

TESE 142

ÁREA: EXECUÇÃO CRIMINAL

Proponentes: Comissão Justiça e Paz (Luciano Santoro)

Assunto: Execução penal – progressão de regime – requisito subjetivo

Indicação do item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública na Lei Complementar estadual n.º 988 de 09 de janeiro de 2006:

“Art. 5.º – São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

VI – promover:

(...)

I) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;

Ainda, a Deliberação CSDP, n.143, de 26 de novembro de 2009, dispõe:

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

Desde 2003, a Lei 10.792 retirou a obrigatoriedade de realização do exame criminológico. Nesse sentido, segundo o art. 112 da Lei de Execuções Penais (LEP), a pena privativa de liberdade será executada quando cumprido “o lapso temporal fixado em lei, a depender de o crime ter sido praticado antes ou depois da entrada em vigor do Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019 (requisito objetivo)¹

1. Para crimes praticados antes de 23 de janeiro de 2020:

Art. 112, LEP. 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)

Art. 2º § 2º, Lei 8.072/90. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da

pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

A partir de 23 de janeiro de 2020:

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: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) e "ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento"²

2 A Lei nº 13.964/2019 manteve o mesmo requisito subjetivo ao dar nova redação ao § 1º do artigo 112, da LEP, mantendo a essência do caput da redação anterior

("ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento"). (requisito subjetivo).

Depreende-se que o exame criminológico não consta como requisito legal para fins de execução da pena privativa de liberdade, sendo suficiente a avaliação do diretor do estabelecimento prisional para que o requisito subjetivo seja preenchido.

Caso assim não o fosse, o(a) reeducando(a) estaria exposto a grave risco de constrangimento ilegal, eis que, em razão dos trâmites burocráticos, acaba por ficar mais tempo do que o previsto em regime mais gravoso ao que legalmente lhe cabia, como apontado pelo acórdão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2103746- 20.2018.8.26.0000 de relatoria do Desembargador Péricles Piza.

Conforme firmado pelo referido IRDR, a progressão do regime de cumprimento de pena possui natureza declaratória e não constitutiva. Assim, o marco inicial a ser considerado do implemento dos requisitos do art.112 da LEP é a data em que o(a) reeducando(a) efetivamente preencheu os requisitos e não a data em que foi colocado no regime a que cumpre pena. 63

No mesmo sentido, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC 638.702/SP, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, reafirmou em março de 2021 que, além de não ser requisito legal para concessão de benefício, o exame criminológico apenas atesta (como uma segunda opinião) a condição do sujeito.

Por esse motivo, fixou-se na decisão que o exame criminológico não deve ser considerado para fins do cálculo da data-base para futuras progressões de regime:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DATA-BASE PARA FUTURAS PROGRESSÕES. DATA NA HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR 23 QUAL EFETIVAMENTE IMPLEMENTADOS OS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Desde a edição da Lei 10.792/03, a realização de exame criminológico deixou de constar do rol dos requisitos legais para a progressão de regime, não podendo a data-base para a concessão do benefício ficar atrelada à emissão de laudo pericial favorável ao reeducando, sob pena de se criar uma exigência não prevista em lei, em manifesta afronta ao princípio da reserva legal.

2. Possuindo o reeducando bom comportamento carcerário, deve-se considerar como data-base para a progressão de regime o dia em que efetivamente preenchido o requisito objetivo e não a data de conclusão do exame criminológico favorável ao apenado, uma vez que antes mesmo da elaboração do laudo técnico, o requisito subjetivo, ou seja, o bom comportamento, já havia se implementado.

3. Habeas corpus concedido para determinar que o Juízo das Execuções Criminais estabeleça, como data-base para futura progressão de regime, o dia em que o paciente efetivamente preencheu os requisitos objetivo e subjetivo, e não a data de apresentação do exame criminológico favorável ao apenado. (HC 638.702/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021)

Na prática, a exigência de elaboração de um exame criminológico posterga a concretização do direito subjetivo do(a) reeducando(a). Além da apresentação de atestado de bom comportamento já ser suficiente, o tempo de conclusão do exame pode se estender por meses. Assim, a pessoa privada de liberdade que tem a efetivação de seu direito vinculada à realização do exame criminológico é submetida

a regime mais gravoso pela mora e ineficiência do Estado em realizá-lo em tempo oportuno.

Desse modo, muito embora a atual orientação dos Tribunais Superiores seja no sentido de ser facultado ao juízo da execução criminal determinar a realização do exame criminológico, desde que o faça em decisão motivada no caso concreto (art. 93, XI, CRFB), a sua realização não pode prejudicar o direito público subjetivo da pessoa presa e ser motivo para tratamento desigual entre aqueles que cumprem pena.

Isto quer dizer que o reeducando que é submetido ao exame criminológico já terá que aguardar todo o seu trâmite para enfim progredir, o que pode levar meses, dada a falta de estrutura do Estado para a sua elaboração e isso não pode ser motivo de gravame para a progressão futura, que considera como data-base a data em que satisfaz os requisitos legais.

A um sentenciado em que não se exigiu o exame criminológico, considerar-se-á preenchido o requisito subjetivo com o atestado de bom comportamento carcerário, enquanto a outro, que por qualquer razão se entendeu necessário o exame criminológico, somente o será quando o Estado finalizar o estudo? Mas é o exame criminológico o requisito previsto em Lei, ou ele apenas comprova que o requisito subjetivo já estava presente quando do pedido? Obviamente, que o requisito subjetivo não é preenchido com o exame, até porque desde 2003 a Lei 10.792 retirou a sua obrigatoriedade.

Portanto, não é o exame criminológico o ato jurídico que leva à satisfação do requisito subjetivo, sendo apenas uma segunda comprovação do mérito do reeducando, que por Lei é essencialmente comprovado ao "ostentar boa conduta carcerário" (artigo 112, §1º, LEP).

Entretanto, o tema se torna absolutamente relevante, porque as Varas de Execuções Criminais do Estado de São Paulo passaram entender que a data de realização do exame criminológico é a ser considerada para constatação do preenchimento do requisito subjetivo, seguindo orientação fixada quando do julgamento dos Embargos de Declaração no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2103746-20.2018.8.26.0000

"A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. O termo inicial para a progressão de regime deverá ser a data em que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo descritos no art. 112 da Lei de Execução Penal, e não a data em que efetivamente foi deferida a progressão. Importante ressaltar que referida data deverá ser definida de forma casuística, fixando-se como termo inicial o momento em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo. Vale dizer, se por último for preenchido o requisito subjetivo, independentemente da anterior implementação do requisito objetivo, será aquele o marco para fixação da data-base para efeito de nova progressão de regime".

Em consequência, aos reeducandos que foram submetidos ao exame criminológico o requisito subjetivo seria satisfeito, nesse equivocado entendimento, quando da sua conclusão e não da expedição do atestado de conduta carcerária.

Acresça-se, ainda, que a Defensoria Pública opôs novos Embargos de Declaração, tendo sobrevivido recente decisão de 11 de junho de 2021, esclarecendo:

“Consigne-se, em acréscimo, que ao contrário do que parece entender a Defensoria, a tese final em nenhum momento estabeleceu que se considera atendido o requisito subjetivo na data de elaboração do exame criminológico. Ela deixa claro que “deverá ser definida de forma casuística”.”

Por sua vez, tão pouco a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça resolve, em definitivo, essa violação de dignidade e equidade entre os presos, já que as Quintas

3 AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPUGNAÇÃO DEFENSIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. PREVISÃO DE JULGAMENTO EM DECISÃO MONOCRÁTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. PROGRESSÃO DE REGIME.

DECISÃO DE NATUREZA DECLARATÓRIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORIENTAÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR. DATA-BASE PARA FUTURAS PROGRESSÕES. DATA NA QUAL IMPLEMENTADOS OS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ANÁLISE CASUÍSTICA PARA DEFINIR O MOMENTO EM QUE PREENCHIDO O ÚLTIMO REQUISITO PENDENTE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Segundo reiterada manifestação desta Corte, não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do Relator calcada em jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do Órgão Colegiado, mediante a interposição de agravo regimental. [...] (AgRg no HC 650.370/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 29/04/2021)

2. V- A data-base para verificação da implementação dos requisitos objetivo e subjetivo, previstos no art. 112 da Lei n. 7.210/1984, deverá ser definida de forma casuística, fixando-se como termo inicial o momento em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo. VI - In casu, ante a determinação de realização de exame criminológico, o requisito subjetivo somente restou implementado no momento da realização do exame favorável ao paciente, razão pela qual deve ser considerado como data-base para nova progressão, mesmo estando o requisito objetivo preenchido em momento anterior. Habeas corpus não conhecido. (HC 414.156/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 29/11/2017).

3. Na hipótese vertente, o decisum agravado, em consonância com tal diretriz jurisprudencial, considerou como data-base para a nova progressão de regime prisional o dia em que foi realizado o exame criminológico, e se implementou, em consequência, o último requisito (subjetivo).

4. Agravo improvido.

(AgRg no HC 662.160/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 14/05/2021) e Sexta

4 “HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DATA-BASE PARA FUTURAS PROGRESSÕES. DATA NA QUAL EFETIVAMENTE IMPLEMENTADOS OS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Desde a edição da Lei 10.792/03, a realização de exame criminológico deixou de constar do rol dos requisitos legais para a progressão de regime, não podendo a data-base para a concessão do benefício ficar atrelada à emissão de laudo pericial

favorável ao reeducando, sob pena de se criar uma exigência não prevista em lei, em manifesta afronta ao princípio da reserva legal.

2. Possuindo o reeducando bom comportamento carcerário, deve-se considerar como data-base para a progressão de regime o dia em que efetivamente preenchido o requisito objetivo e não a data de conclusão do exame criminológico favorável ao apenado, uma vez que antes mesmo da elaboração do laudo técnico, o requisito subjetivo, ou seja, o bom comportamento, já havia se implementado.

3. Habeas corpus concedido para determinar que o Juízo das Execuções Criminais estabeleça, como data-base para futura progressão de regime, o dia em que o paciente efetivamente preencheu os requisitos objetivo e subjetivo, e não a data de apresentação do exame criminológico favorável ao apenado.

(HC 638.702/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021)“Turmas apresentam entendimentos opostos, o que novamente leva a uma loteria do judiciário: caso o reeducando esteja sob a jurisdição de um juízo de execução criminal que não tenha por entendimento requerer o exame criminológico, ele ganhou, caso contrário, perdeu; caso seu processo seja julgado na Sexta Turma, ele ganhou, caso seja a Quinta Turma, ele perdeu. Não há, assim, segurança jurídica.

Portanto, a tese proposta objetiva uma atuação estratégica para que o Tribunal de Justiça de São Paulo e os juízos das Varas de Execução Criminal do Estado de São Paulo acolham o entendimento da súmula ora proposta. 66

Fundamentação fática e importância da proposta

O Brasil figura no ranking dos cinco países do mundo com a maior população do sistema prisional. Em 2020, segundo a plataforma “Monitor da Violência”, o número de pessoas presas correspondia a 682,1 mil. Este número expressivo considera as pessoas em prisão provisória e nos regimes semiaberto e fechado. Mesmo sem considerar o regime aberto e os que estão em carceragens de delegacias, essa população já ultrapassa a capacidade de vagas do sistema, resultando em um déficit de 241,6 mil vagas.

O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu o contexto de violações sistemáticas de direitos humanos ao qual são submetidas as pessoas privadas de liberdade, declarando o estado de coisas inconstitucional sobre o sistema carcerário brasileiro na ADPF 347.

A superlotação, as péssimas condições estruturais, a falta de acesso à higiene e à saúde foram recentemente agravadas pela pandemia da covid-19. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem monitorado os impactos da doença sobre pessoas privadas de liberdade e agentes penitenciários publicando quinzenalmente boletins com registro de contágios e óbitos. A despeito dos indícios de subnotificação, vale ressaltar que em junho de 2021 o número de casos confirmados totalizou 81.214 pessoas contaminadas.

Diante desse cenário de risco à vida e à saúde das pessoas sob custódia do Estado, faz-se necessário combater imposições que obstaculizem direitos subjetivos, como a progressão de regime e outros benefícios da execução penal.

O poder Judiciário, caso não observe a legalidade, pode contribuir para a superlotação e encarceramento em massa. Em concreto, o entendimento de alguns magistrados de que a data-base para a futura progressão de regime seria aquela constante no

laudo do exame criminológico, prolonga de forma ilegal e excessiva a estadia da pessoa em privação de liberdade nestes estabelecimentos precários e em condições inaceitáveis.

Toda a problemática aqui enfrentada poderia ser sanada com o simples cumprimento dos ditames circunscritos na lei, a qual limita a execução progressiva da pena a dois requisitos obrigatórios: lapso temporal e boa conduta carcerária, atestada pelo diretor da unidade prisional.

Sugestão de operacionalização

Sugere-se que os defensores públicos nos casos em que se constatarem divergências a respeito do cálculo da data-base para progressão de regime adotem a tese ora proposta. Isto é, a de que a data de apresentação de exame criminológico não compõe o lapso temporal para fins de progressão futura de regime.

Por isso, recomenda-se a realização de requerimentos nas VECs e via impetração de habeas corpus ou agravo de execução no Tribunal de Justiça e recursos e ações constitucionais nos Tribunais Superiores para que os cálculos sejam realizados a partir da data em que efetivamente tiverem sido cumpridos os requisitos objetivo e subjetivo previstos na LEP.

Notadamente, adotar o lapso temporal do exame criminológico resulta na perpetuação da estadia do(a) reeducando(a) no presídio e ofende os princípios da dignidade da pessoa humana e da humanidade (art.1º, III, e art. 5º, XLVII, CRFB). Assim, recomenda-se o acionamento de Tribunais Superiores, com viável possibilidade de produção de súmula de entendimento dominante em apoio a tese proposta.

Referências

IRDR nº 2103746- 20.2018.8.26.0000, Rel. Desembargador Péricles Piza, julgado em 28/03/2019; HC 638.702/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021; HC 644.574/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES, SEXTA TURMA, jugado em 18/05/2021, AgRg no HC 623.502/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021.

LOPES JUNIOR, Aury. "A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal", Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 11, nº 123, pp. 11-13, fev. 2003. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_editorial/143-123-Fevereiro-2003. Acesso em 16 jun 2021

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Boletim Covid-19 e Sistema Prisional. Brasil, 02 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Monitoramento-Casos-e-%C3%93bitos-Covid-19-2.6.21-Info.pdf>. Acesso em: 16 jun 2021

DA SILVA, Camila Rodrigues, et al. Monitor da violência: população carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação em presídios. G1, São Paulo, 17 de maio de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 16 jun 2021

VIAPIANA, Tábata. Progressão de regime não está condicionada a exame criminológico, diz TJ-SP. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/progressao-regime-nao-condicionada-exame-criminologico?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: 16 jun 2021