

PROGRESSÃO DE REGIME E O ARGUMENTO DE PRINCÍPIO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A FIXAÇÃO DA DATA-BASE¹

Gabriel Benedetti Marques Rodrigues²

Marcela Helena Marcolino³

RESUMO

A presente reflexão objetiva apresentar uma interpretação a respeito da fixação da data-base para fins de progressão de regime prisional. Como se sabe, a legislação referente ao tema não apresenta critérios para a definição da data parâmetro que servirá de cálculo para benefícios prisionais. Tratando-se especificamente da progressão do regime fechado para o semiaberto, exsurge o debate acerca de qual deve ser a data-base para o cálculo da nova progressão (do semiaberto ao aberto). Embora tenha sido possível observar uma uniformização da jurisprudência dos Tribunais Superiores, ainda persistem algumas dúvidas e discussões que levam juízes a decidirem de formas diversas, fazendo com que sentenciados permaneçam por mais tempo que o necessário no regime prisional mais gravoso. O assunto assume relevância por interferir diretamente na liberdade individual e deve preocupar a comunidade jurídica na medida em que é possível observar uma agravante quanto ao bom comportamento carcerário: a predominância de um imaginário na doutrina e jurisprudência brasileira de que é indispensável (mesmo ficando a critério do juiz) a constatação da boa conduta carcerária por meio do conhecido exame criminológico. Assim, por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial, espera-se analisar em que medida o requisito objetivo (temporal) pode ser utilizado como data parâmetro para a progressão de regime a fim de evitar que sentenciados fiquem por tempo abusivo e ilegal em regime mais gravoso do que tenham direito.

Palavras-chave: Progressão de Regime; Fixação Data-base; Argumento de Princípio.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

² Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Graduado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Atua principalmente nos seguintes temas: Teoria Constitucional; Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica. Pesquisador do grupo Justiça Política e Cidadania, com linha de pesquisa em Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania. Email: gabrielbenedetti3@gmail.com

³ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Pesquisadora do grupo Justiça Política e Cidadania, vinculado à Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) e direcionado à Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania, atuando, principalmente, nos seguintes temas: Poder Constituinte; Mutação Constitucional; Ativismo Judicial; Judicialização. Email: marcelamarcolino1@gmail.com

ABSTRACT

This reflection aims to present an interpretation regarding the setting of the base date for the purposes of prison regime progression. As is known, the legislation related to the subject does not present criteria for the definition of the parameter date that will be used to calculate prison benefits. With specific reference to the progression from the closed to the semi-open regime, there is a debate about what should be the base date for calculating the new progression (from semi-open to open). Although it was possible to observe a uniformity in the jurisprudence of the Superior Courts, there are still some doubts and discussions that lead judges to decide in different ways, causing convicts to remain longer than necessary in the most burdensome prison regime. The subject is relevant because it directly interferes with individual freedom and should concern the legal community insofar as it is possible to observe an aggravating factor regarding good prison behavior: the predominance of an imaginary in Brazilian doctrine and jurisprudence that it is essential (even if it is at the discretion of the judge) the verification of good prison conduct through the well-known criminological examination. Thus, through a literature review and jurisprudence, it is expected to analyze to what extent the objective (temporal) requirement can be used as a parameter date for the progression of the regime in order to prevent sentenced people from staying for abusive and illegal time in a more serious regime of what they are entitled to.

Keywords: Regime Progression; Base date fixation; Principle Argument.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma interpretação que se pretenda adequada acerca da fixação da data-base para fins de progressão de regime, especificamente com relação à data parâmetro após a progressão ao regime semiaberto. Trata-se de um assunto que, embora não ocupe a atenção de parte considerável da doutrina, possui efeitos extremamente relevantes para a execução penal e a consecução de seus objetivos, pois é a partir da data-base que se torna possível ter uma expectativa temporal sobre uma das principais formas de reinserção social: a progressão de regime.

Para além de sua relevância, também é importante mencionar que uma data-base mal definida pode ocasionar a permanência por tempo ilegal e indevido no regime mais severo, com graves consequências a diversos direitos e objetivos estipulados pela própria legislação, rechaçando um dos princípios basilares do Estado de Direito: a liberdade individual.

No entanto, como se sabe e é reconhecido pela comunidade jurídica, a legislação que regula a execução penal também não apresenta quaisquer critérios para a definição da data

que servirá de parâmetro para o cálculo de benefícios prisionais. Embora seja possível observar uma certa uniformização da jurisprudência dos Tribunais Superiores, ainda há situações que padecem de uma definição e acabam incorrendo em interpretações equivocadas.

Uma delas é a hipótese que aqui se pretende analisar: quando há progressão do regime fechado ao semiaberto. Neste caso, a jurisprudência definiu que o principal critério a ser adotado na fixação da data-base consiste no dia do preenchimento dos requisitos legais (art. 112 da Lei de Execução Penal – LEP). Com relação ao primeiro requisito, trata-se de um critério objetivo que se verifica com o lapso temporal, não havendo maiores problemas quanto a sua visualização; já o segundo requisito (critério subjetivo), diz respeito ao que determina o §1º do referido art. 112: a boa conduta carcerária atestada pelo Diretor do estabelecimento prisional.

É neste segundo caso que se encontram os questionamentos que o presente trabalho pretende abordar: quando há o preenchimento do requisito subjetivo? Seria na mesma data em que houve o preenchimento do requisito objetivo? Ou na mesma data de elaboração do atestado carcerário ou do exame criminológico? Há ainda de se indagar: e se esses documentos atestarem um mau comportamento carcerário? Evidentemente que a progressão de regime deverá ser indeferida, mesmo havendo o lapso temporal necessário; mas, quando houver um segundo atestado carcerário ou exame criminológico, que seja favorável à progressão, qual data será considerada para fins de data-base? A data de feitura desses documentos? Mas, esses documentos apenas não atestam o comportamento do sentenciado durante um período anterior?

Nos últimos anos, a propósito, esses questionamentos ficaram em maior evidência a partir do que foi decidido no Recurso Especial nº 1.797.258/SP, em que se adotou o entendimento de que o termo inicial para a nova progressão de regime deverá ser a data em que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo, observando-se o momento em que foi preenchido o último requisito pendente. Além deste importante julgamento, também merece atenção às discussões que ocorreram no recente julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 2103746-20.2018.8.26.0000 junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (tema 28), que embora tenha entendido que o marco inicial para a nova progressão é data do preenchimento do requisito objetivo, seguiu o mesmo entendimento que o Superior Tribunal de Justiça após julgar os embargos declaratórios opostos pelo Ministério Público.

É importante ressaltar que o assunto é relevante porque interfere diretamente na liberdade individual e deve preocupar a comunidade jurídica na medida em que é possível

observar uma agravante quanto ao bom comportamento carcerário: a predominância de um imaginário na doutrina e jurisprudência brasileira de que é indispensável (mesmo ficando a critério do juiz) a constatação da boa conduta carcerária por meio do conhecido exame criminológico. Pois, condiciona-se a progressão não ao bom comportamento carcerário devidamente atestado pelo Diretor do estabelecimento prisional, mas sim ao exame criminológico favorável – que em inúmeros casos, examina mais a personalidade do que a boa conduta carcerária⁴.

Nesse sentido, com a suposta necessidade de elaboração de documentos técnicos, é possível verificar uma demora ainda maior no reconhecimento ou não do preenchimento do requisito subjetivo. Assim, observa-se a importância de se discutir qual seria efetivamente o dia do preenchimento dos requisitos legais, tendo em vista que, caso a data-base seja definida como o dia de elaboração dos documentos técnicos, estar-se-á dando abertura para uma aplicação possivelmente prejudicial ao direito de progressão.

A partir disso e com o objetivo de explorar as questões apresentadas, por meio de revisão bibliográfica, o presente trabalho será elaborado da seguinte maneira: em um primeiro momento, será feita uma breve apresentação da teoria de Ronald Dworkin no que diz respeito ao argumento de princípio e o direito de receber uma resposta correta, a fim de orientar a investigação principal consistente na construção de um argumento que pode vir a ser considerado constitucionalmente adequado para a solução da fixação da data-base.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE UM ARGUMENTO DE PRINCÍPIO

No livro *Levando os Direitos a Sério*, Ronald Dworkin (2002, p. 430) desenvolve uma teoria da decisão judicial que apresenta justificativas para que uma das partes do processo reivindique a prerrogativa de sair vencedora e negar ao juiz o poder discricionário de decidir

⁴ Antes de ser um mecanismo científico de eficiência e prevenção (objetivado, nos termos da Lei, para a individualização da pena), reconhece-se no exame criminológico a característica de ser um produto histórico de controle social do Direito Penal (PREUSLER e SILVA JÚNIOR, 2015). Uma forte crítica, por exemplo, é fornecida por Maria Lúcia Karam (2009, p. 54), ao afirmar que o exame criminológico, ao visar identificar a suposta periculosidade do indivíduo e tentar obter respostas quanto as possibilidades de reiteração, acaba na verdade invadindo a esfera de intimidade e privacidade do indivíduo. Tanto é que foi possível observar diversas críticas da comunidade de psicólogos quanto a exigência do exame criminológico como condição para a progressão de regime (REISHOFFER e BICALHO, 2017).

em favor da outra⁵. Esse processo descrito pelo autor representa o direito que surge para as partes, ao provocarem o judiciário, de receber uma resposta sobre o direito que se tem ou não, inclusive, naqueles casos consideráveis difíceis⁶, em que nenhuma decisão é ditada pelo direito e, portanto, não há uma regra específica para o caso em questão.

Isso pode ser interpretado a partir do caso que o presente trabalho investiga, uma vez que, conforme comentado anteriormente, não há dispositivos legais que definem critérios para a fixação da data-base. Neste caso, conforme a teoria dworkiana, ainda que não exista uma regra específica para tanto, o sujeito tem o direito a uma resposta adequada sobre a data que servirá de parâmetro para os cálculos dos benefícios prisionais e consequentemente negar ao juiz qualquer poder discricionário, pois, para além das regras jurídicas, existem padrões de fundamentação e justificação que juízes devem observar em todas as decisões judiciais.

Esse padrão é o que Dworkin chama de princípio. Assim, embora não seja pretensão deste trabalho apresentar um conceito de princípio, a investigação do que vem a constituir um argumento de princípio se faz necessária.

Com efeito, eles são constituídos no interior de uma comunidade histórica. Ou seja, os princípios compõem aquilo que Dworkin apresenta como história institucional do Direito. Por ela, entendem-se as decisões políticas tomadas no passado que refletem os direitos políticos do presente. Na verdade, não se trata de qualquer decisão passada, e tampouco de repetições de práticas institucionais. Deve haver aqui um juízo moral para aferir aquilo que pode ser considerado a melhor prática dentro da institucionalidade. No entanto, faz-se necessário advertir que essa leitura moral não corresponde ao que cada indivíduo, a partir da sua subjetividade, entende por “melhor prática”, como se fosse possível reconhecer que cada homem forme seu “conjunto principiológico” de acordo com a sua consciência (STRECK, 2011, p. 544).

⁵ A respeito disso, duas considerações se fazem necessária: a primeira é a de que esse processo decisório não representa um procedimento mecânico de descoberta dos direitos das partes, conforme o próprio Dworkin afirma (2002, p. 127); e segundo que esse processo decisório não necessariamente levará sempre à mesma decisão nas mãos de diferentes juízes (DWORKIN, 2002, p. 430).

⁶ A distinção entre casos fáceis e difíceis (ou *easy cases and hard cases*) é feita por Dworkin no debate que este faz com Herbert Hart. No entanto, Hart não utiliza essas expressões, uma vez que fala em zona de penumbra, em que a estrutura de linguagem, na aplicação concreta, gera ambiguidades. Para tanto, ver: DWORKIN, 2002, p. 127 et. seq.

A proposta de Dworkin, nesse sentido, é que existe uma justificativa moral constituída dentro de uma comunidade histórica que possibilitará a decisão judicial. Por isso, afirma que “[...] a história institucional age, não como uma restrição do juízo político dos juízes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração” (DWORKIN, 2002, p. 136).

Assim, quando o caso apresenta divergências – como o problema da data-base aqui analisado –, deve-se buscar superá-la numa perspectiva moral; não no sentido de que cada sujeito tenha a sua própria moral e chegue a uma conclusão, mas sim que mesmo os juízos morais apresentam algum grau de objetividade – uma moral política⁷ –, em que é possível uma leitura moral, dentre outras, que seja mais coerente com a comunidade de princípios.

Desse modo, para descobrirmos qual seria a interpretação mais adequada, devemos discutir os argumentos numa lógica moral dentro da história institucional do direito⁸, localizada nesse âmbito compartilhado entre decisão do passado e possibilidade no futuro: ao mesmo tempo que condiciona a decisão judicial com o “pano de fundo” que deve ser levado em consideração, também legitima a decisão judicial. Nas palavras de Lenio Streck (2011, p. 546): “Os princípios são, portanto, estar marcas que balizam a formação da história institucional do direito. Esta história institucional possibilita a formação legítima de algo como uma decisão judicial.”.

Como se pode perceber, então, esse direito de receber uma resposta que surge para os demandantes do judiciário ao provocar o referido órgão, corresponde a um direito que deve ser julgado por critérios formados antes da decisão (elemento histórico). Em nossa tradição, esse conteúdo prévio é representado pela Constituição Federal, não enquanto texto dividido em artigos, incisos, parágrafos, etc, mas, sim

⁷ Nas palavras de Dworkin (2014, p. 499): “As comunidades políticas são apenas agregações de indivíduos, mas alguns desses indivíduos têm papéis e poderes especiais que lhes permitem agir, sozinhos ou em conjunto, em nome da comunidade como um todo. Assim, devemos reconhecer um outro departamento de valor: o da moral política. A ética estuda como as pessoas devem administrar sua responsabilidade de viver bem, e a moral política, o que cada qual, como indivíduo, deve aos outros indivíduos. A moral política, por sua vez, estuda o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial.”

⁸ Conforme Flávio Quinaud Pedron (2009, p. 104): “Uma análise da história institucional daquela sociedade pode indicar princípios jurídicos capazes de fornecer soluções para o caso *sub judice*.”

[...] a Constituição entendida como um evento que introduz prospectivamente, um novo modelo de sociedade. Este evento que é a Constituição está edificado sob certos pressupostos que chegam até nós pela história institucional de nossa comunidade. Tais pressupostos condicionam toda tarefa concretizadora da norma, porque é a partir deles que podemos dizer se o direito que se produz concretamente está legitimado de acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária. (STRECK, 2011, p. 546).

São esses pressupostos que irão compor o argumento de princípio. Para explicá-lo, Dworkin o distingue do argumento de política. Enquanto este corresponde a um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, o princípio diz respeito a um outro tipo de padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque estabelece direitos; trata-se de uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade⁹ (DWORKIN, 2002, p. 36).

Em outras palavras: um argumento de política justifica uma decisão política; um argumento de princípio justifica uma decisão jurídica: “Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, 2002, p. 141).

Na proposta de Dworkin, é o argumento de princípio que tem condição de legitimar o ato estatal no âmbito judicial, pois é ele que invoca direitos, independentemente das consequências que isso trará para a sociedade. Aliás, o próprio Dworkin rechaça a ideia de que juízes devem prestar algum tipo de conta com a sociedade ao proferirem suas decisões, uma vez que não estão pressionados às maiorias políticas e tampouco devem atender aos sentimentos da sociedade. Como se sabe, Dworkin trabalha com a ideia de princípios como forma de solucionar os problemas decorrentes da discricionariedade judicial. Assim, embora seja constantemente possível observar juízes lançando mão de argumentos de política como se

⁹ É importante salientar que, numa importação da teoria dworkiana, deve-se levar em consideração o contexto em que o autor escreve e projeta sua teoria. Nesse sentido, faz-se necessário mencionar que Dworkin escreve para a Teoria Constitucional dos Estados Unidos da América. Assim, quando o autor fala em argumento de princípio que estabelece direitos, não leva em consideração a gama de direitos sociais e coletivos que, por outro lado, pode ser verificada na Constituição brasileira. Com isso, qualquer utilização de sua teoria tem de trabalhar com essa premissa: alguns elementos que o autor coloca como argumento de política, na nossa realidade pode ser interpretado como direitos sociais ou coletivos (como o direito ambiental), previstos na Constituição Federal. Isso não significa, porém, que juízes, no Brasil, estariam autorizados a julgar por argumentos de política, naquele sentido de justificar uma decisão a partir de um argumento que coloca a questão política acima dos direitos.

legisladores fossem – prática tão visível e recente nos tribunais brasileiros¹⁰ – Dworkin (2002, p. 133-136) apresenta diversas objeções a essa possibilidade:

a) Juízes não são eleitos pelo voto popular e não são responsáveis perante o eleitorado;

b) Se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato;

c) Por uma questão de democracia: o direito deve ser criado por autoridades eleitas e responsáveis;

d) As decisões políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração (juízes não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado);

e) É errado sacrificar direitos de um homem em nome de algum dever criado depois do fato para melhorias de um grupo ou da sociedade.

f) Se um dever é criado por lei, o réu teria tomado conhecimento desse dever de maneira muito mais explícita, e seria razoável esperar que organizasse seus negócios de forma a precaver-se contra as consequências do cumprimento do dever.

Com efeito, é o argumento de princípio que deverá compor a decisão judicial; Dworkin sustenta a necessidade de se decidir por princípios porque em toda decisão judicial deve haver a manifestação do todo coerente da comunidade de princípios. Conforme Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p. 238), há uma espécie de indício formal no conceito de princípio, pois em todos os casos conflituosos há uma possibilidade de um argumento de princípio; afinal,

¹⁰ Como por exemplo afirmou o Ministro Luís Roberto Barroso, ao defender que o Supremo Tribunal Federal deve corresponder aos sentimentos da sociedade. Para tanto, ver: “Barroso afirma que STF deve corresponder aos sentimentos da sociedade”. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade>. Acesso em 15 jan. 2021. Além disso, vale mencionar a recente pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) que trata sobre o perfil da magistratura. Na questão nº 60, por exemplo, questionou-se a concordância dos magistrados nos casos sensíveis para a sociedade, em que não é constituído uma maioria parlamentar, sobre a possibilidade de o judiciário exercer um papel criativo na produção de normas, a fim de atender aos anseios da coletividade. O resultado foi que uma grande quantidade de juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores, concordam com essa possibilidade criativa dos membros do Judiciário. Ver: WERNECK VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2018.

seria possível imaginar um caso hipotético em que não estaria em jogo, ou não pudesse ser arguido em favor de um dos oponentes, o princípio da igualdade? Poderia haver um processo em que as discussões violassem o devido processo legal?¹¹

Portanto, independentemente da existência de uma regra regulando o caso, haverá sempre a possibilidade de se argumentar por princípio, pois o princípio é o elemento que existencializa a regra que ele instituiu; “a regra só será regra se obedecer àquilo que a institui e que lhe é condição de possibilidade de sentido: o princípio” (STRECK, 2011, p. 567).

Contudo, isso não significa que os princípios estejam dados previamente à disposição da comunidade jurídica, pois “[...] esses princípios não são reduzidos a entidades objetivas, passíveis de ser manipuladas pelos juristas. Os princípios acontecem em meio à moral que emerge da própria comunidade” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 232). Com efeito, a teoria dworkiana diz respeito a uma proposta construtivista, no sentido de que é necessário, ainda que hipoteticamente, reconstruir o caso para que seja possível aplicar os princípios adequados.

Na verdade, isso tem relação com aquela distinção pós-positivista entre texto e norma. Isso porque, o fato de os princípios não estarem dados de antemão não implica que o intérprete possa iniciar o processo interpretativo a partir de qualquer lugar. O texto é a principal referência na interpretação jurídica. Ao tratar sobre a leitura moral da Constituição, Dworkin aponta que a interpretação tem que partir daquilo que foi dito pelos constituintes. Ou seja, deve-se buscar, dentro da linguagem, aquilo que foi efetivamente estabelecido. Nas palavras de Dworkin (2006, p. 15): “somos governados pelo que nossos legisladores disseram – pelos princípios que declararam – e não por quaisquer informações acerca de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios”. Nesse sentido, o princípio será verificado a partir do sentido atribuído ao texto constitucional em determinada situação concreta.

¹¹ Interessante é, inclusive, a consideração que o referido autor faz sobre o conceito de princípio: “Por exemplo, a igualdade não é um princípio porque é mais geral ou abstrato que uma regra; nem tampouco o é porque através dela introduzimos valores no discurso jurídico. Também não podemos aceitar a tese de que princípios colidem em abstrato por serem mandados de otimização que exigem sua implementação máxima respeitada as condições jurídicas e fáticas. Falamos em igualdade como princípio porque, em qualquer caso concreto estará em jogo o problema da igualdade, que sempre funcionará como um todo referencial para determinação das regras que irão construir a regulamentação dos casos nas decisões do judiciário; estas decisões, por sua vez, não poderão ser tomadas de forma aleatória, mas sim de acordo com a história institucional (leis, precedentes, Constituição) e pelos princípios morais que ordenam, de modo coerente, a comunidade” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 239).

Assim como, essa interpretação também deve ser disciplinada pela exigência de integridade e coerência. Isto é, a justificação da fundamentação de determinada decisão deve respeitar a integridade do direito, vista como um compromisso em tratar todos de maneira consistente com os princípios de moralidade política, que se encontram nas instituições da comunidade, como Constituição, Leis e Precedentes (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 179). Além disso, a interpretação da Constituição deve se mostrar coerente com a comunidade de princípios e com a linha de interpretação seguida por outros juízes no passado (romance-em-cadeia: trabalho em equipe entre passado e futuro que elaboram uma moralidade constitucional coerente; as contribuições de uns devem se harmonizar com as dos outros) (DWORKIN, 2006, p. 15)¹².

Assim, no intuito de responder ao problema apresentado, analisaremos a questão da fixação da data-base com as contribuições da proposta de Dworkin acerca daquilo que pode vir a ser um argumento de princípio.

3. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA DATA-BASE

Com efeito, ficou brevemente exposto nas notas introdutórias que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a data-base para fins de progressão de regime deve corresponder a data de preenchimento dos requisitos legais, previstos no art. 112 e seu §1º, da Lei de Execuções Penais. No entanto, antes da abordagem que aqui se pretende fazer, é importante advertir que não faz parte dos objetivos deste trabalho questionar o caráter declaratório ou constitutivo da decisão que concede a progressão de regime. Como se sabe, o assunto foi pauta de discussões de diversos Tribunais brasileiros, de modo que hoje, considera-se a questão já superada pela jurisprudência, que adotou o entendimento pela natureza declaratória da referida decisão¹³.

¹² Uma outra explicação sobre a integridade e coerência – mas que também vai no mesmo sentido do apontado acima – é oferecida por Lenio Streck. Segundo o autor, a integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, numa perspectiva de ajuste de substância; enquanto que a coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si (STRECK, 2021, p. 314).

¹³ Anteriormente à pacificação de entendimento, considerava-se também que a decisão que concedia a progressão de regime era constitutiva de direito. Nesse sentido, entendia-se que a data-base para novos cálculos deveria ser a data em que a decisão foi proferida, e não a data que houve o efetivo preenchimento dos requisitos legais. O grande

Mesmo assim, a pacificação do assunto tem íntima relação com o que aqui abordamos. Primeiro, porque um dos argumentos que justificaram o entendimento pela natureza declaratória da decisão que defere a progressão de regime também pode ser utilizado no ponto principal do problema que investigamos (indivíduos tendo de suportar as deficiências do aparato estatal). Segundo, porque o próprio conteúdo do que ali ficou decidido deixou um vácuo na questão: se a natureza da decisão é declaratória e a data-base deve corresponder ao dia do preenchimento dos requisitos legais, então, quando se dá o preenchimento do requisito subjetivo?

Quanto a esta indagação, não houve qualquer definição nesse sentido na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF):

Habeas Corpus. 2. Execução Penal. Progressão de regime. Database. 3. Nos termos da jurisprudência do STF, obsta o conhecimento do habeas corpus a falta de exaurimento da jurisdição decorrente de ato coator consubstanciado em decisão monocrática proferida pelo relator e não desafiada por agravo regimental. Todavia, em casos de manifesto constrangimento ilegal, tal óbice deve ser superado. 4. Na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior. 5. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. 6. Deve ser aplicada a mesma lógica utilizada para a regressão de regime em faltas graves (art. 118, LEP), em que a data-base é a da prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a falta. 7. Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida. (STF, HC 115.254/SP, Rel. Ministro GILMAR MENDES).

O tribunal que mais chegou perto de definir a questão foi o Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Recurso Especial nº 1.797.258/SP, de relatoria do Ministro Felix Fisher, também ficou decidido que o termo inicial para a nova progressão de regime deverá ser a data em que preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo. Porém, houve a ressalva de que essa data deverá ser definida de forma casuística, pois se deve observar o momento em que foi

problema desse entendimento era que, em inúmeros casos, o sentenciado havia de suportar as consequências da mora judicial; isto é, quanto mais tempo o Judiciário levava para proferir a decisão, mais tempo o sentenciado demoraria para conseguir uma nova progressão. Nesse sentido: “Ora, não é justo, tampouco legítimo, manter o preso em regime gravoso do que aquele que tem direito, nos termos da lei [...] É essencial que se atenda ao princípio constitucional da duração razoável do processo, não podendo exigir que o reeducando, pessoalmente, arque com as deficiências do aparato judicial [...] Dessa forma, o marco para a progressão será a data que efetivamente corresponda ao preenchimento dos requisitos legais, e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior, sob pena de constrangimento ilegal. Essa é a melhor leitura da regra explicitada pelo artigo 112 da Lei de Execução Penal, entendendo a decisão judicial como declaratória do direito do apenado, com base no mesmo raciocínio aplicado a penalidades disciplinares decorrentes de falta grave, conforme previsão do artigo 118 do mesmo diploma legal. Dessa forma, faz-se um sistema lógico e justo” (STF, HC 115.254/SP, Rel. Ministro GILMAR MENDES).

preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo. Certamente, essa interpretação dada no referido julgamento pode ser considerada um avanço para a definição da questão. No entanto, mesmo depois dela, as dúvidas e controvérsias continuaram¹⁴, conforme foi possível observar no julgamento do supramencionado IRDR junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o Ministério Público opôs embargos declaratórios a fim de que essa questão fosse sanada. Contudo, o Tribunal rejeitou os embargos sob o argumento de que o ponto relacionado ao requisito subjetivo não fora objeto do IRDR, mas que mesmo assim o tribunal buscou acompanhar a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, dando indícios da íntima relação entre a decisão do STJ e daquele tribunal estadual¹⁵.

Assim, diante desta indefinição que permeia a fixação da data-base sob o aspecto do requisito subjetivo, apresentaremos algumas objeções.

O primeiro ponto a ser trabalhado diz respeito à própria noção do que vem a ser o requisito subjetivo. De acordo com o texto legal (art. 112 da LEP), o sentenciado só terá direito a progressão se apresentar “bom comportamento carcerário”. No entanto, não há na legislação qualquer critério que possa objetivar o que vem a ser esse bom comportamento carcerário¹⁶;

¹⁴ É o que foi possível observar no julgamento do supramencionado IRDR junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o Ministério Público opôs embargos declaratórios a fim de que essa questão fosse sanada. Contudo, o Tribunal rejeitou os embargos sob o argumento de que a questão relacionada ao requisito subjetivo não fora objeto do IRDR, mas que mesmo assim o tribunal buscou acompanhar a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, dando indícios da íntima relação entre a decisão do STJ e daquele tribunal estadual. Outro exemplo, em âmbito mais regional, especificamente na 6ª Região Administrativa Judiciária do Departamento Estadual de Execuções Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi possível observar algumas decisões judiciais que determinaram a elaboração de cálculo de pena considerando como data-base para a nova progressão de regime o dia em que o exame criminológico foi elaborado, pois se entendeu que o preenchimento do requisito subjetivo se deu com esse primeiro laudo favorável.

¹⁵ Após essa decisão, foi possível observar, junto ao referido tribunal do Estado de São Paulo, que ora havia acórdãos no sentido de reconhecer a data-base de acordo com o requisito objetivo, ora de acordo com o requisito subjetivo, seguindo-se o dia de elaboração do atestado de boa conduta carcerária ou exame criminológico.

¹⁶ Rodrigo Roig (2016, p. 214), por exemplo, aponta que haveria maior objetividade se o conceito de bom comportamento fosse entendido como aquele apurado pela ausência de punição (devidamente imposta pelo Poder Judiciário) por falta disciplinar grave em período razoavelmente anterior (doze meses). Ou seja, não havendo cometimento de faltas graves no período anterior de doze meses à progressão, entender-se-ia pelo bom comportamento do condenado. Na verdade, existem outros diplomas normativos que procuram trazer uma maior objetividade ao comportamento carcerário. De acordo com o art. 78 do Regulamento Penitenciário Federal (Decreto nº 6079/2007), o “bom comportamento carcerário é aquele decorrente de prontuário sem anotações de falta disciplinar, desde o ingresso do preso no estabelecimento penal federal até o momento da requisição do atestado de conduta.” E, havendo registro de faltas (leve, média ou grave), o sentenciado terá alguns prazos para a reabilitação de sua conduta, que será de acordo com a natureza da falta cometida. No mesmo sentido é o art. 89 da Resolução nº 144 da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. No entanto, há de se considerar que existem outras Secretarias estaduais que, por meio de Resolução, definiram outros prazos para a reabilitação das faltas disciplinares. Nesse sentido, ver o Boletim do Ministério Público do Estado de Goiás sobre a reabilitação de faltas disciplinares na execução penal. Disponível em:

havendo somente a exigência de que esse comportamento deverá ser comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional. Ou, conforme chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, o bom comportamento carcerário também pode ser comprovado por meio de exame criminológico¹⁷.

Como se pode perceber, então, o atestado de boa conduta carcerária emitido pelo Diretor do estabelecimento prisional ou o exame criminológico apenas comprovam a existência de um bom comportamento ou não. Assim, quando há um atestado favorável à progressão, seja pelo Diretor do estabelecimento prisional, seja pela comissão técnica que elabora o exame criminológico, apenas se constata o reconhecimento de uma situação jurídica anterior, já passada! Ou seja, como o próprio nome diz, um atestado “apenas” atesta informações sobre fatos que já aconteceram ou não, de modo que não há qualquer constituição de direitos por parte desses documentos. Em outras palavras, o direito à progressão decorre daquilo que dispõe a Constituição e a legislação, e não daquilo que atesta um funcionário estatal¹⁸.

Tanto é que o próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de sua 2ª Câmara Criminal, já decidiu no sentido de que o atestado de bom comportamento carcerário, assim como a decisão judicial que concede a progressão, possui natureza declaratória (apenas reconhece um direito existente):

Agravo em execução. Progressão de regime prisional. Regime aberto. Lapso temporal. Requisito objetivo. Termo inicial. Requisito subjetivo. Atestado de bom comportamento carcerário. Segundo a jurisprudência de nossos tribunais superiores, que se impõe a todos os juízes e tribunais do país, até por conta dos ideários de uniformização e racionalização do nosso sistema criminal de justiça, o termo inicial para o lapso temporal para a progressão ao regime aberto será o momento em que a pessoa satisfaz o requisito temporal para a anterior progressão, então ao regime semiaberto. Não se pode considerar, para tal fim, a data de elaboração do atestado de bom comportamento carcerário porque um atestado, como diz o próprio nome, aliás, é tão simplesmente declaratório quanto a decisão de anterior progressão de regime. Quem atesta alguma coisa, obviamente, o faz sobre um registro já anteriormente constituído. (TJSP; Agr. de Execução Penal 0003648- 91.2019.8.26.0496; Relator: Sérgio Mazina Martins)

http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2020/10-out/paginas/cao_criminal/pdfs/pdf2.pdf. Acesso em 04 jan. 2021.

¹⁷ Ver notas 3 e 15.

¹⁸ Não há atestado de comportamento para verificação se o condenado terá ou não um bom comportamento. Na verdade, o que se tem de forma prévia é justamente o exame criminológico, que deveria ser feito no início do cumprimento de pena para obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação, e não para análise do requisito subjetivo da progressão de regime, como equivocadamente é feito no âmbito dos Tribunais brasileiros. Nesse sentido, é o artigo 8º da LEP: “Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”. A título de esclarecimento, o parágrafo único deste artigo também possibilita a feitura do referido exame ao condenado que cumprirá a pena privativa de liberdade no regime semiaberto.

Por esta razão que o atestado de boa conduta ou o exame criminológico somente são elaborados em períodos próximos ou, na sua maioria e indevidamente¹⁹, após o preenchimento do requisito objetivo, justamente para verificar se durante o período já transcorrido o sentenciado apresentou o comportamento carcerário adequado. E, mais uma vez, é a decisão da mesma 2ª Câmara que traz considerações sobre a questão:

No entanto, fato é que o atestado de bom comportamento carcerário - que, advirta-se, como atestado que é, somente pode ser considerado também declaratório - só é realizado após o cumprimento do requisito objetivo, exatamente porque, sem este, não haveria utilidade no preenchimento daquele. Repita-se, um atestado, como diz o próprio nome, é objetivamente aferível. Mais lógico, portanto, que o estabelecimento primeiramente confirme o cálculo de progressão, para que, somente se o lapso necessário tiver sido cumprido, consulte os registros do comportamento do indivíduo. Afinal, quem atesta alguma coisa, obviamente, o faz sobre um fato já anteriormente constituído. Veja-se que um atestado médico, por exemplo, tem por objeto uma doença constituída no corpo do paciente antes de sua subscrição. Portanto, muito embora tenha sido firmado esse atestado posteriormente, não deverá ser a data da expedição do atestado de bom comportamento aquela considerada para fins de data-base da progressão de regime e demais institutos da execução penal. (TJSP; Agr. de Execução Penal 0003648- 91.2019.8.26.0496; Relator: Sérgio Mazina Martins).

Portanto, os mesmos fundamentos que embasaram a decisão do HC 115.254/SP no STF – que reconheceu o caráter declaratório da decisão que concede a progressão de regime – podem justificar a adoção do entendimento que aqui se pretende abordar, mostrando-se que a argumentação aqui apresentada atende a exigência de integridade e coerência com a decisão passada do STF. Isso porque, uma vez que ficou determinado que a decisão que concede a progressão não pode ser utilizada como parâmetro para o cálculo de novos benefícios, justamente porque o aparato judicial pode se mostrar moroso e deficiente, fazendo com que a decisão que reconheça um direito atrase excessivamente e, conseqüentemente, o sentenciado tenha que aguardar mais tempo que o previsto na Lei para uma nova progressão de regime. Nesse sentido, entendeu-se que não seria adequado fazer com que um sentenciado aguardasse a decisão para que somente então fosse definida a sua data-base para a próxima progressão de regime.

¹⁹ Nas palavras de Domingos Barroso da Costa (2014, p. 49): “[...] a superação do marco objetivo sem a apuração relativa ao atendimento das condições subjetivas caracteriza excesso de restrição e, portanto, só pode ser vista como constrangimento ilegal”.

Da mesma forma, a elaboração em prazo razoável do atestado de comportamento carcerário e, principalmente, do exame criminológico, dependem de um bom funcionamento da estrutura estatal, o que nem sempre acontece, visto que o atestado de boa conduta ou o exame criminológico somente ficam prontos após dias, semanas ou meses do preenchimento do requisito objetivo. E também por isso, não se mostra adequado considerar a data de feitura desses documentos como parâmetro para o cálculo de uma nova progressão e outros benefícios, afinal, se o condenado não deve suportar as deficiências do aparato judicial, por qual motivo deveria então suportar o tempo de elaboração de documentos técnicos que apenas atestam se o requisito subjetivo foi preenchido ou não?

Nesse sentido, é importante destacar que quando falamos no tempo que é levado para que os documentos comprobatórios fiquem prontos, não necessariamente estamos afirmando uma morosidade do Judiciário ou da autoridade pública do estabelecimento prisional. O que queremos afirmar é a incoerência (Dworkin) – com a decisão do STF – em fazer com que esse tempo que se leva para elaborar tais documentos, que geralmente ocorre só depois do cumprimento do lapso temporal, recaia sobre o direito fundamental de liberdade do indivíduo que se encontra sob a custódia do Estado.

Assim, podemos observar a construção daquilo que pode ser considerado um argumento de princípio, pois, seria admissível pensar numa ação coercitiva do Estado que implicasse na transferência das deficiências do aparato estatal àqueles que cumprem pena? Admitiremos que a definição da data parâmetro, mesmo quando já houve o preenchimento do lapso temporal, deve aguardar a elaboração de um atestado? Admitiremos que sentenciados fiquem por mais tempo que o necessário em regime mais gravoso do que teria direito? Estaríamos, com isso, proporcionando condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP)?

Além disso, outra consideração importante a se fazer é que, caso se entenda pela data-base como sendo a data de elaboração do atestado ou documentos técnicos, estar-se-ia admitindo, como comentado acima, que sentenciados permanecessem por mais tempo que o necessário no regime mais gravoso. Como decorrência disto, o período entre o cumprimento do lapso temporal necessário e a elaboração dos documentos comprobatórios do requisito subjetivo será totalmente desconsiderado para a nova progressão. Por exemplo, um indivíduo que atingiu o lapso temporal para o regime semiaberto em 1 de março, mas que só veio a ter reconhecido

seu bom comportamento carcerário em 30 de março, não terá por contabilizado, para fins da futura progressão ao regime aberto, esses quase 30 dias que ficou aguardando a comprovação do bom comportamento.

Ocorre que, como se sabe, em matéria penal não há que se falar em qualquer possibilidade de reversibilidade da pena cumprida. Ou seja, não há como reverter ou indenizar o sentenciado pelos dias de cumprimento de pena em regime indevido! Como sustentar, então, um argumento que possibilita uma irregularidade – que na verdade implicará numa ilegalidade – dentro de uma conduta que restringe a liberdade?

Desse modo, a discussão aqui está em torno da determinação sobre uma regra: a fixação da data-base. No entanto, a sua aplicação e justificação encontram respaldo em um argumento de princípio consubstanciado na liberdade (*caput* art. 5º da Constituição Federal): o sentenciado não deve suportar as deficiências e mora do Poder Judiciário e tampouco deve cumprir pena em regime indevido sem que isso seja considerado para a posterior progressão, sob pena, nas duas hipóteses, de violabilidade da liberdade fundamental.

Evidentemente que o correto e mais adequado é que o Poder Público oferecesse as condições para que o requisito subjetivo fosse comprovado em um curto período anterior ao lapso necessário, a fim de que os sentenciados sejam transferidos para o regime menos gravoso assim que cumprido o tempo exigido por lei. Contudo, distante daquilo que seria o correto, o mínimo a ser feito – por uma questão de princípios – é o reconhecimento, para fins da futura progressão, do período que o sentenciado ficou “a mais” no regime gravoso, aguardando tal comprovação de seu bom comportamento carcerário.

O mesmo vale para as situações em que o Judiciário aponta para uma suposta necessidade de exame criminológico. Ora, não é porque há alguma situação desfavorável ao condenado, ou seja, não é porque o sujeito tenha cometido algum “crime grave”, ou hediondo, ou até mesmo tenha cometido alguma falta grave em algum momento não relevante para a progressão almejada, que seu requisito subjetivo só será verificado quando da elaboração do documento probatório. Muito menos que, por conta de tais situações “desfavoráveis”, deve permanecer em regime mais gravoso por mais tempo que o necessário. Afinal, em lugar nenhum na legislação penal consta qualquer tipo de previsão como essa. Por isso, é o princípio que deve “fechar” a interpretação!

Com efeito, é muito comum na doutrina a menção de que os princípios abrem a interpretação, por serem elaborados numa linguagem abstrata. Realmente, há um grau de abstratividade. No entanto, isso não significa uma abertura interpretativa. Pois, como se pode ver, esse conteúdo abstrato exige uma atribuição de sentido do intérprete em determinada situação concreta que, ao invés de abrir, “fecha” a interpretação (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 191). Foi o que tentamos mostrar:

1) em primeiro lugar, considera-se a liberdade como um princípio, afinal, é impossível imaginar – a partir de uma moral política construída no interior de uma comunidade histórica – uma decisão judicial que desconsidere a existência e a integridade das liberdades fundamentais. Elas devem estar presentes em todos os pronunciamentos judiciais²⁰; 2) após, verifica-se que, de acordo com a proposta dworkiana, toda decisão judicial deve ser construída por um argumento de princípio, independentemente da existência de uma regra específica; 3) nesse sentido, a construção de um argumento de princípio, no caso em tela, passa pela justificativa que mostra o direito a liberdade na sua melhor luz; 4) assim, a definição da data-base como o dia de preenchimento do requisito objetivo é a interpretação que mais se relaciona com o direito constitucional de liberdade, porque na história institucional do nosso direito (inclusive, considerando-se os erros do passado) é inadmissível sustentar uma decisão judicial que corrobora para a violabilidade das liberdades, seja na transferência das deficiências do aparato judicial ao sentenciado, seja no cumprimento de pena em regime indevido sem que o período “a mais” seja considerado para posterior progressão.

Portanto, diante de todos os apontamentos feitos anteriormente, defende-se que a definição da data-base como o dia de preenchimento dos requisitos legais deva ser interpretada, para que seja adequada a Constituição, como o dia de preenchimento do requisito objetivo.

No entanto, na hipótese de haver um atestado de má conduta carcerária decorrente de uma ou mais faltas disciplinares recentes, ou seja, na hipótese do não preenchimento do

²⁰ Para Dworkin, princípios possuem uma dimensão de peso e importância, que altera de acordo com o caso em análise. No entanto, isso não significa sopesamento: colocar princípios na balança e ver qual pesa mais, porque isso exigiria saber os princípios de antemão. Dworkin fala em dimensão de peso, porque no momento em que o princípio se condensa para justificar uma decisão, necessariamente o argumento precisa justificar porque ele está afastando os outros. Há uma comunidade de princípios, então o argumento precisa mostrar que há elementos suficientes para dizer que determinado princípio – naquele momento – prevalece em detrimento de uma outra situação. Nas palavras de Dworkin, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada uma, mas isso não pode ser uma mensuração exata, de modo que o julgamento que determina que um princípio é mais importante que outro frequentemente será objeto de controvérsia. Portanto, não é ponderação, mas sim justificação moral. Cf. DWORKIN, 2002, p. 42.

requisito subjetivo, a interpretação atribuída ao “preenchimento dos requisitos legais” deve ser outra, porque a situação também é outra. Isso porque, quando há um documento que atesta o mau comportamento carcerário, significa que houve algum episódio desabonador ao direito de progressão e, conseqüentemente, não há que se falar em preenchimento dos requisitos legais. Por este motivo, a progressão deverá ser indeferida. Porém, depois do período de reabilitação da falta disciplinar cometida, outro documento será elaborado e, caso haja a constatação da boa conduta carcerária, o sentenciado deverá progredir de regime.

Neste caso, pode parecer correto o entendimento adotado pelo STJ, pois, quando da análise do primeiro pedido de progressão, não havia o preenchimento dos requisitos legais, razão pela qual não se mostra acertado considerar como data-base, quando efetivamente haver a progressão, o dia de cumprimento do requisito objetivo. Desse modo, o único requisito que restaria como parâmetro seria o subjetivo.

Daí que a sugestão de Roig, citada anteriormente, se mostra relevante, pois nesses casos de preenchimento do requisito subjetivo por último, caso houvesse uma definição objetiva sobre o bom comportamento, haveria uma possibilidade de se evitar a permanência desnecessária no regime mais gravoso. Em outras palavras: caso o bom comportamento carcerário possuisse aquela objetividade de ser caracterizado pela ausência de faltas disciplinares ou pela reabilitação destas, um sentenciado poderia ter como data-base o exato dia que se reabilitou da falta que impediu a sua progressão em momento anterior, e não a data de elaboração do atestado de boa conduta carcerária, com todas as considerações feitas linhas acima. Assim, ainda que houvesse um indeferimento do primeiro pedido de progressão por falta do pressuposto subjetivo, num segundo requerimento (após a reabilitação), não haveria a necessidade de se aguardar o atestado, afinal, a boa conduta carcerária seria constatada tão somente pelo prazo de reabilitação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi argumentado, alguns pontos merecem destaque.

O primeiro deles é que quando falamos em preenchimento dos requisitos legais, caso não haja qualquer fator desfavorável ao direito de progressão, o preenchimento do

requisito subjetivo, na verdade, significa reconhecimento do requisito subjetivo. Pois, conforme apontado, apenas se atesta uma situação anterior. Assim, sendo o requisito subjetivo constatado após o preenchimento do requisito objetivo, isso não significa que o bom comportamento carcerário estava pendente, como se o seu preenchimento só ocorresse com um atestado. Ao contrário, o que estava pendente era apenas a sua constatação, uma vez que o bom comportamento se verifica cotidianamente, na conduta diária do sentenciado.

Em segundo lugar, não se está argumentando que sentenciados devem progredir do regime fechado ao semiaberto com a inobservância do requisito subjetivo; ao contrário, preza-se pela legalidade e sua correta aplicação. O que sustentamos é que, por questões de princípios, não é legítimo e válido fazer com que condenados, no cumprimento de suas respectivas penas, tenham que arcar com os problemas de estrutura judicial e administrativa dos estabelecimentos prisionais, porque é justamente o que acontece quando a data-base é fixada no dia de elaboração dos documentos que atestam o requisito subjetivo, uma vez que desconsideram o tempo que o sentenciado ficou aguardando, no regime mais gravoso, a elaboração de tais documentos.

Por fim, a última consideração a se fazer diz respeito a uma tentativa de solucionar (ou ao menos tentar) a falta de objetividade da definição legal de bom comportamento carcerário, na medida em que somente uma alteração legislativa – estabelecendo o bom comportamento carcerário como ausência de faltas disciplinares ou, havendo faltas, após a reabilitação em prazo legal também a ser definido – é capaz de amenizar possíveis irregularidades/ilegalidades na definição da data-base. Pois, isso possibilitaria, em tese, que sentenciados sejam progredidos de regime sem que houvesse a necessidade de aguardar atestados administrativos.

REFERÊNCIAS

BARROSO DA COSTA, Domingos. Considerações sobre a definição da data-base para a segunda progressão de regime no contexto da execução penal no Brasil. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, [S. l.], n. 8, p. 43–55, 2014. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/27>. Acesso em: 4 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Plenário. DJe: 30 mai. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2103746-20.2018.8.26.0000**. Relator: Péricles Piza. Turma Especial Criminal. Disponível em: Portal de Serviços e-SAJ (tjsp.jus.br). Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Execução Penal 0003648-91.2019.8.26.0496**. Relator: Sérgio Mazina Martins. 2ª Câmara de Direito Criminal. Disponível em: Portal de Serviços e-SAJ (tjsp.jus.br). Acesso em: 04 jan. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. **A privação da liberdade**: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, n. 45, p. 102-109, abr./jun, 2009.

PREUSSLER, Gustavo de Souza; SILVA JUNIOR, Aroldo. O exame criminológico na progressão penal: quando a norma não é a lei (apesar da lei) – uma obsessão corretiva sob um disfarce técnico-científico. **Revista Videre**, [S.l.], v. 5, n. 10, p. 55-83, maio 2015. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/3977>. Acesso em: 04 jan. 2021.

REISHOFFER, J. C.; BICALHO, P. P. G.. Exame criminológico e psicologia: crise e manutenção da disciplina carcerária. **Fractal**: Revista de Psicologia, [S.L.], v. 29, n. 1, p. 34-44, 29 abr. 2017. Pro Reitoria de Pesquisa, Pós Graduação e Inovação - UFF. <http://dx.doi.org/10.22409/1984-0292/v29i1/1430>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/fractal/article/view/5116/4967>. Acesso em: 04 jan. 2021.

ROIG, Rodrigue Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Coerência e Integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 311-324.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice R.; BURGOS, Marcelo D. Quem somos a magistratura que queremos. **Associação dos Magistrados Brasileiros**. Rio de Janeiro,

2018. Disponível em: <http://www.amb.com.br/pesquisa/2019/publicacoes.php>. Acesso em: 20 jan. 2021.

Submetido em: 02.10.2021

Aceito em: 19.10.2021