

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 57 - Janeiro-Março/2021

Pacote Anticrime e temas atuais de Processo Penal



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

A contagem de prazos para o benefício da progressão de regime na execução penal e a jurisprudência dos tribunais superiores

*Adjair de Andrade Cintra*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Apresentação

O presente trabalho tem por objetivo analisar a evolução da progressão de regime no sistema penal brasileiro, em relação à forma da contagem de prazos para a obtenção de benefícios de progressão de regime, do fechado para o semiaberto e do semiaberto para o aberto, tomando-se por base a Lei das Execuções Penais e suas alterações, bem como a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores em relação a tal matéria.

2. A progressão de regime

O Código Penal (com a redação da nova parte geral decorrente da Lei 7.209/1984) estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade de maneira escalonada em regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto) em razão da quantidade de pena e gravidade do crime praticado, e a Lei das Execuções Penais (Lei 7.210/1984) estabelece que essa pena privativa de liberdade aplicada será cumprida de forma progressiva entre tais regimes, com a possibilidade do sentenciado passar do regime mais gravoso para o menos gravoso, com eventual regressão de regime, como forma de sanção pelo descumprimento de alguma regra do regime em que se encontra.

Apesar do regime progressivo não ser uma inovação de tais diplomas legislativos, uma vez que a redação original do Código Penal de 1940 já trazia a possibilidade de transferência para colônia penal ou estabelecimento similar após cumpridas determinadas frações da pena², e a Lei 6.416/1977 já havia introduzido no mesmo código os regimes fechado, semiaberto e aberto a forma de progressão de regime³, as Leis 7.209/1984

¹ Titular da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Guarulhos. Mestre e Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Professor universitário.

² Art. 30 [...]

§ 2º O recluso de bom procedimento pode ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar:

I – se já cumpriu metade da pena, quando esta não é superior a três anos;

II – se já cumpriu um terço da pena, quando esta é superior a três anos.

³ Art. 30. § 2º O trabalho externo é compatível com os regimes fechado, semi-aberto e aberto, desde que tomadas as cautelas próprias, contra a fuga e em favor da disciplina; os condenados que cumprem pena em regime fechado somente se dedicarão a trabalho externo em serviços ou obras públicas, sob vigilância do pessoal penitenciário.

§ 5º O condenado não perigoso, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime semi-aberto, desde o início, ou, se ultrapassar, após ter cumprido um terço dela em regime fechado.

I – Se a pena não for superior a quatro anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime aberto, deste o início, ou,

a) se for superior a quatro até oito, após ter cumprido um terço em outro regime;

b) se for superior a oito, após ter cumprido dois quintos em outro regime.

II – Observados os termos do caput deste artigo e os deste parágrafo, e guardada a separação dos presos provisórios, a pena poderá ser cumprida em prisão da comarca da condenação ou da residência do condenado.

e 7.210/1984, elaboradas simultaneamente, deveriam apresentar um sistema coeso entre aplicação e execução da pena, em especial no que tange aos benefícios desta última, mormente tendo em vista que tais diplomas legais foram produzidos num momento de redemocratização e revalorização do indivíduo e de suas liberdades.

Entretanto, se por um lado o sistema de aplicação da pena foi amplamente desenvolvido, o mesmo não se pode dizer sobre as regras da execução da pena. Ainda que vários benefícios tenham sido estabelecidos, o legislador não conseguiu antever diversas regras necessárias para a aplicação de tais benefícios ante os inúmeros incidentes que podem ocorrer no curso do cumprimento de uma pena privativa de liberdade, em especial as penas longas. Vejamos.

O Código Penal, com a redação da Lei de 1984, estabelece a forma de aplicação do regime inicial de cumprimento de pena e determina que esta pena será cumprida de forma progressiva, segundo o mérito do condenado:

Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º – Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;*
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;*
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.*

§ 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

§ 3º – A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 6º Deverão ser regulamentadas por lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente, as seguintes concessões a serem outorgadas pelo juiz, a requerimento do interessado, seu cônjuge ou ascendente, ou na falta desses, de descendente, ou irmão, ou por iniciativa de órgão para isso competente, ou, ainda, quanto às três primeiras, também de ofício:

I – cada um dos três regimes, bem como a transferência e o retorno de um para outro;

II – prisão-albergue, espécie do regime aberto;

[...]

VII – licenças periódicas, combinadas ou não com as concessões dos incisos IV e V deste parágrafo, para visitar a família e ir à sua igreja, bem como licença para participar de atividades que concorram para a emenda e reintegração no convívio social, aos condenados que estão em regime aberto e, com menos amplitude, aos que estão em regime semi-aberto.

A forma de progressão de regime, por sua vez, veio especificada na Lei das Execuções Penais, em seu texto original:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

A progressão de regime, desta forma, estava condicionada ao preenchimento de requisitos objetivo, o cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior, e subjetivo, o mérito a indicar a progressão, analisada especialmente através de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, a ser elaborado por um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social (art. 7º da LEP).

O legislador de 1984 trabalhou visualizando um mundo ideal. Não há dúvida que este modelo, onde o sentenciado seria submetido a uma avaliação inicial (art. 8º da LEP) e outra no momento da obtenção do requisito objetivo para a progressão, não se excluindo eventuais avaliações intermediárias, seria o ideal para avaliar o mérito do sentenciado e sua evolução no caminho da ressocialização.

Todavia, não contou o legislador com as agruras do mundo real. O imprevisto crescimento exponencial da população carcerária, crescimento este não acompanhado pelo aumento no número de unidades prisionais, tampouco no número de profissionais para a elaboração de parecer e de exame criminológico, gerou uma distorção na ideia original.

O exame criminológico inicial deixou de existir, sendo substituído por uma classificação com base em dados meramente objetivos (tipo penal e existência de reincidência), às vezes acompanhado de entrevista com a direção de segurança da unidade prisional, para fins de organização penitenciária, sem a coleta de dados para embasar decisões judiciais.

Situação ainda pior se deu com o exame criminológico para a progressão de regime. Sendo a elaboração de tal exame considerado na jurisprudência um pré-requisito para a progressão de regime, e sendo o número de profissionais necessários para sua elaboração absolutamente incompatível com o imenso número de pessoas cumprindo pena encarceradas, criou-se um gargalo no sistema.

Cumprida a fração de pena necessária para a progressão de regime, o exame criminológico era requisitado pelo juízo ou solicitado pela própria parte (neste caso como forma de acelerar o procedimento). Porém, a elaboração de tal exame levava muitos meses. Em muitos casos, como em um roubo com uma pena de 5 anos e 4 meses, a espera pelo exame criminológico superava o próprio requisito objetivo. Ou seja, o sentenciado cumpria 1/6 da pena para obter o requisito objetivo para a progressão de regime, e depois aguardava por mais cerca de 1/6 da pena para a elaboração do exame criminológico.

E isto leva a um efeito “bola de neve”. A superlotação das unidades prisionais leva à demora na elaboração do exame criminológico, e a demora na elaboração do exame criminológico leva à permanência do sentenciado na unidade prisional por mais tempo, o que aumenta ainda mais a sua superlotação.

Em razão disto, entendeu por bem o legislador mudar a redação do artigo 112 da Lei das Execuções Penais, através da Lei 10.792/2003, excluindo a necessidade do parecer e do exame criminológico, restringindo o requisito subjetivo ao bom comportamento carcerário:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Trata-se de uma opção de política criminal em detrimento a uma análise criminológica do sentenciado. O Estado não foi capaz de colocar em prática o sistema ideal criado pelo legislador de 1984, e sua aplicação distorcida causava mais danos que benefícios.

Com a nova redação, passou-se a entender que o exame criminológico não havia sido proibido pelo ordenamento, mas havia deixado de ser obrigatório, podendo ser determinado pelo juízo de maneira motivada, entendimento este consolidado pela Súmula Vinculante 26 do Supremo Tribunal Federal⁴:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 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.

Não sendo o exame criminológico um pré-requisito e devendo ser requisitado apenas para os casos mais graves, de maneira fundamentada, esperava-se que, mesmo com a superlotação e a insuficiência de profissionais, o gargalo fosse eliminado, agilizando-se a análise de pedidos de progressão de regime.

Apesar da própria Lei das Execuções Penais prever diversas situações que podem ocorrer no curso do cumprimento da pena, como unificação pelo surgimento de novas penas, por crimes cometidos antes ou após o início da execução, fugas ou outras faltas, por exemplo, não previu o legislador como tais ocorrências influenciariam a aplicação do benefício da progressão de regime, da mesma forma que não havia previsto a demora na análise judicial dos pedidos de progressão de regime devido à superlotação das unidades prisionais.

A única regra para a progressão de regime continuou a ser o cumprimento de uma fração da pena e a ostentação de bom comportamento carcerário. Mas e se houve o cometimento de um crime ou uma falta administrativa no curso do cumprimento da pena? E se o sentenciado já havia progredido de regime, porém foi regredido de volta ao regime anterior?

⁴ Esta súmula decorre do julgamento da inconstitucionalidade art. 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), que proibia a progressão de regime para os crimes lá elencados e o posterior estabelecimento de frações mais elevadas (2/5 e 3/5) para a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados, pela Lei 11.464/2007. Tais legislação não serão objeto de análise deste trabalho pois, apesar de apresentar frações diversas, não trazem mudanças ou maiores detalhamentos na forma de aplicação destas frações para a análise da progressão de regime.

E a forma de contagem da fração de pena para a progressão ante a ocorrência de uma falta de natureza grave não foi a única lacuna deixada pelo legislador. Como são três os regimes de cumprimento de pena, poderá o sentenciado que iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado (ou que tenha regredido a este) progredir de regime duas vezes, do regime fechado para o semiaberto e, num segundo momento, do semiaberto para o aberto. Em razão disto, surge um segundo questionamento: após a primeira progressão de regime, como se conta a nova fração para a segunda progressão de regime?

Uma vez que a legislação não soluciona tais problemas, coube à doutrina e, especialmente, à jurisprudência responder tais questões.

2.1. A jurisprudência dos tribunais superiores em relação a falta grave e à Lei 13.964/2019

Uma relevante questão no que concerne à progressão de regime, que levava à divergência nas decisões e que coube às cortes superiores unificarem um entendimento, são os efeitos da falta grave para a progressão de regime.

A falta de natureza grave, definida nos art. 50 a 52 da Lei das Execuções Penais, que venha a ser homologada em juízo leva a um mau comportamento carcerário, atingindo assim o requisito subjetivo para a progressão de regime. Como este mau comportamento carcerário não pode permanecer eternamente gravado no sentenciado, coube à legislação local determinar o prazo de duração de tal anotação no prontuário do sentenciado. Em São Paulo, o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do estado de São Paulo determina que, o comportamento do sentenciado será reabilitado no prazo de um ano, no caso de prática de falta grave, seis meses para falta média e três meses para faltas leves⁵.

Decorrido o prazo de duração da anotação de mau comportamento carcerário sem que o sentenciado tenha praticado nova conduta definida como falta pelo ordenamento, deve o diretor da unidade prisional atestar que o sentenciado apresenta “bom” comportamento carcerário. Sua conduta estaria reabilitada, e o sentenciado novamente preencheria o requisito subjetivo para a progressão de regime.

Todavia, caso as consequências da falta grave atingissem somente o requisito subjetivo e em nada influenciassem o requisito objetivo para a progressão de regime, isto poderia ocasionar injustiças. Vejamos o seguinte exemplo.

Tício e Mévio são condenados ambos a uma pena de 30 anos. Porém Tício é condenado a uma pena de 30 anos de reclusão, sendo o seu regime inicial de cumprimento de pena o fechado. Já Mévio é condenado a 30 anos de detenção, sendo-lhe então aplicado o regime semiaberto para o início do cumprimento de sua pena⁶. Ambos, após cumprirem quatro anos de sua pena, ou seja, antes de obterem o requisito objetivo para a progressão de regime, praticam falta de natureza grave.

Como uma das consequências da prática da falta grave previstas na Lei das Execuções Penais é a regressão de regime⁷, Mévio, que iniciou o cumprimento de sua pena em regime

⁵ Art. 89 da Resolução SAP 144/2010.

⁶ Código Penal, Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

⁷ Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.

semiaberto, é regredido para o regime fechado. Tício, entretanto, começou a cumprir sua pena em regime fechado, não havendo a hipótese de regressão de regime.

Caso se entenda que a falta grave influencie apenas o requisito subjetivo, decorrido um ano (pela norma do estado de São Paulo), Tício tem sua conduta reabilitada, preenchendo requisito subjetivo, e também preencheria o requisito objetivo, cumprimento de 1/6 da sua pena (5 anos), quatro anos de pena antes da falta e mais um ano após tal falta. Ou seja, imediatamente após a reabilitação.

Mévio, por sua vez, não teria o mesmo tratamento. Isto porque o artigo 112 da LEP⁸ determinava que o requisito objetivo estaria presente se o sentenciado tivesse cumprido “ao menos um sexto da pena no regime anterior”. Se o sentenciado pretende progredir do regime fechado para o semiaberto, deveria cumprir ao menos 1/6 da pena no regime fechado, *anterior* ao pretendido.

Neste exemplo, Mévio não teria cumprido 1/6 da pena no regime anterior. Dos cinco anos cumpridos, apenas um foi no regime anterior (fechado). Os quatro anos já cumpridos antes da falta teriam sido no regime semiaberto, não sendo preenchendo o requisito legal.

Desta forma, duas situações muito similares vão levar a resultados diversos. Com um agravante: o indivíduo que teve uma pena mais leve, por ter praticado um crime menos grave, demoraria mais a progredir de regime em relação àquele que teve uma pena mais grave. O mesmo ocorreria em relação ao sentenciado que já havia progredido de regime de regime e depois praticou uma falta grave e regrediu.

Ou seja, a regressão levaria à interrupção da contagem do lapso para a obtenção do requisito objetivo para a progressão de regime.

Aqui se encontra o problema. A regressão de regime não é a origem do fato, apenas a sanção decorrente da falta grave. A falta grave, essa sim, é o fato ocorrido no curso do cumprimento da pena que ocasiona a regressão de regime. Assim, é a falta grave que leva à interrupção da contagem do lapso para a obtenção do requisito objetivo para a progressão de regime.

E se é a falta grave que interrompe a contagem do lapso para a progressão de regime, independe a existência ou não da sanção regressão de regime.

Assim consolidou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁹, sendo ainda sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 534 – A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.

Por fim, tal entendimento foi incluído no texto da nova redação do art. 112 da Lei das Execuções Penais pela Lei 13.964/2019, junto de um novo conjunto de frações para a progressão de regime:

⁸ Neste momento, ainda sem a redação dada pela Lei 13.964/2019, que é posterior ao entendimento jurisprudencial e segue fielmente tal entendimento, como veremos adiante.

⁹ P. ex., “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. CONTAGEM DO REQUISITO OBJETIVO PARA PROGRESSÃO DE REGIME. JURISPRUDÊNCIA DO STF. I – O cometimento de falta grave pelo detento tem como consequência o reinício da contagem do lapso temporal de 1/6 da pena para a concessão de progressão de regime prisional. II – Habeas corpus denegado. (HC 88928/RJ; Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski)”.

Art. 112 [...]

§6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

Desta forma, com a inclusão no texto legal do entendimento já consolidado da jurisprudência dos tribunais superiores, no sentido da falta grave interromper o prazo para a contagem do requisito objetivo para a progressão de regime, elimina-se o argumento contrário a este posicionamento de que a ausência de previsão legal impediria a aplicação desta causa interruptiva.

2.2. A natureza jurídica da progressão ao regime semiaberto e a progressão ao aberto

Superada a questão das consequências da falta grave na progressão de regime, a outra questão a ser tratada aqui refere-se à contagem de prazo para uma segunda progressão, do regime semiaberto para o regime aberto, já tendo havido uma primeira progressão do regime fechado ao semiaberto.

Como visto acima, o artigo 112 da Lei das Execuções Penais, em sua redação original de 1984 e a modificada em 2003, determinavam que o sentenciado deveria cumprir, para progredir de regime, ao menos 1/6 de sua pena “no regime anterior”.

Em razão de tal redação, durante anos o entendimento jurisprudencial foi no sentido de que, apenas após o ingresso do sentenciado no regime semiaberto, se iniciaria o prazo para contagem do requisito objetivo para o regime aberto. Este entendimento chegou a ser sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: Súmula 491 – “É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional”.

Ainda que já tivesse cumprido os lapsos necessários para a progressão ao regime aberto, o sentenciado não poderia saltar do regime fechado diretamente para este. Deveria cumprir o lapso necessário no regime intermediário.

Este, por sinal, era o objetivo da legislação. O sentenciado cumpria o lapso determinado em lei no regime inicial fechado¹⁰, demonstraria mérito no período, progredindo ao semiaberto. Iniciando o cumprimento de sua pena no regime intermediário, cumpriria novamente o lapso determinado em lei, devendo demonstrar seu mérito agora neste novo regime, para então progredir ao regime aberto. O sentenciado deveria demonstrar, em cada fase do cumprimento de sua pena, em cada regime, sua capacidade de retorno gradual ao convívio social.

Este mérito seria demonstrado não apenas por seu comportamento, mas por um acompanhamento pelos técnicos da unidade, que inclusive elaborariam um exame criminológico quando de sua progressão de regime.

Como visto acima, o mundo ideal imaginado pelo legislador de 1984 não se reproduziu no mundo real. Este acompanhamento era praticamente inexistente, e a necessidade do exame criminológico atrasava em muito a análise das progressões de regime.

¹⁰ Os casos de início do cumprimento de pena nos regimes semiaberto e aberto não são relevantes aqui, uma vez não possibilitarem dupla progressão, salvo havendo regressão para o fechado.

Mesmo com a retirada da obrigatoriedade do exame criminológico para a análise da progressão de regime, continuou sendo comum que o sentenciado permanecesse por tempo muito superior ao lapso necessário para que seu pedido de progressão de regime fosse analisado.

Assim como a retirada do exame criminológico foi uma decisão de política criminal do legislador para acelerar o julgamento dos pedidos de progressão de regime, para que a pena pudesse ser cumprida de forma progressiva, fundamento da própria legislação de execução penal, mudou-se o entendimento da natureza da sentença que concede a progressão de regime, com base nos mesmos fundamentos de política criminal.

Até então, a sentença que determinava a progressão de regime era considerada uma decisão de natureza constitutiva. O sentenciado demonstrava ter cumprido o lapso necessário de sua pena e, entendendo-se existir mérito por sua parte, com ou sem um exame criminológico, o juízo concedia a ele o benefício da progressão de regime.

A partir deste momento, após a conquista do regime semiaberto, constituindo-se o seu direito ao novo regime, iniciar-se-ia a contagem do lapso para nova progressão, onde o sentenciado deveria demonstrar seu mérito, sua capacidade de cumprir uma pena com menos fiscalização e mais responsabilidade e contato com a sociedade.

Se a análise minuciosa do mérito do sentenciado em cada fase do cumprimento de sua pena, com o fim de demonstrar sua evolução no sentido da ressocialização, fazia parte do ideal do legislador, a demora judicial na análise dos pedidos de progressão não estava de acordo com o espírito da legislação.

Ao remover a obrigatoriedade do exame criminológico, restringindo o requisito subjetivo ao bom comportamento carcerário, deu preferência o legislador à celeridade em relação a uma análise mais aprofundada do mérito do sentenciado. Ou seja, passou a ser um objetivo do sistema que os pedidos de progressão de regime fossem decididos de maneira célere, de preferência tão logo preenchido o requisito objetivo.

Ainda assim, não foi o que aconteceu. Pedidos de progressão de regime continuaram sendo decididos, em muitos casos, meses e até mesmo anos após o preenchimento do requisito objetivo. Demora esta ocasionada em regra pelo Estado, seja pelo judiciário¹¹ ou pelo executivo¹².

Em razão da demora ocasionada pelo próprio Estado e para que tal demora não ocasionada pelo sentenciado não lhe fosse duplamente prejudicial, passou o Supremo Tribunal Federal a considerar que a sentença de progressão de regime tem caráter declaratório.

Habeas Corpus. 2. Execução Penal. Progressão de regime. Data-base. 3. Nos termos da jurisprudência do STF, obsta o conhecimento do habeas corpus a falta de exaurimento da jurisdição decorrente de ato coator consubstanciado em decisão monocrática proferida pelo relator e não desafiada por agravo regimental. Todavia, em casos de manifesto constrangimento ilegal, tal óbice deve ser superado. 4. Na execução da pena, o marco para a progressão de regime

¹¹ Demora no andamento processual e excesso de pedido de exame criminológico quando não mais se tratava de requisito obrigatório, por exemplo.

¹² Sucessivas transferências dos presos, o que causa um deslocamento de competência para análise dos pedidos, e atraso prolongado em julgamento de faltas imputadas aos presos, o que impossibilita a análise do requisito subjetivo, por exemplo.

será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior. 5. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. 6. Deve ser aplicada a mesma lógica utilizada para a regressão de regime em faltas graves (art. 118, LEP), em que a data-base é a da prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a falta. 7. Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida. (HC 115.254/SP; Relator(a): Min. GILMAR MENDES)

Reconhecendo-se caráter declaratório à decisão que defere a progressão ao regime semiaberto, acelera-se a obtenção de novo lapso, antecipando a progressão do regime ao regime aberto. Em caso de prolongada demora, possibilitaria a progressão ao regime semiaberto e, imediatamente, a progressão ao regime aberto, restando superada a Súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça.

Já era entendimento tanto do Superior Tribunal de Justiça¹³ quanto do Supremo Tribunal Federal¹⁴ que a decisão concessiva de indulto e comutação de penas tinha caráter declaratório.

Como bem decidiu o pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5874, o indulto (e a comutação de penas, tradicionalmente no nosso ordenamento, um indulto parcial) é um ato privativo do presidente da República, poder a ele concedido pela constituição da República e só por ela limitado: impossibilidade de concessão aos condenados por crime hediondo e equiparados.

Trata-se de uma ferramenta de política criminal à disposição da presidência da República, que pode ser utilizada pelo motivo que achar devido, como moral (piedade), econômico (necessidade de mão de obra barata no mercado), administrativo (reduzir superlotação dos presídios), ou qualquer outro que lhe convenha.

Desta forma, os requisitos são escolhidos apenas pelo presidente da República, sendo concedido no momento que ele entender adequado, podendo inclusive não ser concedido, como ocorreu recentemente.

Publicado o decreto presidencial concessivo do indulto e da comutação de pena, cabe ao juiz analisar se o sentenciado preenche ou não os requisitos indicados no decreto presidencial. Preenchidos os requisitos, o juiz reconhece que o sentenciado faz jus ao benefício já concedido pelo presidente da República, aplicando-lhe os seus efeitos. Não preenchido algum dos requisitos, aquele decreto não lhe é aplicável, só podendo o sentenciado pedir novo indulto/comutação de penas com base em eventual novo decreto presidencial.

O indulto e a comutação de pena são estáticos no tempo. O sentenciado deve preencher os requisitos na data indicada no decreto presidencial. Se o sentenciado preenche os requisitos, o juiz declara que ele tem direito ao benefício. Se não preenche os requisitos, o juiz declara que ele não tem direito ao benefício. E não terá futuramente em relação ao mesmo decreto presidencial. Não tem como o sentenciado galgar os requisitos para constituir o direito a tais benefícios em um segundo momento.

¹³ HC 486272/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma; AgRg no HC 436841/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma.

¹⁴ HC 114.664, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma.

Aí reside uma diferença crucial entre indulto/comutação e progressão de regime. O direito à progressão de regime não é estático no tempo. Ainda que o sentenciado não preencha algum dos requisitos em um determinado momento, pode galgar o que lhe falta, conquistando o direito à progressão de regime.

Mas o fato do direito à progressão de regime não ser estático no tempo, por si só, não é fator impeditivo de se entender que a natureza da decisão que concede tal benefício seja declaratória. Neste sentido, o juiz declararia que o sentenciado tem direito à progressão no momento em que este preencher os requisitos para o benefício.

O problema está exatamente em identificar *em qual momento* o sentenciado preenche os requisitos para o benefício cujo direito está sendo declarado pelo juiz. Isto porque a essência da mudança do entendimento da natureza de tal decisão de constitutivo para declaratório é alterar a data do início da contagem de prazo para novo benefício. Assim, é fundamental a declaração não só do direito em si, mas da data em que o sentenciado obteve tal direito.

No caso do indulto/comutação, os requisitos devem estar preenchidos na data indicada no decreto presidencial, sendo irrelevante que eles já estivessem preenchidos em data anterior. A progressão de regime não tem esta data indicativa.

Tampouco a comparação com a falta grave traçada pela citada jurisprudência serve de paralelo. Sendo a falta grave uma infração penal, tem ela um momento de sua ocorrência: a data da ação ou omissão, tal qual o tempo do crime, definido no art. 4º do Código Penal.

Para a progressão de regime, faz-se necessário o cumprimento de dois requisitos, o objetivo e o subjetivo. E apenas no primeiro existe o elemento temporal: a data em que o sentenciado cumpre a fração de pena prevista em lei para a progressão de regime.

Neste sentido, poder-se-ia adotar a data decorrente do lapso previsto em lei como sendo o momento em que o sentenciado preenche ambos os requisitos. Esta é a ideia fundamental a embasar a citada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que muito acertadamente busca a celeridade no sistema progressivo no cumprimento de pena, celeridade esta já almejada pelo legislador que alterou a redação da Lei das Execuções Penais em 2003.

Todavia, este parâmetro só é adequado se o sentenciado efetivamente preencher o requisito subjetivo no momento em que completa o lapso para obtenção do requisito objetivo. Se na data em que atingiu a fração da pena determinada na lei o sentenciado não preencher o requisito subjetivo, o juiz declarará, se instado, que o sentenciado não tem direito à progressão de regime.

Mas como o benefício da progressão de regime não é estático no tempo, pode o sentenciado vir a galgar o requisito subjetivo que não estava preenchido quando preencheu o requisito objetivo.

Neste caso, em que momento pode-se dizer que o sentenciado preencheu o requisito subjetivo?

Se o requisito subjetivo não foi preenchido pela ausência de bom comportamento carcerário decorrente de uma falta grave, a solução não se mostra complexa. Como a falta grave interrompe o lapso para a progressão de regime, ela atinge também o requisito objetivo, que deve ser recalculado. Com a nova data para obtenção do lapso necessário,

analisa-se novamente o requisito subjetivo, podendo-se adotar esta nova data como sendo o momento da aquisição deste requisito.

Se o requisito subjetivo não foi preenchido pela ausência de bom comportamento decorrente de uma falta de natureza média ou leve, o requisito subjetivo vai ser alcançado quando o sentenciado se vir reabilitado de tal falta, de acordo com a legislação local¹⁵.

O problema está na identificação de uma data da obtenção do requisito subjetivo quando este foi entendido como não preenchido em decorrência de um exame criminológico desfavorável.

Como visto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu na Súmula Vinculante 26 a possibilidade de se determinar a elaboração de exame criminológico para análise do mérito do sentenciado para a progressão de regime, possibilidade esta também explicitada no corpo do julgado acima¹⁶, da mesma corte.

Neste caso, indeferida a progressão de regime pela ausência de requisito subjetivo, em decorrência de exame criminológico desfavorável, pode o sentenciado voltar a solicitar o benefício. Imagina-se que será exigido novo exame criminológico, uma vez que o anterior havia sido desfavorável. Em sendo o novo exame criminológico favorável ao sentenciado, e a progressão de regime concedida, o juiz estará declarando que o sentenciado obteve o requisito subjetivo em que data?

Não poderá ser a data do requisito objetivo, pois naquele momento o requisito subjetivo foi considerado não preenchido. Como o exame desfavorável não interrompe a contagem de prazos, não há novo cálculo para a obtenção do requisito objetivo.

Se a opção nesta situação for a data da sentença de progressão de regime, estará sendo criada uma exceção à regra de que a decisão de progressão de regime tem caráter declaratório, retornando o entendimento do caráter constitutivo neste caso.

Alternativamente, para manter o caráter declaratório da decisão, resta um último parâmetro: a data do próprio exame criminológico favorável, que embasou a concessão da progressão de regime.

Apesar do exame não criar o mérito do sentenciado, apenas demonstrar por laudos técnicos um mérito já existente, este seria o primeiro momento a ser constatado que o requisito subjetivo estaria presente¹⁷. Antes de tal exame, ainda não estaria confirmado o mérito do sentenciado.

Restariam, de qualquer forma, outros pequenos problemas. Mesmo que se tome por base o exame criminológico, qual é data a ser utilizada? A data do laudo social, do laudo psicológico ou do laudo psiquiátrico? Ou seria o primeiro, ou o último, laudo elaborado?

¹⁵ Como visto acima, os prazos em São Paulo estão definidos no Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais, em seu artigo 89: seis meses para falta média e três meses para falta leve.

¹⁶ “Evidentemente a decisão do magistrado dependerá também da comprovação do bom comportamento carcerário e, em excepcionais situações, de alguma outra providência, como a elaboração do exame criminológico.

¹⁷ Não há dúvida que o exame criminológico é um elemento de prova, que deve ser valorado pelo juiz no momento da decisão, e que um mesmo exame pode ser considerado favorável ao sentenciado por um magistrado e desfavorável por outro. Esta regra processual penal, todavia, não é relevante para a discussão proposta, referente ao direito material. Caso o magistrado entenda que o exame é desfavorável, o requisito subjetivo não estará presente, inexistindo a possibilidade de progressão de regime e contagem de prazo para nova progressão. Caso o juiz entenda que o exame é favorável, tem-se que o sentenciado possui o mérito para a progressão, comprovado a partir de tal exame criminológico, e só neste caso é relevante a questão da data da obtenção do requisito subjetivo.

Em sendo tomado o exame criminológico como parâmetro para obtenção do requisito subjetivo, parece mais acertado que se tome por base a data do último ato de produção deste exame (último laudo ou eventual conclusão do exame), quando ele se torna encerrado e está apto a ser apresentado em juízo.

Todavia, a resposta final a tal questionamento, qual a data da aquisição do requisito subjetivo no caso de um prévio indeferimento de progressão de regime decorrente de um exame criminológico desfavorável, deverá ser novamente apresentada pela jurisprudência dos tribunais superiores, como o foram as demais lacunas que são percebidas na execução penal.

3. Conclusão

A execução penal como um ramo do direito é uma matéria muito recente, e na qual se encontra o maior distanciamento entre os ideais do sistema e a realidade dos fatos. Assim, não é de se espantar a necessidade frequente de atualização legislativa e, em muitos casos, da atividade do judiciário para não apenas preencher eventuais lacunas, dando uniformidade ao sistema, mas também através da renovação de seus entendimentos jurisprudenciais, como forma de realizar na prática os objetivos deste sistema, como ocorreu respectivamente com os efeitos da falta grave sobre o requisito objetivo para a progressão de regime e com a natureza jurídica da sentença de progressão de regime.

Bibliografia

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 115.254/SP. 2ª Turma, relator min. Gilmar Mendes, j. 13 dez. 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 dez. 2015.