



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

Eloiza Greice da Silveira OLIVEIRA<sup>1</sup>  
Glauco Roberto Marques MOREIRA<sup>2</sup>

**RESUMO:** É certo falar que o direito de progressão de regime penitenciário sofre limitações quando em choque com decisões fundamentadas de forma inidônea. Como fica a cargo do Juízo da Execução o deferimento ou não da progressão de regime, ocorre conseqüentemente à necessidade de uma fundamentação por parte do próprio juiz que vai julgar o pedido formulado justificar sua decisão de forma que siga a lei ao pé da letra, não podendo o magistrado de forma alguma se basear apenas em conceitos próprios de sua pessoa para fundamentar sua decisão. No entanto, muitos juízes ao proferir suas decisões com relação ao direito do preso a progredir de regime se baseia nos 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. O presente artigo visa descobrir o impacto gerado na manutenção do apenado em regime prisional diverso fundamentado em critérios de ordem subjetiva violando os princípios da individualização da pena e da legalidade garantidos pela Constituição Federal como direitos fundamentais do cidadão, através de pesquisas bibliográficas, utilizando o método dedutivo. Objetivando investigar os problemas das decisões inidôneas para uma melhor segurança jurídica, assegurando, portanto, os direitos e a dignidade humana dos sentenciados.

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

### **1 INTRODUÇÃO**

A Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, conhecida como a Lei de Execução Penal ou até mesmo LEP, foi elaborada com intuito de ressocializar os detentos. Em seu artigo 112 prevê o direito do preso a Progressão de Regime que é

---

<sup>1</sup>A autora é Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

E-mail: lologreice22@hotmail.com

<sup>2</sup>O orientador é Doutor e Mestre em Direito pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP); graduado em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário (1991); professor de Direito Penal da graduação e pós-graduação da Toledo Prudente Centro Universitário; atua principalmente nos seguintes temas: pena, Constituição, direitos fundamentais.

E-mail: glaucomarques@toledoprudente.edu.br



nada mais do que quando o réu que estiver em cumprimento de pena adquire o direito progredir de um regime mais gravoso para um regime menos gravoso.

Ocorre que para ele ter esse direito há necessidade de preencher dois requisitos, ou seja, um requisito objetivo e um requisito subjetivo de forma simultânea. De forma que o requisito objetivo é aquele vislumbrado pelo lapso temporal (tempo de pena cumprido), já o requisito subjetivo é aquele em que diz respeito à conduta do agente dentro do sistema prisional, ou seja, deve ser imitado um atestado de bom comportamento emitido pelo Diretor do Estabelecimento Prisional no qual o preso se encontra.

Acontece que as exigências ao cumprimento do critério subjetivo, ficam estendidas à concepção do juízo da execução. Isso porque, na prática, alguns magistrados têm considerado a quantidade da pena e a gravidade do crime como elementos integrantes do bom comportamento carcerário, levando em consideração o tempo total de pena a cumprir pelo sentenciado, ou seja, caso ele tenha uma pena longa a cumprir em virtude da gravidade do delito praticado no momento do requerimento formulado ao juízo da execução, este provavelmente será indeferido por falta de requisito subjetivo.

Verifica-se que para a lei, basta o bom comportamento carcerário atestado pela direção do estabelecimento prisional, já para o entendimento do magistrado parece que é necessário que o sentenciado não tenha uma pena longa a cumprir.

O que se percebe é uma lacuna na lei, pois deixou de ampliar o conceito legal de bom comportamento carcerário, dando a brecha ao juiz da execução para interpretá-lo, nesse caso, é necessária uma posição pró-ativa, a fim corrigir essas imperfeições, pois toda e qualquer decisão judicial que seja fundamentada com base em tais premissas, incontestavelmente, afronta a Constituição da República, sendo assim não se pode exigir mais do que estar previsto em lei.

De modo que, a decisão que indefere uma progressão de regime, em sede de execução penal, com base exclusivamente na gravidade delitiva e na



longevidade da reprimenda, configura lesão à liberdade de locomoção, pelo uso de violência oficial, mediante ilegalidade e abuso de poder.

Para sanar tal questão, primeiramente, pesquisou-se a respeito do sistema de progressão de regime prisional como direito do sentenciado, e quais requisitos necessários que a lei exige para progressão. Em seguida, passou-se a analisar como a Execução Penal funciona, de forma a garantir os direitos dos réus em cumprimento de pena. Após, examinou-se a influencia do mérito e da conduta do apenado durante a execução de sua pena, e por fim, passou-se a contemplar, a supressão da obrigatoriedade do exame criminológico e as divergências doutrinárias a respeito do tema.

A metodologia de pesquisa empregada foi à bibliográfica, bem como o método dedutivo.

## **2 REQUISITOS LEGAIS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME**

Para entendermos como funciona a progressão de regime, primeiramente devemos entender como funcional 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 dar 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 ele vai dar inicio ao cumprimento de sua 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.

Portanto, sem essa 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”.

Sendo assim, 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 guia de recolhimento.

Para a concessão da progressão de regime prisional é necessários o preso preencher dois critérios de forma simultânea, um critério de natureza objetiva ao qual e esta previsto em lei e o de natureza Subjetiva ao qual diz respeito à conduta carcerária do preso, o que será o objeto desta pesquisa.

### **3 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, sendo assim, a progressão de regime prisional é 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 [...].

Ocorre que para o preso ter direito a progressão de regime é necessário preencher alguns requisitos, sendo estes de natureza objetiva e subjetiva, desde que esse preenchimento seja de forma simultânea, no qual requisito objetivo consiste de previsão legal em que o preso tenha cumprido lapso temporal suficiente no regime anterior e mais gravoso e o de natureza subjetiva decorre do bom comportamento carcerário do preso devidamente comprovado pelo diretor da unidade prisional, vejamos o que 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”.

Logo, segundo o que determina a lei para que haja a progressão como cita a Lei de Execuções Penais, não basta apenas o preso cumprir determinado lapso temporal, determinado por lei, no regime estabelecido em sentença, ele terá que cumprir simultaneamente o requisito subjetivo, que é ter boa conduta carcerária determinada por lei.

#### **4 REQUISITOS OBJETIVOS**

Como já mencionado anteriormente, o requisito objetivo é aquele pré-estabelecido em lei, ao qual depende tão somente da interpretação legal pelo magistrado, porém ele se dar de forma diferenciada para cada pena imposta, ou seja, o tempo de cumprimento da pena no regime mais gravoso vai ser determinado pelo tempo total da pena a cumprir e pelo tipo de crime, seja ele comum ou hediondo, haja vista que 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, por exemplo, conforme veremos a seguir.

Deste modo, segundo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (2019):



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 pré-determinado pelo lei, sem abrir espaços para um possível juízo de valores, a ser feito pelo mesmo.

## 5 RÉU PRIMÁRIO E RÉU REINCIDENTE

E chamado de réu primário aquele em 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, o que não se confunde com maus antecedentes, pois este não gera 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”<sup>3</sup>.

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, a julgar por o

---

<sup>3</sup> 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)



legislador fugir a regra e ter optado no caso da execução penal em específico por aplicar dois pesos e duas medidas, ou seja, ter condutas diversas diante de situações praticamente idênticas, aplicando a lei com mais ou menos rigor de acordo com a pena imposta ao preso, buscando assim não praticar nenhuma injustiça.

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 vai ser prejudicial ao condenado na hora de intentar sua progressão.



É o relato, 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 seria considerado crime 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 praticar o crime repulsivo com que ele foi praticado, bem como outras circunstâncias que torna a ação hedionda.

Segundo Damásio (2020, p. 245) o crime hediondo é: “[...] 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 é diferenciado, pois o lapso temporal é distinto, ou seja, 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 essa porcentagem aumenta para pelo menos 60% de cumprimento de pena em regime mais rigoroso para que o preso possa requerer o regime menos rigoroso, porém não basta somente possuir lapso temporal exigido por lei, deve simultaneamente a esse lapso preencher o requisito subjetivo que é o objeto principal desta pesquisa.

## **6 REQUISITOS SUBJETIVOS**



O requisito de natureza Subjetiva, como já mencionado é aquele que diz respeito à conduta carcerária do preso, ou seja, seu comportamento durante a execução de sua pena dentro do estabelecimento prisional, e nele que o juízo da execução vai se basear na hora de conceder ou não a progressão de regime, haja vista que esse critério diz muito sobre a conduta do ser humano para retornar o 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):

Mérito, no léxico, significa aptidão, capacidade, superioridade, merecimento, valor moral. Em sua concepção filosófica, mérito é o título para se obter aprovação, recompensa, prêmio.

## 7 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, sendo assim, esse requisito depende exclusivamente do próprio preso e considerando que o preso possui bom comportamento carcerário, circunstâncias que demonstram efetivo empenho no seu processo de readaptação social, devidamente comprovado através de Boletim Informativo emitido pela Unidade Prisional que se encontra preso, ou seja, do histórico prisional que vai revelar se ele é merecedor da benesse perseguida, senão vejamos o que diz o artigo 33,§ 2º do Código Penal e o artigo 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 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[...]”, (MARCÃO, 2005, p. 15).

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 [...], (MARCÃO, 2005, p. 15).

Portanto, o preso deve demonstrar aptidão às regras que lhe são impostas, não necessitando ele demonstrar conformismo, arrependimento e transformação, uma vez que as normas são objetivas bastando o segregado a elas aderir, sendo assim a lei exige apenas o mérito do apenado, coexistente com o requisito objetivo, enfim, nada há a obstar a progressão de regime pleiteada.

## **8 ATESTADO DE CONDUTA CARCERÁRIA**

O Atestado de Boa Conduta Carcerária, também conhecido como BI (Boletim Informativo) é o documento necessário para requerer progressão de regime ou livramento condicional do preso, e só pode ser emitido pela unidade prisional em que o preso encontra-se, 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): “[...] o Boletim Informativo é um histórico carcerário do preso[...]”

E por se tratar de um documento de finalidade jurídica deve ser requerido por advogado constituído ou Defensor Público, junto ao setor jurídico da unidade prisional, e o pedido deve ser feito por escrito e protocolado na unidade prisional, prazo para entrega é de 20 dias úteis, contados do protocolo do pedido.



Nesse atestado 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, falta disciplinares, dentre outros, ou seja, é o histórico carcerário do preso, e somente com um histórico de bom comportamento carcerário é que o preso pode pleitear benefícios ao juízo da execução.

## **9 A GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E 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 podendo, 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, fica provado que a infração grave antiga e a longa pena a cumprir não podem ser invocadas como óbices à progressão de regime.

## **10 SUPRESSÃO DA OBRIGATORIEDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO E AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS**

A Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003, 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, tal exigência viola o sistema legal constitucional.

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 [...].

Isso se justifica na circunstância de que a imposição do regime fechado decorre da prática de crimes de maior gravidade. Entretanto, para os presos que iniciem 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 à correta individualização da execução. E para os condenados em regime aberto ou a pena restritiva de direitos? Infere-se do art. 8º da Lei de Execuções Penais que não se realiza 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.

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 algumas decisões do STF e do STJ acerca do tema.

O cometimento de falta grave justifica a determinação de exame criminológico. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 396.439/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 19/06/2018 A gravidade abstrata dos delitos praticados e a longevidade da pena a cumprir não podem servir, por si sós, como fundamento para a determinação de prévia submissão do apenado a exame criminológico para fins de concessão do benefício do livramento condicional. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 396.384/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 07/06/2018. Mesmo que inexigível, uma vez realizado o exame criminológico, nada obsta sua utilização pelo magistrado como fundamento válido para o indeferimento do pedido de progressão de regime. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 451804/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 18/09/2018. Não existe qualquer vício no fato de o exame criminológico não ter sido feito por médico psiquiatra. Além do psiquiatra, o STJ admite também a realização do exame criminológico por psicólogo ou assistente social: A elaboração do laudo criminológico por psiquiatra, psicólogo ou assistente psicossocial não traz qualquer mácula ou ilegalidade à decisão que indeferiu a progressão de regime com base em tal documento, mormente porque qualquer destes profissionais está habilitado a realizar perícia técnica compatível com o que se busca saber para a concessão do benefício de progressão de regime. STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 440208/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 02/10/2018. STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 451804/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 18/09/2018. Nada impede que o magistrado das execuções criminais, facultativamente, requisite o exame criminológico e o utilize como fundamento da decisão que julga o pedido de progressão. STF.



2ª Turma. Rcl 27616 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 9/10/2018 (Info 919).

Assim sendo, não se pode indeferir pedido de progressão de regime com fundamento em informações fornecidas em exame criminológico.

## 11 CONCLUSÃO

Como se pode concluir apesar de inúmeras leis que descrevem 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.

Apesar de inúmeras discussões nesse sentido, ainda assim é necessário por inúmeras vezes ao instancias superiores para que se possa ter o direito assegurado do preso. Com isso é perceptível que somente o atestado de comportamento carcerário estar sendo relativizado não cumprindo seu papel de análise de mérito.

Assim, é possível afirmar que existe um aumento gigantesco de decisões fundamentada de forma equivocada que acaba por manter por mais tempo o preso em um regime prisional diverso do que ele deveria estar colocando em risco à dignidade do réu não é apenas uma hipótese, mas sim uma realidade.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução Penal**. Grupo GEN, 2019.

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

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)



BRASIL, **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm). Acesso em: 11 junho. 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/465607149/habeas-corpus-hc-396439-sp-2017-0087152-9> . Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** nº 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/19153460/habeas-corpus-hc-119554-sp-2008-0241167-1/inteiro-teor-19153461?ref=juris-tabs>. Acesso em: 11 jun. 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. **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.

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

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=O%20cumprimento%20de%20pena%20referente,em%20regime%20prisional%20mais%20gravoso..> Acesso em 31 mar. 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.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

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

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

PROGRESSÃO de regime. **TJDFT**. Distrito Federal. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/execucoes-penais/vep/informacoes/progressao-de-regime>. Acesso em 16 jun. 2021.

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-superiores#:~:text=63%20do%20C%C3%B3digo%20Penal%3A%20%22verifica,tenh a%20condenado%20por%20crime%20anterior.%22](https://jus.com.br/artigos/42428/analise-sobre-a-reincidencia-no-direito-penal-aspectos-praticos-e-teoricos-a-luz-da-jurisprudencia-dos-tribunais-superiores#:~:text=63%20do%20C%C3%B3digo%20Penal%3A%20%22verifica,tenh a%20condenado%20por%20crime%20anterior.%22>)> Acesso: em 16 de abril de 2021.

RECIDIVISM. **National Institute of Justice**. Washington. Disponível em: <https://nij.ojp.gov/topics/corrections/recidivism>. Acesso em: 16 jun. 2021.

RIBEIRO, Benitez Ribeiro. Sistema de Progressão de Pena: Como funciona o direito dos presos para progressão para os regimes semi-aberto e aberto. Disponível em: <https://gbribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/540121447/sistema-de-progressao-de-pena>. Acesso em: 30 mar. 2021.

SILVA, Lucas Pereira. **O elemento subjetivo na progressão de regime: Atestado de Conduta Carcerária X Exame Criminológico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-167/o-elemento-subjetivo-na-progressao-de-regime-atestado-de-conduta-carceraria-x-exame-criminologico/> Acesso: em 21 de janeiro de 2021.