

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM DECISÃO QUE INDEFERE PROGRESSÃO DE
REGIME COM FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PAUTADA NO ELEMENTO SUBJETIVO**

Eloiza Greice da Silveira Oliveira

Presidente Prudente/SP

2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM DECISÃO QUE INDEFERE PROGRESSÃO DE
REGIME COM FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PAUTADA NO ELEMENTO SUBJETIVO**

Eloiza Greice da Silveira Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Glauco Roberto Marques Moreira.

Presidente Prudente/SP

2021

**O CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM DECISÃO QUE INDEFERE PROGRESSÃO DE
REGIME COM FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PAUTADA NO ELEMENTO SUBJETIVO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Glauco Roberto Marques Moreira
Orientador

Prof. ^a Carla Roberta Ferreira Destro
Examinador

Dr. João Paulo Nisrallah Saab
Examinador

Aquele que me guarda não dorme.

Salmos 121:3.

Dedico este trabalho em memória de meu saudoso irmão Franklin Roosewelt, que em vida foi minha maior fonte de inspiração, a meus pais que me ensinaram a ser uma pessoa de caráter e dedicação, a minha irmã Quele Ágata que em todos os momentos durante o curso me incentivava a persistir, ao meu irmão Luiz Martins, que foi quem me incentivou na escolha pelo Curso de Direito, ao meu irmão Hamurab Wallace pelo grande irmão que sempre foi, e a toda a minha família que sempre me incentivou e apoio durante toda a minha jornada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela minha vida e me fazer forte para chegar até aqui.

Aos meus pais, irmãos e sobrinhos que sempre me incentivaram.

A minha amiga e companheira de curso Jessica Kague, que foi minha maior incentivadora durante toda minha trajetória de graduação, que esteve ao meu lado em todos os momentos e que contribuiu para realização dessa monografia com seu esforço e dedicação para comigo.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Glauco Roberto Marques Moreira, por todo o apoio, paciência e dedicação que teve durante todo o tempo da construção desse projeto e por sempre procurar transmitir os seus conhecimentos e ensinamentos com total sabedoria.

RESUMO

RESUMO: O presente trabalho visa descobrir o impacto gerado na manutenção do apenado em regime prisional diverso com apoio em critérios de ordem subjetiva, violando, assim, os princípios da individualização da pena e da legalidade garantidos pela Constituição Federal como direitos fundamentais do cidadão. O objetivo foi investigar os problemas das decisões inidôneas para uma melhor segurança jurídica, para apresentar uma problemática cuja resolução termine assegurando, portanto, os direitos e a dignidade humana dos sentenciados. É certo falar que o direito de progressão de regime penitenciário sofre limitações quando em choque com decisões fundamentadas de forma inidônea. É do arbítrio do Juízo da Execução o deferimento ou não da progressão de regime, e da decisão adotada decorre conseqüentemente uma necessidade de fundamentação da resposta apresentada ao pedido, não podendo o magistrado de forma alguma se basear apenas em conceitos pessoais para fundamentar a decisão. No entanto são numerosos os casos em que a atividade decisória se baseia em requisitos subjetivos, como a gravidade abstrata do delito, bem como a longevidade da pena a cumprir, sobrepesando dessa forma novamente a dosimetria da pena do preso. A pesquisa foi realizada através de consultas bibliográficas bem como na jurisprudência, utilizando-se o método dedutivo.

Palavras-chave: Processo Penal. Lei de Execução Penal. Progressão de Regime. Fundamentação Inidônea. Critério Subjetivo. Dignidade Humana.

ABSTRACT

ABSTRACT: It is correct to say that the right to progress from the penitentiary regime is limited when it conflicts with improperly grounded decisions. As the Execution Court is responsible for granting or not the progression of the regime, there is consequently the need for a reasoning on the part of the judge who will judge the request made to justify its decision in a way that follows the law to the letter, the magistrate in no way not being able to rely only on own concepts of his person to base his decision. However, many judges, when rendering their decisions regarding the prisoner's right to progress in the regime, are based on subjective requirements such as the abstract gravity of the offense, as well as the longevity of the sentence to be served, thus again weighing the sentence dosimetry of prisoner. This article aims to discover the impact generated in the maintenance of the inmate in a diverse prison regime based on subjective criteria, violating the principles of individualization of the sentence and legality guaranteed by the Federal Constitution as fundamental rights of the citizen, through bibliographical research, using the method deductive. Aiming to investigate the problems of unsuitable decisions for better legal certainty, thus ensuring the rights and human dignity of the convicts.

Keywords: Criminal Procedure. Criminal Enforcement Law. Regimen progression. Disreputable Reasoning. Subjective Criterion. Human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 REQUISITOS LEGAIS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME	10
2.1 O Sistema de Progressão de Regime Prisional como Direito do Sentenciado.....	11
2.2 Os Requisitos Objetivos	12
2.2.1 Réu primário e réu reincidente	13
2.3 Requisitos Subjetivos	15
2.3.1 Mérito do apenado.....	16
2.3.2 Atestado de conduta carcerária.....	17
2.4 A Gravidade Abstrata do Delito e a Longevidade da Pena a Cumprir.....	18
2.4.1 Supressão da obrigatoriedade do exame criminológico e as divergências doutrinárias	19
3 A LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA	22
3.1 A Nulidade da Vedação a Progressão de Regime Fundamentada na Livre Convicção por Parte do Magistrado.....	24
3.2 Os Parâmetros para se Aferir a Livre Convicção Judicial e a Verdade Real em Face da Lei de Execução Penal	25
3.3 A Regra da Dupla Punição do Mesmo Fato e o Princípio da Proporcionalidade Violados pelo Juízo de Prognose ao Indeferir a Progressão de Regime	26
4 A MANUTENÇÃO DO APENADO EM REGIME PRISIONAL DIVERSO DO QUE FAZ JUS	29
4.1 A Violação aos Princípios Constitucionais como o da Legalidade, Individualização da Pena e da Dignidade da Pessoa Humana quando da não Adoção dos Critérios Legais da Lei de Execução Penal na Progressão de Regime.....	30
4.2 Os Impactos Gerado no Sistema Carcerário.....	33
4.3 A Responsabilização por Decisões que não Asseguram os Direitos do Sentenciado	35
4.4 Da Inidoneidade da Fundamentação.....	36
5 CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	40

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tinha como objetivo identificar os critérios que fundamentam a decisão que mantém o apenado em regime prisional diverso do que ele faz jus, bem como compreender até que ponto é possível afirmar que as decisões fundamentadas em critérios de ordem subjetiva violam os princípios da individualização da pena e da legalidade garantidos pela Constituição Federal como direitos Fundamentais do cidadão.

A Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, conhecida como a Lei de Execução Penal (LEP), foi elaborada com intuito de ressocializar os detentos. Em seu artigo 112 prevê o direito do preso à Progressão de Regime, que se dará quando o réu que estiver em cumprimento de pena adquirir o de progredir de um regime mais gravoso para um regime menos gravoso, obedecendo a critérios legais e cronológicos, entre outros.

Para adquirir este direito, no entanto, há necessidade de preencher dois requisitos, sendo um requisito de natureza objetiva e um requisito subjetivo de forma simultânea. Em se tratando do requisito objetivo, este é aquele vislumbrado pelo lapso temporal (tempo de pena cumprido), enquanto que o requisito subjetivo é aquele que diz respeito à conduta do agente dentro do sistema prisional, através de uma análise particularizada, por parte do Diretor do Estabelecimento Prisional no qual o preso se encontra, resultando em atestado de bom comportamento carcerário.

Há um problema, no entanto. As exigências ao cumprimento do critério subjetivo ficam estendidas à concepção do juízo da execução, em uma atividade estranha ao espírito da lei. Isto porque, na prática, alguns magistrados têm considerado o total da pena abstrata e a gravidade do crime como elementos integrantes do bom comportamento carcerário, levando-se em consideração a totalidade da pena a cumprir pelo sentenciado. Em caso de longevidade da pena a cumprir em virtude da gravidade do delito, no momento do requerimento formulado ao juízo da execução, este sugestivamente será indeferido por falta do requisito subjetivo.

Verificou-se que o objetivo principal da Lei nº 7.210/84 está sendo ignorado, já que o texto de lei informa que o bom comportamento carcerário atestado pela direção do estabelecimento prisional é suficiente. É frequente na

revisão literária a ideia de que este entendimento por parte do juízo da execução entra em confronto com este aspecto da lei, observando-se que temos inúmeras decisões nos juízos pátrios nas quais os magistrados estão ignorando parte dos requisitos que a lei preceitua.

O que se percebe é uma lacuna na lei, pois deixou de ampliar e especificar detalhadamente o conceito legal de bom comportamento carcerário, dando brecha ao juízo da execução para interpretá-lo. Neste caso, faz-se necessária uma posição afirmativa, tendo por fim corrigir estas imperfeições, pois toda e qualquer decisão judicial que seja fundamentada com base em tais premissas, incontestavelmente, afronta a Constituição da República, e seus mais basilares princípios.

A decisão que indefere a progressão de regime em sede de execução penal, com base exclusivamente na gravidade delitiva e na longevidade da reprimenda configura expressamente uma lesão à liberdade de locomoção desse detento, pelo uso de violência oficial, mediante ilegalidade e abuso de poder por parte do magistrado.

Para sanar tal questão, primeiramente, revisou-se a respeito do sistema de progressão de regime prisional como direito do sentenciado, bem como se observou neste estudo quais os requisitos necessários para progressão. Em seguida, procedeu-se com uma análise de como a Execução Penal funciona, no aspecto de função garantidora dos direitos dos réus em cumprimento de pena. Por fim, examinou-se a influência do mérito e da conduta do apenado durante a execução de sua pena, passando a contemplar, de forma final, a supressão da obrigatoriedade do exame criminológico e as divergências doutrinárias a respeito do tema.

Assim sendo, no decorrer deste trabalho, no capítulo II analisou-se a respeito dos requisitos legais para a progressão de regime, sendo que no capítulo III fez-se um estudo detalhado acerca da livre convicção motivada do juiz, ficando disposto no quarto capítulo acerca dos critérios para manutenção do apenado em regime prisional diverso do que ele faz jus.

A metodologia de pesquisa empregada foi a bibliográfica e jurisprudencial, bem como utilizou-se o método dedutivo para chegar a conclusões deste estudo.

2 REQUISITOS LEGAIS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME

Para entendermos como funciona a progressão de regime, primeiramente devemos entender como funciona a execução penal. Com a sentença transitada em julgado inicia-se a fase de execução da pena, que nada mais é do que o cumprimento da pena imposta a qual o acusado foi condenado, e o marco inicial da execução se dará com a emissão da guia de recolhimento prisional.

Segundo o artigo 105 da Lei de Execução Penal: “Transitada em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

A partir da emissão dessa guia que contém todos os dados do réu e a depender de como foi fixado o regime de pena do réu é que se dá início ao cumprimento de pena.

Segundo Capez (2020, p. 487) o regime pode ser:

[...]fechado: cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média. Semiaberto: cumpre a pena em colônia penal agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Aberto: trabalha ou frequenta cursos em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em Casa de Albergado, ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga [...].

Ainda, pela Lei acima citada, fica determinado, em seus artigos 82, 87, 91 e 93 que:

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Pelo descrito no texto legal, sem guia de recolhimento não é possível dar início a execução de pena. Vejamos o que diz o artigo 107 da Lei de Execução Penal: “Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária”.

Para uma compreensão total do que é de fato a progressão de regime, daremos uma noção ampla e corrente do que seja tal fenômeno processual. Trata-se de uma mudança nas circunstâncias fáticas e físicas do apenado, medida que

ocorre no curso da execução, durante o cumprimento de pena de forma gradual. O réu, ao ser condenado, terá diferentes situações a depender da norma jurídica aplicada ao caso concreto penal, através do processo hermenêutico e decisório que termina com a sentença condenatória estabelecida pelo juiz, que sempre irá estabelecer inicialmente qual o tipo de regime fixado para dar início ao cumprimento da pena.

No decorrer da execução dessa pena, o condenado passa a ter direito a mudar de regime, ou seja, de um regime mais gravoso para um regime mais leve, ocorrendo o que chamamos de progressão de regime.

No entanto, o lapso temporal (tempo de cumprimento de pena) para a progressão de regime do preso tem seu início com a prisão do réu e a emissão da guia de recolhimento.

Para a concessão da progressão de regime prisional é necessário que o preso preencha os dois critérios de forma simultânea, sendo os já referidos critérios de natureza objetiva (previsto no texto legal), e de natureza subjetiva, que obedece e analisa condições particulares do apenado.

2.1 O Sistema de Progressão de Regime Prisional como Direito do Sentenciado

A progressão de regime é um direito que toda pessoa que cometeu algum crime e foi condenada com a pena privativa de liberdade tem de gradativamente voltar ao convívio social.

No Brasil adotamos o sistema progressivo de cumprimento de pena, que se realiza com a transição de um regime mais grave para um mais brando.

Vejamos o que diz Brandão (2010, p 329-330):

[...] No sistema pátrio, é regra que a pena privativa de liberdade seja cumprida de forma progressiva, de forma que o agente vá do regime inicial do cumprimento de pena até o regime imediatamente menos rigoroso, cumpridos os requisitos estabelecidos pela lei penal. Deste modo, o apenado poderá progredir do regime fechado para o regime semiaberto e do regime semiaberto para o regime aberto. Em nenhuma hipótese, portanto, poderá o apenado passar do regime fechado diretamente para o regime aberto [...].

Diz o artigo 112, § 1º da Lei de Execuções Penais: “Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta

carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

Verifica-se a decorrência da dimensão subjetiva da progressão de regime como decorrência do próprio texto legal, que não estabelece, no entanto, quais serão os critérios de observância rigorosa nesta análise. A garantia do direito de progressão, portanto, pode ser ameaçada em caso de irrazoabilidade ou desmandos hermenêuticos injustificáveis, que se escondam por detrás de uma aparente liberdade decisória.

2.2 Requisitos Objetivos

Como já mencionado anteriormente, o requisito objetivo é aquele preestabelecido em lei, que depende tão somente da interpretação legal e semântica por parte do magistrado. Cada pena imposta, no entanto, terá requisito objetivo diferenciado, eis que o critério observa um liame que conecta o tempo de cumprimento da pena no regime mais gravoso ao tempo total da pena a cumprir, e também ao tipo de crime. No caso dos crimes hediondos, é pacífico compreender-se a diferenciação, pois o legislador não poderia permitir que uma pessoa que comete um crime simples espere para progredir de regime o mesmo tempo que uma pessoa que comete um crime hediondo, em decorrência da proporcionalidade que deve informar o processo penal.

Deste modo, segundo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

O requisito objetivo consiste no resgate de certa quantidade de pena, prevista em lei, no regime anterior, que poderá ser de 1/6 para os crimes comuns e 2/5 (se o apenado for primário) ou 3/5 (se o apenado for reincidente), para os crimes hediondos ou equiparados, nos termos da Lei n. 11.464/2007.

Assim sendo, o magistrado deverá apenas aplicar ao caso concreto aquilo que o texto legal claramente dispõe, cessando a possibilidade de interpretações diante da clareza do tipo.

Na redação antiga, a progressão de regime se dava de forma fracionada, ou seja, uma fração mínima de pena que o preso teria que cumprir para ter direito a progredir de regime.

Com o advento da Lei 13.964/19, o artigo 112 da Lei de Execuções Penais sofreu consideráveis mudanças quanto ao sistema de progressão de regime, de modo que, antes desta o lapso temporal exigido era menor, e a partir da vigência da lei em questão passou-se a exigir um período maior de cumprimento de pena, pois a contagem do lapso temporal passou a ser de forma quantificada, ou seja, aferida por percentual e não mais de forma fracionada.

2.2.1 Réu primário e réu reincidente

É réu primário aquele que não havia sido anteriormente condenado por sentença transitada em julgado, ao passo que o réu reincidente é aquele que outrora fora julgado com sentença penal condenatória transitada em julgado, que não se confunde com maus antecedentes, pois estes não geram reincidência.

Descreve Gonçalves (2020, p. 301):

[...] Nos termos do art. 63, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, tenha-o condenado por crime anterior. Em complemento a tal regra, o art. 7º da Lei das Contravenções Penais prevê que também há reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer outro crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção [...].

Ainda sobre a reincidência, o Departamento de Justiça Norte americano diz que: “Recidivism is one of the most fundamental concepts in criminal justice. It refers to a person's relapse into criminal behavior, often after the person receives sanctions or undergoes intervention for a previous crime”¹.

A Lei de Execuções Penais em seu artigo 112 discorre sobre como se dá o critério para progressão de regime prisional. Ocorre que essa progressão se dá de forma diferente quando se trata de réu primário e réu reincidente, em clara opção do legislador em fugir da regra e ter optar em sede de execução penal pela aplicação distinta, adotando condutas diversas diante de situações distintas e aplicando a lei com mais ou menos rigor de acordo com a pena imposta ao preso, buscando assim não praticar nenhuma injustiça.

¹ Tradução livre: A reincidência é um dos conceitos mais fundamentais da justiça criminal. Refere-se à recaída de uma pessoa em um comportamento criminoso, geralmente depois que a pessoa recebe sanções ou sofre intervenção por um crime anterior. (tradução nossa)

Assim, nos termos do artigo 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:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Nesse mesmo sentido o artigo 63 do Código Penal, diz: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Desta maneira, podemos concluir que, para o preso ter direito a progressão de regime, o juiz da execução terá que levar em consideração o preenchimento dos requisitos legais, e no caso do preso primário este por sua vez terá seu benefício assegurado cumprindo menos tempo que o preso reincidente, haja vista que a reincidência é uma agravante genérica, que será prejudicial ao condenado na hora de intentar sua progressão.

Segundo Prado (2020, p. 254), diz: “[...] As circunstâncias agravantes e atenuantes agravam ou atenuam a pena, em razão da maior ou menor gravidade do injusto [...]”.

Por outro lado, devemos nos atentar ao tipo de crime praticado pelo réu, de modo que, existe uma distinção imensa de definição do crime comum e do crime hediondo, que também implica muito na hora da progressão do regime prisional.

No caso do crime comum o legislador deixou especificadas quais condutas proibidas praticadas pelo agente seriam consideradas de natureza comum,

especialmente no Código Penal e no Código de Processo Penal. Por sua vez os crimes hediondos aparecem elencados taxativamente na Lei 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Em relação a esse tipo de crime o legislador optou punir de forma mais rigorosa o agente tanto na fase processual como na fase da execução da pena levando em consideração o meio que o agente usou para a conduta delitiva, bem como outras circunstâncias que tornam a ação merecedora de maior reprimenda penal e reprovabilidade social.

Damásio (2020, p. 245) conceitua, neste sentido, os crimes hediondos: “[...] São delitos repugnantes, sórdidos, decorrentes de condutas que, pela forma de execução ou pela gravidade objetiva dos resultados, causam intensa repulsa [...]”.

Nos dois tipos de crime os cálculos feitos para progressão de regime serão diferenciados, em virtude de lapso temporal distinto. O preso primário que cometeu crime comum tem que ter cumprido ao menos 16% da sua pena no regime mais severo, enquanto que aquele em que cometeu crime hediondo, mesmo que seja primário terá que cumprir ao menos 40% da pena e ainda no caso de ser reincidente, terá um aumento de 60% nesta porcentagem, que será de cumprimento de pena em regime mais rigoroso. Não bastará, no entanto, que restem cumpridos os requisitos temporais, pois a opção do legislador é de valoração subjetiva do agente que comete o delito, em face dos chamados requisitos subjetivos.

2.3 Requisitos Subjetivos

Os requisitos de natureza subjetiva, anteriormente mencionados, serão aqueles que dizem respeito à conduta carcerária do preso, uma valoração axiológica do comportamento observado durante a execução de sua pena dentro do estabelecimento prisional. É nele que o juízo da execução irá se basear na hora de conceder ou não a progressão de regime, observando-se que esse critério diz muito sobre a conduta do ser humano para retornar ao convívio em sociedade.

Segundo Barreto (2019): “o requisito subjetivo consiste no mérito do apenado, revelado por meio de bom comportamento carcerário fornecido pelo presídio em que se encontra o sentenciado”.

E conforme descreve Mirabete (2007, p. 423), conforme citado por Silva (2017, s.p) “Mérito, no léxico, significa aptidão, capacidade, superioridade,

merecimento, valor moral. Em sua concepção filosófica, mérito é o título para se obter aprovação, recompensa, prêmio” .

Assim sendo, o requisito de natureza subjetiva, nada mais é do que uma avaliação social do apenado, ou seja, uma conquista do condenado adquirida pelo seu mérito.

2.3.1 Mérito do apenado

A Lei de Execução Penal, estabelece que o bom comportamento é um dos requisitos para o preso adquirir a progressão de regime. Esse requisito, num primeiro olhar, depende exclusivamente do próprio preso, de sua adequação e postura diante da reprimenda. Considerando-se a hipótese de que o preso possua bom comportamento carcerário, tratar-se-á de elemento subjetivo que será dotado de efetiva capacidade de demonstrar o empenho do apenado em seu processo de readaptação social, e deverá ser devidamente comprovado através de Boletim Informativo emitido pela Unidade Prisional em que o agente se encontra preso. O histórico prisional, por fim, é que vai revelar se ele é merecedor da benesse perseguida, conforme que vemos nos artigos 33, § 2º do Código Penal e o 112, §1º da Lei de Execução Penal:

Art. 33, § 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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Nesse mesmo sentido:

Art. 112, § 1º - Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

O professor Renato Marcão (2005, p.15), esclarece em sua obra ‘Curso de Execução Penal’ que “[...] comportando-se de forma ajustada no ambiente prisional o preso terá ‘bom comportamento carcerário’, vale dizer, terá mérito. Estará, em tese, subjetivamente apto para eventual benefício [...]”.

E, mais adiante:

[...] Não se pode negar que o referido 'atestado' se presta exatamente a demonstrar a aptidão subjetiva do preso e, de consequência, a existência ou não de mérito para a progressão de regime, tanto assim que não é demais dizer que o preso que não ostentar bom comportamento carcerário não reunirá mérito para a progressão [...].

Portanto, o preso deve demonstrar aptidão às regras que lhe são impostas, bastando isto. Não se analisa a situação subjetiva das demonstrações de conformismo, arrependimento e transformação, já que o cumprimento das normas prisionais é de natureza objetiva, bastando o segregado a elas aderir. Neste caso, nada há a obstar a progressão de regime pleiteada.

2.3.2 Atestado de conduta carcerária

O Atestado de Boa Conduta Carcerária, ou ainda o BI (Boletim Informativo), são documentos necessários para requerer progressão de regime ou livramento condicional do preso, só podendo ser emitidos pelo diretor da unidade prisional ao qual o preso se encontra, conforme preceitua o artigo 112, §1 da Lei de Execução Penal que diz: “[...] o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento [...]”.

Segundo Galendi (2017, s.p): “[...] o Boletim Informativo é um histórico carcerário do preso [...]”.

Esse documento deve ser requerido por escrito através de advogado constituído ou Defensor Público, perante a unidade, junto ao setor jurídico, levando em consideração o prazo de 20 dias para entrega, contados do protocolo do pedido, vejamos o que diz o artigo 91, do Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo:

Artigo 91 - para fins de instrução de pedido de progressão de regime, concessão de livramento condicional, indulto ou comutação de penas, o diretor da unidade prisional deve encaminhar à autoridade judicial competente, à época do pedido do benefício, em formulário padronizado, o Boletim Informativo do preso, com classificação final do comportamento e o registro de todas as etapas e ocorrências que ensejaram a avaliação definitiva.

Nesse boletim informativo vai constar todo histórico do preso, desde a data de sua prisão, tempo de pena, dados pessoais, filiação, trabalhos e estudos desenvolvidos dentro da unidade prisional, faltas disciplinares, dentre outros., É

literalmente o histórico carcerário completo do preso, de forma a notificar e informar o juízo da execução acerca das circunstâncias da pena imposta.

Nesse sentido, o seguinte julgado do E. Tribunal de Justiça:

Agravo em Execução Penal - Indeferimento de livramento condicional - Cumprimento pelo sentenciado dos requisitos legais para o deferimento da benesse - Existência nos autos de documentos atestando o bom comportamento carcerário emitido pelo Diretor do estabelecimento prisional e o boletim informativo do agravante, o qual dá conta do cumprimento do lapso temporal de pena exigido por lei - Alusão a falta grave cometida no ano de 2008, da qual o sentenciado já se encontra reabilitado - Agravo provido para conceder ao sentenciado o benefício do livramento condicional (TJSP, 16ª C. Direito Criminal, Agravo de Execução Penal n.º 990.09.348808-6, rel. Des. Borges Pereira, julgado em 04/05/2010).

Somente após a emissão do atestado carcerário ou do boletim informativo é que será protocolado o pedido de progressão de regime pelo advogado ou defensor público, e a partir deste pedido o juiz fará uma análise do pedido e remeterá ao Ministério Público, para apreciação do promotor de justiça, que também fará uma análise minuciosa do atestado de conduta carcerária e então dará seu parecer pelo deferimento ou indeferimento da pretensão do pedido.

2.4 A Gravidade Abstrata do Delito e a Longevidade da Pena a Cumprir

No que concerne à gravidade abstrata do delito, esta já foi examinada pelo legislador, na cominação das penas, e pelo juiz no procedimento penal de conhecimento, no momento da dosimetria. Não poderá, portanto, ser novamente considerada, com intuito de impedir ou postergar o benefício almejado, sob pena de ofensa ao princípio da vedação ao *bis in idem*.

Nesse sentido já há pacificado entendimento do STJ:

HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME INDEFERIDA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS. DECISÃO DEFERIDA PELO TRIBUNAL A QUO. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME E QUANTIDADE DE PENA A CUMPRIR. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 112 da Lei de Execução Penal, alterado pela Lei nº 10.792/2003, estabelece que o sentenciado que cumprir determinado período da pena no modo mais gravoso e apresentar bom comportamento carcerário, comprovado por atestado emitido pelo Diretor do estabelecimento prisional, terá direito à progressão de regime.

2. Da análise do contexto da lide, vislumbra-se que não se justificou, com base na especificidade da situação versada, acerca da impossibilidade do deferimento da progressão de regime, pois foi considerada a gravidade abstrata do delito e o montante de sanção que ainda resta a cumprir,

entendimento que demonstra total desconformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte.

3. Ordem concedida para deferir a progressão do paciente ao regime semiaberto, visto ter sido destacado nas instâncias ordinárias o preenchimento do requisito objetivo e não ter sido concretamente justificada a apontada ausência de mérito ao benefício (STJ, 5ª T., Habeas Corpus n.º 119.554/SP, rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 04/02/2010, DJe 15/03/2010) (grifo nosso).

No que diz respeito à duração da pena, concerne destacar que o sentenciado que possui longa reprimenda por cumprir demorará maior tempo que aquele que possui menor para alcançar o preenchimento do requisito objetivo. Tal medida, portanto, encontra-se em perfeita consonância com o postulado da proporcionalidade.

Nesse sentido:

O agravante está cumprindo pena de 21 (vinte e um) anos e 02 (dois) meses de reclusão pela violação dos arts. 121 §2º, incisos I, II e IV e 155, ambos do Código Penal. Começou a cumprir a pena no dia 12 de junho de 2000, e o término está previsto para o dia 12 de outubro de 2022.

{...} A pena longa não é obstáculo para concessão de progressão. A Lei de Execução Penal dispõe que o condenado possui direito à progressão, desde que tenha cumprido 1/6 da pena sob regime mais grave. A Lei de Execução Penal já exige que o condenado à pena longa cumpra maior tempo em regime prisional mais grave para ser promovido para mais ameno, ao estabelecer percentual de 1/6 de cumprimento da pena não importando seu montante.

O condenado à pena longa fica mais tempo sob regime prisional fechado antes de ser promovido para regime prisional semi-aberto. Tendo ele ficado mais tempo em regime mais rigoroso, não pode o julgador exigir que ele permaneça sob esse regime prisional mais tempo que o exigido em lei, para que o benefício da progressão possa ser deferido.

{...} No Juízo da Execução Penal, o condenado passa a ser avaliado sob outros aspectos para fins de deferimento de benefícios contemplados na Lei de Execução Penal. A avaliação do condenado não envolve as condições judiciais para a aplicação da pena, mas sim, seu comportamento carcerário.

{...} Dá-se, por esses motivos, provimento ao recurso para cassar a decisão, determinando que Edson Armeliato passe a cumprir o restante de sua pena privativa de liberdade sob regime semi-aberto.(TJ/SP., Agravo 01016724.3/9, São Paulo, 2ª C.Criminal., Rel. Des. Almeida Braga, em 21/12/06,v.u).

Logo, resta provado que somente a infração grave antiga e a longa pena a cumprir não poderão ser invocadas como óbices à progressão de regime.

2.4.1 Supressão da obrigatoriedade do exame criminológico e as divergências doutrinárias

A Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2.003, alterou, significativamente, o sistema de aferição do merecimento à progressão de regime,

suprimindo a obrigatoriedade do exame criminológico, bastando somente à comprovação da boa conduta carcerária, atestada pelo diretor da unidade prisional.

Segundo Avena (2019, P. 22), “[...] Conforme se infere do art. 8º, caput, da Lei de Execuções Penais, para o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado, além do exame de classificação, deverá ser obrigatoriamente submetido a exame criminológico [...]”.

Essa justificativa se dá, pois a circunstância que impõe o regime fechado decorre da prática de crimes de maior gravidade. Todavia, para aqueles presos que iniciam o cumprimento de pena em regime semiaberto, a realização do exame criminológico é apenas facultativa, podendo ser por iniciativa da Comissão Técnica de Classificação visando a correta individualização da execução. E como ficam os condenados em regime aberto ou a pena restritiva de direitos? Entende-se do art. 8º da Lei de Execuções Penais que não se realizará o exame criminológico nesses casos.

Ademais, apesar de previsões legais, prevalece nos Tribunais Superiores que o exame criminológico é facultativo, não importando, portanto o regime inicial fixado em sentença condenatória.

Em todo caso, em se tratando de crimes hediondos, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante de nº 26, em que diz respeito da necessidade de Realização do exame criminológico, vejamos:

Súmula vinculante 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.

Oportuno destacar a decisão acerca do tema.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. ABERTURA DE VISTA AO MP. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM LIMINARMENTE. EXISTÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. MANIFESTO E GRAVE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PLEITO CONTRADITÓRIO COM A MISSÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. DETERMINAÇÃO DE QUE O PACIENTE SEJA SUBMETIDO A EXAME CRIMINOLÓGICO. GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS PRATICADOS. LONGA PENA A CUMPRIR. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AGRAVO IMPROVIDO.

Como podemos ver, o próprio Superior Tribunal Federal segue a linha de que o exame criminológico seria uma mera conduta a ser adotado pelo juízo da execução, haja vista que é facultado requerê-lo ou não.

Continuando nesse sentido:

4. [...] o eg. Tribunal a quo cassou a r. decisão que deferiu a progressão de regime ao paciente e determinou a realização de exame criminológico, com fundamento, apenas, na gravidade abstrata dos crimes praticados e na longa pena a cumprir, não apontando elementos concretos ocorridos durante a execução da pena, aptos a impedir o benefício. [...] (AgRg no HC n. 553.355/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe 18/3/2020).[...].
[...] Se assim fosse, todos os condenados por crimes graves e violentos teriam, obrigatoriamente, que ser submetidos ao referido exame [...].
[...] (AgRg no RHC 152.462/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021) [...].

Na decisão acima fica claramente demonstrado que por ser facultativo ao juiz da execução o requerimento do exame criminológico com base na longa pena a cumprir e na gravidade do delito, este deverá ter seu requerimento fundamentado para não servir de mero óbice à progressão.

Assim sendo, não se pode indeferir pedido de progressão de regime com fundamento apenas na necessidade de realização de exame criminológico, sem ao menos apontar elementos concretos para a necessidade do mesmo.

3 A LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA

No Brasil adotamos o Princípio do Livre Convencimento Motivado ou Persuasão Racional, em que o juiz é livre para formar seu convencimento, o que quer dizer que as provas e elementos que possam vir a existir durante o processo ficam à disposição para que sejam apreciadas, para que o julgador opte por aquilo que vier a lhe parecer mais conveniente, desde que o faça de forma motivada, conforme dispõe nossa Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Nestes termos, significa dizer que haverá total liberdade conferida ao juiz para escolher dentre todas as provas produzidas durante o processo, que deverá motivar, isto é, explicar os motivos de sua decisão com sustentação clara e racional, conforme preceitua o artigo 315, Caput, § 2º, incisos, I, II, III, IV, V e VI, do Código de Processo Penal, que elenca os requisitos aos quais devem ser preenchidos para uma decisão ser considerada devidamente fundamentada.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob

juízo se ajusta àqueles fundamentos; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Uma ressalva deve ser feita com relações as decisões que venham ser dadas no Tribunal do Júri, pois nesses casos não se aplica o livre convencimento motivado, pois aos jurados não se imputa o dever de fundamentar suas respostas aos quesitos que lhes são perguntados em julgamento, devido ao fato do júri ser composto por pessoas comuns, não sendo pessoas com saber jurídico, de modo que vige neste caso o princípio da íntima convicção. A respeito da íntima convicção, vejamos o que diz Tourinho (2010, p. 522), conforme citado por Araújo e Silva (2017, sp):

[...] De acordo com esse sistema, o Juiz não estava obrigado a exteriorizar as razões que o levaram a proferir a sentença; atribuía às provas o valor que em quisesses e entendesse, podendo, até, valer-se do conhecimento extra-autos, mesmo sem nenhuma prova nos autos; decidia de acordo com a sua íntima convicção, sem se deixar dominar pelo que havia no processo [...].

Nesse mesmo sentido:

[...] Adotou o CPC, no que se refere à avaliação da prova, o princípio da livre convicção motivada ou persuasão racional. Embora tenha o juiz plena liberdade para aceitar ou não o resultado da prova, que não tem o valor pré-fixado, necessário que a decisão a respeito seja acompanhada de fundamentação. Não têm aplicação, portanto, os princípios da prova legal ou tarifada, segundo os quais o valor encontra-se previamente determinado em lei, e da íntima convicção, que dispensa motivação do julgador [...], BEDAQUE (2008, P. 386).

Conforme esta adoção compete ao juiz, em sua análise, a observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, quando no processo de opção das provas admitidas no processo.

Vale salientar que mesmo diante de decisões proferidas em primeira instância, ainda existe a possibilidade de revisão dessas decisões por outros órgãos do poder judiciário, a fim de evitar abusos praticados por magistrados, conforme o princípio do duplo grau de jurisdição.

3.1 A Nulidade da Vedação a Progressão de Regime Fundamentada Idoneamente na Livre Convicção por Parte do Magistrado

A decisão que indefere a progressão de regime fundamentada apenas na livre convicção do magistrado demonstra flagrante violação os direitos do sentenciado. Em que pese à particularidade do julgador e das opções escolhidas para formar seu convencimento, a decisão não pertence a este ser pessoal (Juiz) e sim ao Estado.

STRECK, em análise de voto proferido no AgRg de nº 279.889/AL, do STJ:

[...] Já como preliminar é necessário lembrar – antes mesmo de iniciar nossas reflexões no sentido mais crítico – que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é [...].

Toda decisão deve vir acompanhada de motivação idônea, ou seja, deve ser feita uma análise criteriosa e individualizada acerca da conduta do preso durante a execução de sua pena e não apenas o julgador se basear exclusivamente em sua própria opinião, pois nesse sentido a Constituição Federal dispõe em seu artigo 93, inciso IX:

Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Também nesse sentido, destacamos Cavalli (2016, sp), conforme citado por Nery Júnior (2004, p. 519):

[...] O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula pleno jure (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto [...].

Concluimos então que cabe ao juiz a aplicação correta das normas, indicando em sua decisão os motivos racionais que o levaram a formar seu

convencimento. O juiz tem liberdade para sua decisão, porém essa liberdade é de forma limitada, sob pena de nulidade da sua decisão.

Toda decisão deve vir acompanhada sempre de um dispositivo legal que dê amparo, sob pena de ofensa à legalidade que deve orientar o sistema processual penal.

3.2 Os Parâmetros para se Aferir a Livre Convicção Judicial e a Verdade Real em Face da Lei de Execução Penal

Primeiramente antes de tomar qualquer decisão deve o magistrado eliminar de sua mente julgamentos prévios que possam induzi-lo a erro, pois não basta somente o uso da intuição para decidir, mas faz-se necessário buscar a todo custo a verdade real seguindo padrões normativos, ou seja, de acordo com o regime da Constituição, que é o topo do escalonamento normativo do Estado Democrático de Direito.

O regime imposto pela Constituição funciona como um meio de frear abusos da função jurisdicional, determinando que a decisão jurisdicional sempre deve ser inteiramente imparcial. Para o juiz aplicar a lei ao caso concreto, ele deve estar aclarado pela verdade.

Mesmo que o juiz esteja impossibilitado de saber a verdade real dos fatos, não poderá de forma alguma julgar sem uma convicção da verdade, para chegar a uma conclusão definitiva. Mesmo que limitado, o julgador deve estar no mínimo convicto a respeito da verdade real.

Trazendo esse pensamento para dentro da execução penal, podemos dizer que o juiz que vai analisar o pedido de progressão de regime deve no mínimo estar seguro de sua decisão na hora de deferir ou indeferir o pedido formulado e deve estar acolhido da lei para impulsionar sua decisão.

Apesar de caber ao réu demonstra ao juiz que ele está apto a progredir de regime, o juiz não pode em hipótese alguma, indeferir o pedido formulado, sem antes ao menos ter buscado saber sobre as condições fáticas e situacionais em que o preso se encontra, para aferir se ele se enquadra ou não dentro dos critérios exigidos pela lei para progredir de regime.

Na hipótese em que o juiz que não esteja convencido totalmente da boa conduta do preso e de que este esteja apto a voltar gradativamente a conviver em sociedade, ainda assim há o dever de buscar de todas as formas fazer uma

análise minuciosa do caso concreto, podendo para tanto, solicitar que o preso passe por investigação minuciosa, para aferir se ele tem condições de voltar ao convívio social. Muitas vezes o juiz busca suprir essa análise por meio do exame criminológico, que nada mais é do que uma investigação detalhada do processo de reabilitação do preso.

3.3 A Regra da Dupla Punição do Mesmo Fato e o Princípio da Proporcionalidade Violados pelo Juízo de Prognose ao Indeferir a Progressão de Regime

Um dos principais princípios fundamentais do Direito Penal é o Princípio de vedação ao *bis in idem*, que consiste na proibição de um agente ser punido das vezes pelo mesmo crime.

Apesar de não estar expressamente previsto no nosso ordenamento jurídico, este princípio é de suma importância durante a fase da execução da pena, tendo em vista que ao indeferir o pedido de progressão, em diversas situações o magistrado fundamenta sua decisão na gravidade abstrata do delito e na longevidade da pena, incorrendo em ofensa ao princípio da vedação ao *bis in idem*.

Como já mencionado anteriormente, a gravidade abstrata do delito já foi sopesada pelo sistema penal no momento da cominação das penas, ou seja, na fase da dosimetria.

Nesse sentido já há pacificado entendimento do STJ:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 112 DA LEP. PROGRESSÃO AO REGIME SEMI-ABERTO. REQUISITOS. CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. ATESTADO DE BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO. MANUTENÇÃO DO PACIENTE NO REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 112 da LEP dispõe que, para a concessão do benefício da progressão de regime prisional, é necessária a satisfação dos requisitos objetivo – temporal – e subjetivo – atestado de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento prisional, respeitadas as normas que vedam a progressão.
2. A opinião do julgador sobre a gravidade genérica do delito e o quantum da pena não constituem motivação idônea para a manutenção do paciente no regime mais severo. Aplicação analógica das Súmulas 718 e 719 do STF.
3. A decisão do juiz da execução denegatória do benefício deve ser motivada em fatos concretos e particularizados da execução da pena, o que não ocorreu à espécie.
4. Ordem concedida para deferir a progressão do paciente ao regime semi-aberto (STJ, 5ª T., Habeas Corpus n.º 97.978/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 04/11/2008, DJe 24/11/2008 – grifo nosso).

A propósito, já sumulou o E. Supremo Tribunal Federal que:

SÚMULA 718: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Não poderá o magistrado, portanto, levar em consideração a gravidade abstrata, nem a maneira de execução, nem a crueldade, bem como também não poderá considerar a quantidade de pena imposta, pois estes são fatores que incidem na aplicação da pena no processo de conhecimento e não cabe ao juízo da execução proceder com uma análise de culpabilidade, pois haveria duplo julgamento pelo mesmo fato, o que seria uma violação ao princípio supracitado.

Por outro lado, no que concerne ao princípio da proporcionalidade, este está ligado aos critérios aplicados pelo sistema penal, que devem estar dentro de uma dimensão de razoabilidade, pois é necessário estabelecer limites entre o direito de punir do Estado e os direitos fundamentais do apenado. Conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 191), citados por Dobrianskyj (2009, sp):

A proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, configurando um limite de seu poder limitador.

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade é uma forma de equilibrar o objetivo do legislador em punir, de forma que os meios utilizados sejam ponderados na hora da aplicação da sanção penal.

Chegamos à conclusão que a sanção aplicada ao preso, em qualquer momento, deve ser aplicada proporcionalmente com o fato praticado, mas algumas vezes o juízo da execução, no momento da análise da progressão de regime, acaba por violar esse princípio. Vejamos o que diz Roig (2017, p. 87):

A vedação ao livramento condicional a penas privativas de liberdade iguais ou inferiores a dois anos (a partir da interpretação literal art. 83 do CP) fere frontalmente os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena, tendo em vista que impõe tratamento severo àqueles sancionados com penas inferiores, ao mesmo tempo em que dispensa tratamento mais benéfico a condenados a pena maiores.

Ademais, o deferimento do regime mais brando não significa conceder ao sentenciado uma liberdade plena, haja vista que essa passagem do regime mais rigoroso para o regime mais brando tem por objetivo incentivá-lo no resgate de suas penas, benefício que, se não aproveitado dentro das regras estabelecidas legalmente, poderá ser revogado.

4 A MANUTENÇÃO DO APENADO EM REGIME PRISIONAL DIVERSO DO QUE FAZ JUS

A Lei de Execuções Penais traz disposições acerca dos estabelecimentos prisionais adequados para cada regime como já mencionado anteriormente. Ocorre que ao cumprir o lapso temporal que a lei determina, o sentenciado busca através do pedido de progressão de regime obter mudança para o regime intermediário, ou seja, passar para um regime menos gravoso.

Neste ponto cumpre esclarecer que, ao ter seu pedido indeferido pelo juízo da execução o sentenciado tem seus direitos violados, pois o nosso ordenamento jurídico é taxativo no que diz respeito à manutenção do apenado em regime diverso. Observemos o que diz a Súmula Vinculante de nº 56 do STF:

Súmula Vinculante nº 56: a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/05/2016.

O artigo 1º do Código penal que diz: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Ao fazer a leitura do referido artigo, verifica-se que a manutenção do preso em regime diverso do que ele faz jus estará gerando constrangimento ilegal ao condenado, haja vista que ao manter o preso em um regime mais gravoso o Estado está impedindo a efetivação dos direitos e garantias processuais penais, através de uma coação por parte do Estado.

O Código penal é taxativo em seu artigo 146:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

É dever do Estado punir, porém essa punição não pode ser em excesso, pois a partir do momento em que o Estado mantém o réu preso por um tempo maior do que lhe cabe por direito, estará punindo de forma excessiva, utilizando do aparelho estatal e penal para obstar garantias do réu, lhe constrangendo ilegalmente. Nesse sentido, vemos em julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

"HABEAS CORPUS". EXCESSO DE PRAZO. - OCORRÊNCIA. - CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO E INADMISSÍVEL. - PACIENTE QUE SE ENCONTRA PRESO, HÁ VÁRIOS MESES, AGUARDANDO AINDA A INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO, SEM QUALQUER JUSTIFICATIVA PELA DEMORA. "HABEAS CORPUS". EXCESSO DE PRAZO. - OCORRÊNCIA. - CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO E INADMISSÍVEL. - PACIENTE QUE SE ENCONTRA PRESO, HÁ VÁRIOS MESES, AGUARDANDO AINDA A INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO, SEM QUALQUER JUSTIFICATIVA PELA DEMORA. "HABEAS CORPUS". EXCESSO DE PRAZO. - OCORRÊNCIA. - CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO E INADMISSÍVEL. - PACIENTE QUE SE ENCONTRA PRESO, HÁ VÁRIOS MESES, AGUARDANDO AINDA A INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO, SEM QUALQUER JUSTIFICATIVA PELA DEMORA. "HABEAS CORPUS".- EXCESSO DE PRAZO. - OCORRÊNCIA. - CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO E INADMISSÍVEL. - PACIENTE QUE SE ENCONTRA PRESO, HÁ VÁRIOS MESES, AGUARDANDO AINDA A INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO, SEM QUALQUER JUSTIFICATIVA PELA DEMORA. Ordem concedida.

(TJ-PR - HC: 1383433 PR 0138343-3, Relator: Jorge Wagih Massad, Data de Julgamento: 26/06/2003, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 6425).

Assim sendo, o excesso de prazo, ou seja, a manutenção do apenado em regime diverso do que ele faz jus, conforme entendimento derivado de uma análise textual e à luz da jurisprudência, desemboca em verdadeiro constrangimento ilegal e violação de direitos, sendo inadmissível manter o apenado em um cárcere mais rigoroso, sem qualquer justificativa plausível.

4.1 A Violação aos Princípios Constitucionais como o da Legalidade, Individualização da Pena e da Dignidade da Pessoa Humana quando da não Adoção dos critérios Legais da Lei de Execução Penal na Progressão de Regime

Manter o preso em regime mais gravoso do que a lei estabelece, tendo adquirido este direito de progredir para um regime menos gravoso, é uma grande violação ao princípio da legalidade. Tal princípio está estampado no nosso ordenamento pátrio no artigo 5º, inciso XXXIX, da CF, que estabelece que “não há crime sem lei anterior que defina, nem pena sem prévia cominação legal”, em outras palavras, podemos dizer que esse princípio constitucional é uma verdadeira conquista constitucional e ao ser respeitado pelo julgador ele protege o indivíduo de arbitrariedades.

Acontece que muitas vezes na prática a coisa muda de figura, pois o que se vê diariamente é uma afronta a esse princípio, pois na prática jurídica

diariamente temos visto ofensas graves em às garantias dos presos, quando o processo de decisão do juízo da execução se mostra contrário ao que a lei estabelece, mantendo o sentenciado por mais tempo em cárcere no regime prisional diverso, em ofensa clara a este princípio, pois é gritante que não há previamente uma norma legal que autorize manter esse sentenciado no regime mais gravoso.

Leciona Roig (2017, p. 364):

[...] em um sistema que prime pela absoluta segurança jurídica, que rechace a flexibilidade (negativa) da pena e que não se curve perante os discursos disciplinar (faltas) e criminológico (exames criminológicos), a avaliação judicial dos direitos deveria se basear em elementos estritamente objetivos (fração de cumprimento de pena), restando a análise dos requisitos subjetivos apenas para efeito dos direitos domésticos do apenado.

O artigo 5º da Lei 7.210/1984 dispõe: [...] Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal [...].

Não se pode negar que antes a análise feita era carente de critérios delineados, o que dava margens a subjetivismos. De fato, compete ao juízo da execução penal analisar o merecimento do executado ao benefício postulado. Contudo, a apreciação judicial deve-se pautar por elementos concretos, verificados no decorrer do cumprimento da sanção.

Incumbir ao magistrado à função de decidir conforme seu livre convencimento sem motivação é uma afronta ao princípio da individualização da pena, tendo em vista que o critério utilizado será sua própria convicção, estando este processo decisório impregnado de subjetivismo do juiz, que inclusive poderá dar decisões distintas a situações legalmente iguais, pois cada sentenciado fará jus aos benefícios legais de acordo com sua conduta individualmente considerada, vejamos:

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003).

No mesmo sentido de não obstar a pena o artigo 112 da mesma lei diz:

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 [...].

A individualização da pena consiste em aplicar o direito a cada caso concreto, considerando suas particularidades, o grau de lesividade do bem jurídico penal tutelado, bem como as especificidades da personalidade do agente.

É sabido que a individualização executória é definida pelo juízo da execução, e o mesmo terá de adequar à pena aplicada, proporcionando à progressão de regime, ocasionando assim a transferência do preso de acordo com seu merecimento, de um regime mais gravoso para um mais brando, além de lhe garantir outros benefícios legais.

Ocorre que alguns magistrados ao fundamentar sua decisão, o fazem de maneira equivocada, de modo a realizar nova valoração e julgamento ao crime do agente.

Portanto, manter o sentenciado em regime diverso do que ele tem direito é uma grande violação aos seus direitos, haja vista que durante execução de sua pena, ele vai adquirindo direito a progressão de regime e negar – lhe a progressão é demonstrar a inércia abusiva do Estado perante o sentenciado em cumprimento de sua pena.

Outro princípio que merece destaque é o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a lei determina que o preso em cumprimento de pena que tenha adquirido lapso temporal (critério objetivo) e tenha comportamento satisfatório durante a execução de sua pena (critério subjetivo) passe do regime mais gravoso para o regime menos gravoso de acordo com seu merecimento.

Ocorre que na prática não se tem observado isto. Infelizmente a realidade brasileira é a de superlotação nos presídios, devido a procrastinação na execução, que na maioria das vezes acontece por pedidos infundados de realização de exames criminológicos, gerando uma demanda excessiva que o Estado não tem condições de suprir.

Deste modo, vemos que o Estado está violando o princípio da dignidade da pessoa humana do preso, previsto na Constituição Federal no seu artigo 1º, III, pois não está priorizando sua dignidade e seu bem estar, e sim priorizando uma suposta defesa da sociedade, que é irrazoável diante da proposta penal de ressocialização. É importante pensar no apenado como membro efetivo da sociedade, e não como alguém etiquetado e retirado desta, ou colocado à margem. Está compreensão do apenado como sujeito de direitos inserido na sociedade

contribuirá para derrubar as supostas justificativas de defesa dos direitos da comunidade em face do apenado, pois este não só tem direitos como sujeito, mas deve inclusive ser considerado parte efetiva da sociedade civil. Também é flagrante violação manter o apenado em regime gravoso porque o Estado não consegue cumprir a demanda de exame criminológico em tempo hábil, pois esta responsabilidade e obrigação é decorrente do próprio direito do punir.

4.2 Os Impactos Gerado no Sistema Carcerário

A partir de 2019, com a entrada em vigor da Lei 13.964, a famosa Lei Anticrime ou ainda Pacote Anticrime, é notório que o Estado passou a analisar de forma mais criteriosa a progressão de regime. Houveram mudanças consideráveis com a vigência da nova lei, que refletiram no sistema carcerário.

Anteriormente, em relação à progressão de regime, aduzia da seguinte maneira o texto legal:

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. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003).

Antes a regra era cumprir ao menos 1/6 da pena, para crimes hediondos. Se o réu fosse primário teria que cumprir 2/5, e em caso de reincidência, teria que cumprir até 3/5 da pena para poder progredir de regime.

Com as modificações realizadas pelo pacote anticrime, o lapso temporal aumentou, bem como o tempo mínimo da pena em alguns tipos de crimes. Atualmente as penas variam de 16% se o réu for primário e o crime tiver ocorrido sem violência ou grave ameaça até 70% se o apenado for reincidente em crime hediondo com resultado morte, tornando mais os critérios mais rigorosos.

É nítido que as novas regras geraram grandes impactos na população carcerária brasileira. A partir do momento que se torna mais rigoroso o padrão para progredir um preso de regime, o legislador acaba por dificultar a promoção para um regime intermediário desse preso, gerando uma superlotação carcerária.

O superencarceramento, além de ser um ato imoral, é quase uma forma de tortura imposta ao recluso, agravando o estado de violência dentro do regime prisional, pois com o crescimento exagerado da população carcerária, a onda de violência dentro dos presídios brasileira tem aumentado gradativamente.

Na concepção de Silva (2014, p. 09):

Na análise acurada das conexões da ossatura da realidade, chegaremos à constatação de que no cárcere ocorre a expressão fundamental, crua, livre, direta, sem qualquer proposta de secundarização das expressões de uma consciência determinada por fundamentos da ordem fetichizante e alienante, ou seja, uma consciência que manifesta intervenções na realidade com grande energia e que, edificada por uma dada axiologia, objetiva o fenômeno da barbárie, através da sua mais aberrante expressão, a violência que provoca dor e sofrimento.

Ainda neste sentido, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil ocupa o 3º lugar no ranking de países com maior número de pessoas presas no mundo, com cerca de 668.135 mil presos. Esse levantamento foi realizado no período de julho a dezembro de 2020, e este, como vários outros levantamentos, evidencia um elevado aumento da despesa aos cofres públicos, que foi de um total de R\$ 1.172.672.356,45, (no ano de 2021), sendo que o custo em média de um preso por Unidade Federativa sai em torno de R\$ 1.938, 78 reais mensais, conforme dados do SIDISPEN.

Para Nucci, (2012, p. 46):

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui dois prismas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, envolve a garantia de um *mínimo existencial* ao ser humano, atendendo as suas necessidades vitais básicas, como reconhecido pelo art. 7º, IV, da Constituição Federal, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Inexiste dignidade se a pessoa humana não dispuser de condições básicas de vivência. Subjetivamente, cuida-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, quando passa a desenvolver sua personalidade, entrelaçando-se em comunidade e merecendo consideração, mormente do Estado.

Lamentavelmente o Brasil encarcera muito e de maneira desordenada, objetivando a aplicação de um punitivismo sem propósito, e que acaba tendo o efeito contrário, pois só estimula a violência carcerária. Este superencarceramento consiste em manter milhares de apenados sem oferecer sequer as mais rudimentares e básicas condições de desenvolvimento humano, na imensa maioria

das Unidades Prisionais do país, favorecendo a tortura, a cooptação e participação de apenados em facções criminosas e a violação de garantias num ambiente que não se demonstra salutar.

Para a resolução desta problemática, o conceito e a natureza lógica do princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerada na teoria e na prática da execução penal, em quaisquer circunstâncias em que se encontre o preso, que deve ter sua integridade respeitada enquanto sujeito de direitos que derivam de uma ordem jurídica constitucional.

4.3. A Responsabilização por Decisões que não Asseguram os Direitos do Sentenciado

O Estado é responsável pelo exercício da função jurisdicional, e, portanto, as decisões que não assegurem direitos constitucionais são decisões arbitrárias, que devem ser rejeitadas pela ótica da eficácia vertical dos direitos fundamentais, oponíveis contra o Estado.

Como único detentor do direito de cerceamento do agente, o Estado é também o único responsável pela manutenção da ressocialização do sentenciado, propiciando o mínimo de dignidade, pois ele tem o dever de punir, mas também tem o dever de ressocializar o indivíduo que está punindo.

Carmem Silva (2006, sp) :

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura e determina os contornos de todos os demais direitos fundamentais. Quer significar que a dignidade deve ser preservada e permanecer inalterada em qualquer situação em que a pessoa se encontre. A prisão deve dar-se em condições que assegurem o respeito à dignidade.

Seguindo esse raciocínio o artigo 38 do Código Penal, dispõe:

O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Por isso, a partir do momento em que o Estado é inerte com respeito à ressocialização do preso, quando se omite deixando de promover o sentenciado de regime, mesmo após ele adquirir esse direito, essa omissão deve ser responsabilizada, conforme preceitua o artigo 5º LXXV da Constituição Federal:

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Portanto, tem o Estado o dever de zelar pelos seus direitos, e em se tratando da execução penal, quando o sentenciado adquire lapso temporal necessário para progredir de regime e possui bom comportamento devidamente comprovado, o juízo da execução deverá, com base no que a lei indica conceder a esse apenado a progressão de regime.

Na prática, não é o que acontece de imediato. Há um flagrante desrespeito, pelo qual a Administração do Estado deverá responder. O Estado não pode proceder da forma que bem lhe aprouver, pois as regras do Estado Democrático de Direito determinam limites e responsabilidades. Nesse sentido dispõe o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Da análise desse dispositivo, conclui-se que o Estado não pode de forma alguma deixar de cumprir seu papel, sob pena de ser responsável direto por tais atos. Diante de fatos que ocorrerem durante a atividade jurisdicional de execução penal, e que venham causar danos ao agente, a responsabilidade deve ser atribuída, e nesta análise, é conjunta e diz respeito aos três poderes (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário), pois estes devem trabalhar em conjunto, com interesse em medidas que tragam solução para essas falhas sistemáticas.

4.4 Da Inidoneidade da Fundamentação

Para falarmos da inidoneidade da fundamentação, devemos primeiro conceituar o que é uma fundamentação inidônea.

Sabemos que o ato de se decidir (decisão judicial), não é somente a edição de uma sentença composta por palavras sem ligação com signos e nem significados. Parte importante de uma decisão é conjunto semântico e sintático, na

utilização de palavras proferidas de modo conexo, com raciocínio e lógica. As partes devem compreender o que está sendo decidido e as razões, inclusive hermenêuticas, utilizadas neste processo, sem que reste dúvida sobre a decisão, seus termos e as razões que a informaram, inclusive em relação ao liame de legalidade necessário, na relação entre a norma jurídica editada para o particular e o texto legal anterior.

Uma decisão inidônea é o oposto disso. É aquela em que o julgador não tem clareza, não se utiliza de uma construção semântica razoável, não torna possível a análise sintática, e não esclarece as razões hermenêuticas que informaram o processo decisório. Será também inidônea quando tenha estes elementos mas não demonstre uma ligação com o disposto legalmente, em virtude do desrespeito à legalidade, e ao conjunto da legislação que deve informar o procedimento jurisdicional. É inidônea, ainda, quando o juiz decide conforme seu subjetivismo e sua fundamentação fogem às regras dispostas no prisma constitucional.

O autor Lima (2011, p. 142) dispõe em sua obra o seguinte conceito:

[...] Ao estabelecer que todas as decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, o art. 93, IX, CR, consagra o devido processo legal, na medida em que possibilita ao agente do fato a impugnação da decisão. É que a fundamentação estabelece a relação entre o dispositivo e a necessidade da custódia cautelar [...].

E ainda:

[...] Por essa razão, no momento em que se verifica a efetiva fundamentação, tem-se, como decorrência lógica, a inversão do ônus da prova quanto à necessidade da custódia cautelar [...].

Concluída a definição, vamos agora aclarar o tema da inidoneidade da fundamentação.

Como já mencionado anteriormente, os incidentes da execução penal serão de competência do juízo da execução, que deverá, no exercício desta competência, apreciar e se pautar em elementos concretos.

É inidônea a decisão que indefere o prosseguimento natural da execução, pois se amolda à hipótese de falta de liame entre o texto legal e a decisão, também podendo, em outra via ou de forma simultânea ser inidônea pela ausência de razões hermenêuticas válidas, quando derivada do subjetivismo do julgador.

A respeito decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça que:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO-PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. DECISÃO NÃO-FUNDAMENTADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Juízo da Execução Criminal pode indeferir a concessão do benefício quando as peculiaridades do caso assim indicarem, podendo, inclusive, determinar a realização de exame criminológico.

2. A denegação da progressão de regime apenas com fundamento na gravidade genérica do delito e na longa pena a cumprir, sem que o magistrado fundamente, em dados concretos, a ausência do requisito subjetivo, constitui constrangimento ilegal [...].

Muito embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha consolidado o entendimento de que o exame criminológico é facultativo, o que se vê cotidianamente nos processos de Execução Penal são decisões fundamentadas de forma inidônea, onde o magistrado se vale apenas da gravidade do delito e da longevidade da pena para solicitar que seja realizado o referido exame e mesmo assim, acaba por fundamentar a decisão com base apenas na sua convicção, incorrendo em constrangimento ilegal.

Continuando:

[...] Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça já tenha consolidado o entendimento quanto à possibilidade de se exigir o exame criminológico para aferição do requisito subjetivo, a despeito do advento da 10.792/03, é indispensável que a determinação do laudo pericial esteja fundamentada em dados concretos, tendo em vista as peculiaridades do caso, não bastando se reportar à gravidade em abstrato dos delitos praticados pelo paciente.

[...] (STJ, 5ª T., Habeas Corpus n.º 144.168/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 03/12/2009, DJe 01/02/2010 – grifo nosso) [...].

A decisão que vem fundamentada apenas na gravidade abstrata dos delitos praticados pelo agente e na longa pena a cumprir é inidônea, pois estes não são pressupostos válidos, e não podem ser óbices à progressão de regime. Será inidônea por falta de legalidade, por ausência de razões hermenêuticas válidas, e até num aspecto jurisprudencial, pois é clara a disposição dos tribunais superiores a respeito do tema.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho analisou-se o sistema de execução penal no ordenamento pátrio, à luz dos conceitos de livre convencimento motivado, e de uma análise legal e principiológica das garantias que informam o Direito Processual Penal e o sistema jurídico brasileiro.

No procedimento de análise do caso concreto, observou-se que o julgador deverá levar em conta o atestado de conduta carcerária do preso, mas não de forma a dar margem para o seu subjetivismo e análise do fato derivada de razões estritamente pessoais e sem vínculo com a realidade, negando ao preso seu direito de transferência para um regime mais brando, por julgar que ele não merece por hora progredir de regime, com base na longa pena a cumprir e na gravidade do delito praticado. Tem se tomado este tipo de decisão mesmo diante do direito adquirido do preso, quando este já preencheu os critérios exigidos por lei, numa quebra do princípio da imparcialidade do juiz e das garantias constitucionais.

Constatou-se que apesar de inúmeras leis que descreverem taxativamente os direitos dos réus em cumprimento de pena privativa de liberdade, o direito de progredir de regime, ainda assim, estes têm seus direitos violados por meio do juízo de execução ao terem seus pedidos indeferidos com base apenas no critério subjetivo. E verifica-se que mesmo diante destes elementos tão claros no sistema legal, na prática, não é incomum os apenados terem de recorrer a tribunais superiores para terem seus direitos assegurados.

Portanto, conclui-se que é visível que o atestado de comportamento carcerário está sendo relativizado, ou não está cumprindo seu papel na análise de mérito. É possível afirmar que existe um aumento crescente de decisões fundamentadas de forma equivocada, que acabam por descumprir os direitos assegurados na Carta Magna de 1988, e culminam na manutenção do apenado em maior tempo em regime prisional diverso do que ele faz jus, expondo o réu à indignidade do sistema prisional, e delongando o seu retorno ao convívio social.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. Grupo GEN, 2019. Barueri-São Paulo.

ANTUNES, Rodrigo. **Tenho um familiar preso. E agora?**. Disponível em: <https://antunesrodrigo.jusbrasil.com.br/noticias/701822088/tenho-um-familiar-presoe-agora>. Acesso em: 19 set. 2021.

ARAÚJO, Daniela Galvão. SILVA, Patrícia Fernandes Carneiro da. **A íntima convicção dos jurados no tribunal do júri**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59673/a-intima-conviccao-dos-jurados-no-tribunal-do-juri>. Acesso em: 19 set. 2021.

BARRETO, Sidnei Moura. **Da progressão de regime**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75623/da-progressao-de-regime>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **Direitos do preso**. Dicionário de Direitos Humanos: Direitos do Preso. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tikiindex.php?page=Direitos%20do%20preso>. Acesso em: 15 out. 2021.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In. **Código de Processo civil interpretado**. Antônio Carlos Marcato (Coord.), 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**, 2ª edição. Grupo GEN, 2010. Barueri-São Paulo.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. CNJ. **O que é progressão de regime de cumprimento de pena?** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/o-que-e-progressao-de-regime-de-cumprimento-de-pena/>. Acesso em 31 mar. 2021.

BRASIL, **Decreto de Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL, **Decreto de Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL, **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL, **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL, **Lei nº 10.792 de 01 de dezembro de 2003**. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL, **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Câmara de Direito Criminal. **Agravo em Execução Penal n.º 990.09.348808-6**. Livramento Condicional. rel. Des. Borges Pereira, julgado em 04/05/2010). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Agravo+em+Execu%C3%A7%C3%A3o+Pena+l+n.%C2%BA+990.09>. Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Câmara de Direito Criminal. **Agravo em Execução nº 01016724.3/9**. Rel. Des. Almeida Braga, em 21/12/06. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351258056/habeas-corpus-hc-20904430720168260000-sp-2090443-0720168260000/inteiro-teor-351258075>. Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Execução Penal. **Progressão de Regime. Habeas Corpus n.º 119.554/SP**, rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 04/02/2010, DJe 15/03/2010). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8623445/habeas-corpus-hc-118022-sp-2008-0222901-5>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Progressão de Regime**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/execucoes-penais/vep/informacoes/progressao-de-regime>. Acesso em 16 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº HC 396.439/SP**, Superior Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 09 out. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2050683/habeas-corpus-hc-97978/inteiro-teor-12227926>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº HC 97.978/SP**, Superior Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 24 nov. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465607149/habeas-corpus-hc-396439-sp-2017-0087152-9>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná . **Habeas Corpus nº HC 1383433/PR**, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 26 jun. 2002. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6398983/habeas-corpus-crime-hc-1383433-pr-0138343-3>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n° HC 119.554/SP**, Superior Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 04 fev. 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17689391/habeas-corpus-hc-170168-rs-2010-0073722-4>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n° HC 144.168/SP**, Superior Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 03 dez. 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19153460/habeas-corpus-hc-119554-sp-2008-0241167-1/inteiro-teor-19153461?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC 145.440/SC**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Superior Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 01 jun. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465607149/habeas-corpus-hc-396439-sp-2017-0087152-9>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC 152.462/SP**, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Superior Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 14 set. 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19130826/habeas-corpus-hc-152462-sp-2009-0216026-9/inteiro-teor-19130827>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante 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 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. Brasil 2009. Online. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em 11 jun. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante nº 56. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em: 11 jun. 2021

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 718 A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Disponível em:

http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su mula_701_800. Acesso em: 12 out. 2021

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALLI, Ricardo Fachin. Âmbito jurídico. **Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz**. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/principio-do-livre-convencimento-motivado-do-juiz/>.

CONSULTOR JURÍDICO. **Estabelecimento Adequado. Cumprimento de pena em local similar a colônia penal não afronta a SV 56**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-19/cumprir-pena-local-similar-colonia-penal-nao-afronta-sv-56#:~:text=Estabelecimento%20adequado&text=O%20cumprimento%20de%20pena%20referente,em%20regime%20prisional%20mais%20gravoso>. Acesso em: 13 out. 2021.

DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. **O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena**. Disponível em: <https://1library.org/document/download/zwvenw7q?page=1>. Acesso em: 13 out. 2021.

DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações**. SISDPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 13 out. 2021.

GALENDI, Yves Patrick Pescatori. **O que é o Boletim Informativo?** Disponível em: <https://liberdadeparatodos.com/2017/01/13/o-que-e-boletim-informativo/>. Acesso em: 16 jun. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Curso de Direito Penal**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2020.

JESUS, Damásio E. **Direito penal**; Parte especial. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.350.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal** – Parte Geral. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1

LIMA, Marco Antônio Ferreira, NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e medidas liberatórias**. Atlas: São Paulo, 2011, p. 142.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais**. 2ª ed. Ver., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.46

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** - Parte Geral e Parte Especial. Grupo GEN, 2020. Barueri-São Paulo.

PONTES, Marcela. **Análise sobre a reincidência no Direito Penal: aspectos práticos e teóricos á luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/42428/analise-sobre-a-reincidencia-no-direito-penal-aspectos-praticos-e-teoricos-a-luz-da-jurisprudencia-dos-tribunais->

