

Tese 125

Proponente: Patrick Lemos Cacicedo

Área de Atividade: Criminal

SÚMULA

O lapso temporal para a segunda progressão de regime inicia-se na data em que os requisitos da primeira foram atingidos, pois a decisão judicial sobre progressão de regime tem natureza declaratória.

ASSUNTO

Execução penal – progressão de regime – requisito objetivo

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Del. CSDP 143/2009

Art. 6º. São atribuições funcionais da área de execução criminal :

- I. atuar em processos de execução criminal, promovendo integralmente os direitos dos sentenciados hipossuficientes, em todas as fases e atos do processo;

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

*Nas últimas décadas, o Brasil passou por um significativo aumento da sua população prisional decorrente do fenômeno descritos por alguns autores como encarceramento em massa ou grande encarceramento. Com efeito, de 1990 a 2014 a população prisional brasileira teve um aumento de 575%, ultrapassando a faixa dos 600 mil presos. Com déficit superior a 230 mil vagas, o sistema penitenciário brasileiro passou por expressiva piora no referido período, sendo notório o reconhecimento de nossas prisões como ambientes notadamente degradantes.

A práxis cotidiana nas varas de execução penal demonstra que o funcionamento da maior parte destas é verdadeiramente caótico. A burocracia, contudo, não revela apenas um mau funcionamento do órgão, mas produz efeitos concretos no direito de liberdade das pessoas sob sua jurisdição, uma vez que os pedidos de efetivação de direitos demoram meses ou anos para serem analisados, em frontal violação tanto ao art. 196 da Lei de Execução Penal, quanto à determinação constitucional de duração razoável do processo.

Por conta desse problema, os lapsos temporais previstos em lei para os direitos da execução penal são desrespeitados e as pessoas acabam por cumprir a pena de maneira notadamente mais gravosa do que o previamente determinado na norma penal. No plano concreto da execução penal, a progressão de regime, por exemplo, é concedida muito após um sexto do cumprimento da pena no caso de crimes não hediondos, sendo mais frequente até mesmo que ocorra após um terço do que no marco legalmente garantido. No caso de penas curtas, a lentidão das varas de execução penal acaba por revigorar, na prática, o cumprimento de pena em regime integralmente fechado, pois a pena se esgota antes que o juiz consiga analisar qualquer dos direitos da execução penal.

Assim, para além do conteúdo das decisões, o mau funcionamento das varas de execução penal contribui de maneira significativa para a superlotação das prisões, pois impedem a efetivação dos direitos no tempo e na forma determinados legalmente como garantias diante do poder punitivo do Estado.

Assim, o caótico funcionamento da execução das penas no Brasil acaba por trazer ao próprio Poder Judiciário questões de cunho jurídico daí advindas. É o caso da discussão acerca da consequência jurídica a ser dada ao atraso na concessão da progressão de regime, o que implica em definir qual é a natureza da decisão sobre a progressão de regime.

A posição firmada no Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos foi a de que "o marco para a progressão ao regime aberto será aquela data que efetivamente corresponda ao início do cumprimento da pena no regime anterior – semiaberto – e não aquela que supostamente lhe daria tal direito." (HC 171.695/SP, 6º T, j. 28.06.2012, Min. Og Fernandes).

O principal fundamento utilizado pela Corte Superior é o de que "devem ser respeitados os períodos cumpridos em cada regime prisional" (cf. HC 202.202/RJ, 5º T, j. 15.08.2013, Min. Laurita Vaz; HC 297.936/SP, 5º T, j. 17.09.2015, Min. Reynaldo Soares da Fonseca.), uma vez que "estabelece o art. 112 da Lei de Execução Penal que o sentenciado tem que cumprir o requisito temporal de 1/6 no regime em que se encontra e, posteriormente, progredir para o regime subsequente." (HC 260.546/SP, 5º T, j. 01.08.2013, Min. Laurita Vaz.).

Após mais de três anos de tramitação, em dezembro de 2015 o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 115.254/SP de maneira frontalmente contrária à jurisprudência dominante no STJ. Para o STF, "na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior."

Primeiramente, cumpre ressaltar que no julgamento do *habeas corpus*, o STF não tratou a questão apenas em seu aspecto técnico-dogmático, senão que reconheceu os problemas reais que ocasionaram a discussão jurídica em tela. Nesse sentido, o relator, Min. Gilmar Mendes, apontou que "negligenciar a observância da celeridade processual nas decisões acerca da progressão de regime pode gerar reflexo inclusive na superlotação carcerária." Alerta, por isso mesmo, para um projeto de lei do Senado Federal (PLS 513/2013) que prevê a automatização dos pedidos em execução penal com a utilização de tecnologia da informação.

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia classificou como "limbo burocrático" a demora na análise dos pedidos em execução penal. Menciona, em seguida, pesquisa feita em três Estados do Brasil, segundo a qual a média para reconhecimento da progressão de regime é de um ano e meio.

O caso, portanto, recebeu uma análise também a partir de circunstâncias concretas e de seus efeitos práticos. Trata-se, aqui, de definir se a demora na análise da progressão de regime, que não teve como causa a conduta do sentenciado, pode prejudicá-lo. Mais especificamente, trata-se de definir se a mora do próprio Poder Judiciário pode ter como consequência uma decisão judicial que prejudique o jurisdicionado.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes asseverou que prejudicar o réu nessa circunstância "seria fazer vista grossa à mora judiciária em detrimento do apenado cumpridor de suas obrigações." Para além disso, o atraso na apreciação da progressão de regime possibilitou um outro olhar sobre a questão da legalidade: se para o STJ a ilegalidade consiste na consideração

do tempo de cumprimento de pena após atingir o lapso temporal, mas antes da decisão que concede a progressão de regime, para o STF a ilegalidade se verifica no próprio atraso na análise do pedido progressivo.

Com efeito, o acórdão assinala que foi a "omissão judicial inaceitável (que) causou constrangimento ilegal ao apenado", o que torna as decisões dos Tribunais Superiores contraditórias e inconciliáveis. A diferença fundamental entre os dois entendimentos se encontra no fato de que o STJ invocou a garantia fundamental da legalidade em desfavor do seu destinatário, enquanto o STF o fez em seu benefício.

A legalidade, tal qual as demais garantias fundamentais previstas na Constituição da República e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tem sua razão de ser na limitação do arbítrio estatal exercido na forma de poder punitivo. A leitura da questão levada a efeito pelo STJ subverte o sentido da legalidade, que no caso concreto amplia indevidamente o poder punitivo do Estado, no que se pode classificar como verdadeiro garantismo às avessas.

A Lei de Execução Penal não dispõe de norma que autorize a progressão de regime meses ou anos após a fração legal, como frequentemente sucede na prática. O posicionamento do STJ, a despeito de se arvorar na defesa da legalidade, na verdade corrobora o mais absoluto estado de ilegalidade da execução penal brasileira, fazendo com que uma deficiência do próprio Poder Judiciário recaia sobre a liberdade das pessoas, que passam a cumprir pena de maneira mais gravosa do que a determinada em lei. Invoca-se, assim, a legalidade, princípio constitucional de proteção contra o arbítrio estatal, para justificar uma situação de verdadeira ilegalidade.

A vedação legal da progressão por salto, trazida como argumento de peso em todos os julgados sobre o tema no plano do STJ, no entanto, não se aplica à questão. Conforme expôs o acórdão da Suprema Corte, no caso sob análise "o paciente não se insurge contra o cumprimento da pena em caráter progressivo, tampouco se recusa a submeter-se ao regime semiaberto. O que o reeducando pleiteia é que se respeitem os prazos legais e que os direitos sejam declarados à época adequada."

Não se trata, por evidente, de progressão por salto. Este fenômeno se perfaz apenas no caso em que uma pessoa que cumpre pena em regime fechado e que preencha os requisitos apenas para o regime semiaberto seja progredida diretamente para o regime aberto. No caso do HC 115.254/SP, o paciente não pleiteou a progressão do regime fechado diretamente para o aberto, uma vez que já se encontrava em regime semiaberto, mas desejava que a data-base para início da contagem do lapso temporal para a progressão final fosse antecipada ao momento em que cumprira os requisitos para a primeira progressão de regime.

Ressalte-se, contudo, que mesmo nos casos em que a demora judicial seja tamanha que o sentenciado ainda no regime fechado perfaça os requisitos para duas progressões de regime, sua transferência imediata para o regime aberto não configura progressão por salto. Esta situação é inteiramente diversa daquela em que preenchidos os requisitos apenas para a progressão ao regime intermediário o sentenciado é transferido para o regime aberto, pois no primeiro caso, apenas a ineficiência estatal impediu que o regime semiaberto fosse cumprido regularmente antes da chegada ao regime aberto.

Um dos principais méritos da decisão em comento é o de assentar que a violação ao princípio constitucional da duração razoável do processo não pode ensejar para o seu destinatário que, "pessoalmente, arque com as deficiências do aparato judicial." Este

fundamento, por si só, desmonta toda a razão de ser dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, a decisão foi além e possibilitou qualificar o debate sobre a natureza jurídica da progressão de regime e da decisão judicial que a concede.

Conforme exposto acima, a jurisprudência do STJ confere à progressão de regime a natureza jurídica de benefício. Esta concepção, contudo, é fruto de uma visão autoritária que ignora a natureza penal das normas que regem a fase executória e seu consequente papel de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder punitivo estatal. Desta forma, os lapsos temporais previstos em lei devem ser interpretados como limites impostos à execução da pena, enquanto a progressão de regime deve ser encarada como um verdadeiro direito da pessoa em face do Estado. Assim, cumpridos os requisitos previstos em lei, o juiz deve imediatamente reconhecer o direito, de maneira que resta configurado constrangimento ilegal o cumprimento de pena em regime fechado quando preenchidos os requisitos para progressão ao regime semiaberto. O mesmo entendimento se aplica ao livramento condicional, indulto e comutação.

A melhor posição, portanto, é aquela que reconhece a progressão de regime como um direito, não como um benefício. Na qualidade de um direito da pessoa que cumpre pena, após o preenchimento dos requisitos legais, cumpre ao juiz apenas reconhecer o direito e efetivá-lo. Este é o sentido que se extrai do acórdão da Suprema Corte, a despeito de se referir à progressão de regime ora como direito, ora como benefício, o que parece ser feito mais em virtude do costume do que a partir da materialidade dos seus fundamentos.

A correta interpretação da garantia da legalidade e o reconhecimento da natureza jurídica de direito à progressão de regime culminam na natureza declaratória da decisão judicial a seu respeito, conforme deixou expresso a decisão do STF. Desta forma, a decisão judicial declara a existência do direito no momento em que seus requisitos legais são preenchidos, ou seja, a ato judicial apenas declara a progressão de regime, que se completou na data em que o lapso temporal foi alcançado quando a pessoa possui bom comportamento carcerário. Como consequência lógica, a contagem do lapso temporal para a segunda progressão de regime inicia-se na data em que os requisitos da primeira foram atingidos, pois a decisão judicial apenas declara a progressão de regime ao invés de constituí-la.

No caso do indulto e da comutação, que igualmente possuem a natureza jurídica de um direito subjetivo do sentenciado, o Decreto nº 8.615/15 prevê expressamente que o ato judicial de sua concessão tem caráter declaratório. Cumpre consignar que, por igualmente ter a natureza jurídica de direito subjetivo, a mesma lógica se aplica ao livramento condicional.

No caso concreto, a analogia utilizada pelo STF na afirmação do caráter declaratório da decisão de progressão de regime foi a do caso da regressão de regime pela prática de falta disciplinar de natureza grave. Conforme assinalou o acórdão da Corte Suprema, "em caso de regressão, a data-base é o dia da prática da falta grave, e não do pronunciamento judicial posterior reconhecendo-a: em situações de progressão, a regra deve ser a mesma, o cumprimento dos requisitos legais é o marco."

Assim, consignada a natureza declaratória, e não constitutiva, da decisão que defere a progressão de regime, a data em que o sentenciado efetivamente cumpriu os requisitos para o regime semiaberto passa a ser definida como a data-base para o início de contagem do lapso temporal para a progressão final ao regime aberto, de modo a impedir que eventual demora na análise judicial do pedido progressivo possa prejudicar o jurisdicionado.

Após a repercussão da decisão do STF, o Superior Tribunal de Justiça passou a acolher a tese aqui exposta em suas duas turmas (cf. HC 369.774 e Ag.Rg no Resp 1.582.285). Assim, a tese proposta objetiva uma atuação estratégica para que a tese seja acolhida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelos juízos das varas de execução criminal do estado.

*A fundamentação jurídica acima foi baseada e extraída em grande parte em artigo de minha autoria: CACICEDO, Patrick. A natureza declaratória da decisão de progressão de regime: notas sobre o julgamento do HC 115.254 no Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 124, p. 357-368, 2016.

Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. (Org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão carcerário**: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Conselho Nacional de Justiça, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

SHIMIZU, Bruno. Sobre o cárcere, o Judiciário e irresponsabilidades. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, v. 274, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A despeito da mudança de posicionamento dos Tribunais Superiores, a imensa maioria dos juízes de execução penal do estado de São Paulo, bem como o Tribunal de Justiça de São Paulo ainda entendem que a data-base para a segunda progressão de regime é a data em que efetivamente ocorreu a primeira, ainda que com atraso causado exclusivamente pelo Estado.

Os efeitos desse entendimento nos planos individual e coletivo são desastrosos para a liberdade e dignidade humana, com consequências concretas no sofrimento causado pelo aprisionamento pessoal, bem como nas condições gerais de encarceramento. Tal entendimento jurídico, manifestamente ilegal e inconstitucional, contribui diretamente para o quadro de massivo e superlotado encarceramento no Brasil, que configura o mais grave quadro de violação de direitos humanos no país.

Assim, além da correção jurídica, sua aplicação prática e estratégica tem efeitos concretos na garantia da liberdade e na redução do quadro de hiperencarceramento vivido em São Paulo.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Sugere-se a operacionalização da tese especialmente pelo requerimento da progressão de regime seguindo o lapso temporal correto, com a consequente impetração de habeas corpus ou agravo em execução em caso de indeferimento.

Notadamente nos casos em que a diferença temporal entre os dois marcos temporais em discussão for muito grande, será possível o acionamento dos Tribunais Superiores, com a viável possibilidade de produção de súmula de entendimento dominante em apoio à tese proposta.

Além disso, podem ser feitos requerimentos para que os juízes determinem que os cálculos das VECs sejam feitos de acordo com a tese proposta.