionar como base das leis tendo em vista a sua posição na Constituição Federal, principalmente no tocante às leis restritivas de direitos que devem atentar para a sua necessidade e proporcionalidade para atingir a justiça efetiva, verifica-se que as leis deveriam respeitar e dar tratamento diversificado a cada caso, buscando um chamado equilíbrio e mantendo-se a dignidade humana, o que não ocorre com a barreira levantada contra o reincidente específico que impede a análise de seu caso.

Verifica-se do mesmo modo, ao vislumbrar a importância do Direito de Execução Penal, responsável não só pela aplicação da pena, mas também pela reabilitação do sentenciado, uma vez que em cumprimento à finalidade das penas, ele é responsável por aplicar o sistema progressivo a partir do princípio da individualização da pena, que esse ramo do Direito não atua de forma correta se ele observa a vedação, pois é impossível atingir a reabilitação se houver a impossibilidade de sair do ambiente carcerário.

Até mesmo quando observa-se a Lei de Crime Hediondos percebe-se que apesar da reprovabilidade dos crimes ali delineados, a lei não foi capaz de diminuir a prática de tais delitos com sua rigidez, e já foi considerada inconstitucional a obrigatoriedade de cumprimento da pena inteiramente em regime fechado em função do princípio já citado da individualização da pena, e já houve mudança de entendimento nas Cortes brasileiras quanto a exigência de iniciar-se a pena no regime mais gravoso, sendo assim não é a dureza de uma lei que a torna correta ou não, mas sim a diferença que ela faz para melhorar a sociedade.

E, no tocante ao próprio livramento condicional, que é um direito subjetivo, ou seja, que deve ser concedido ao réu quando ele atinge os requisitos da lei fazendo com que ele passe por uma fase necessária para o total retorno ao convívio social, parece contraditório existir algo que impeça alguém de obter esse direito subjetivo ao impedir-se a análise do caso em concreto em virtude de uma repressão ineficaz que pune o réu duas vezes por um mesmo fato, ainda mais quando não há nem uma definição de reincidente específica pacífica entre os estudantes do assunto.

No entanto, tão grave quanto a própria desnecessidade da proibição é a falta de

discussão do tema que traz como consequência uma pluralidade de decisões sobre o mesmo fato e que fazem questionar as consequências de normas que, para muitos, são inconstitucionais, mas que deixam de ser discutidas de forma apropriada por, talvez, falta de interesse.

Verifica-se então que cada caso pode ser julgado de forma diferente, mas que essa diferença não leva em consideração os aspectos e características do acontecido, como foi provado ser possível, o que acarreta insegurança e um sentimento de injustiça àquele que não conseguiu uma decisão favorável.

Resta claro que a vedação não atende aos objetivos pelos quais foi criada, mas que a maioria dos julgadores continua aplicando sem contestar a sua validade simplesmente porque está exposta na lei.

Os Tribunais estaduais e até mesmo os Tribunais Superiores brasileiros já apresentam algumas poucas decisões favoráveis à concessão e que abrem o caminho para a discussão do tema, sendo que já se torna possível, em casos individuais, a concessão do livramento condicional ao analisar-se as leis infraconstitucionais, observando-se a Constituição Federal e seus princípios.

O que parece ser correto então é a necessidade de ser revisto o inciso V, do artigo 83, Código Penal, para que a lei possa ser aplicada de forma igual a todos, uma vez que não haveria mais a necessidade de se questionar a sua constitucionalidade.

## 7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEMFICA, Thaís Vani. **Crimes hediondos e assemelhados: questões polêmicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO, DE 05 DE OUTUBRO DE 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 Mai. 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 10 Mai. 2018.

BRASIL. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. **Lei de Execução Penal**, Brasília, DF, jul. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 12 Jun. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 32. ed. São Paulo, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

STF. HABEAS CORPUS: HC 372.365/RJ. Relator: Ministro Felix Fischer. Dj: 25/10/2017. **Portal Justiça**, 2018. Disponível em: <<http://www.portaljustica.com.br/acordao/2075647>>. Acesso em: 22 Ago. 2018.

STF. RECLAMAÇÃO: Rcl 15083 MC. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Dj: 07/02/2013. **Portal Jurisprudência STF**, 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+15083%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a5mnjy>>. Acesso em: 23 Ago. 2018.

TJ-RJ. HABEAS CORPUS: HC 0053756-02.2012.8.19.0000. Relator: Desembargador Cairo Italo França David. Dj: 12/03/2013. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115068846/habeas-corpus-hc-537560220128190000-rj-0053756-0220128190000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 Ago. 2018.