

**O EXAME CRIMONOLÓGICO NA PROGRESSÃO DE REGIMES DOS CRIMES
HEDIONDOS: INSTRUMENTO NECESSÁRIO PARA ALICERÇAR A DECISÃO
JUDICIAL?**

**THE CRIMINOLOGICAL EXAMINATION IN THE PROGRESSION OF SCHEDULE
CRIMES SCHEMES: A NECESSARY TOOL TO ESTABLISH THE JUDICIAL
DECISION?**

Gabriela Cunha Lau
Luiz Eduardo Garcia Brandt
Tayná Lemos Nicoli¹
Marcela Pereira Clipes²

RESUMO

O presente trabalho aborda a temática da progressão de regimes nos crimes hediondos e a necessidade do exame criminológico para sua concessão. A progressividade de regimes nesta situação foi alvo de mudanças ao longo do tempo, atualmente prevalecendo a possibilidade de sua aplicação. A obrigatoriedade do exame criminológico nos casos concretos sofreu mitigação legislativa e sumular, cuja imposição deixou de ser obrigatória, tornando-se facultativa a imposição pelo juiz. No Brasil, a falta de exigência do exame criminológico tem resultado na progressão desenfreada de regimes e na soltura de condenados que provavelmente não estariam para reinserção social, através de análise objetiva. Em se tratando de crimes hediondos, propõe-se que o exame deveria ser obrigatório, ante a hediondez das condutas elencadas na Lei 8.072/90. Por consequência, o princípio da individualização da pena também é afetado, pois a ausência do exame não pode ser suprida por atestados de bom comportamento, os quais são realizados de forma padronizada e genérica.

Palavras-chave: Execução penal. Crimes hediondos. Princípio da individualização da pena. Progressão de regime. Exame criminológico.

¹ Graduandos em Direito pela Faculdade Multivix de Castelo.

² Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. Professora da Multivix Castelo e Multivix Cachoeiro de Itapemirim.

ABSTRACT

This paper addresses the prisional regime progression in heinous crimes and the need for criminological examination for their concession. Regime progression in this situation has been subject to change over time, currently the possibility of its application prevails. The inmate's compulsory criminological examination has suffered legislative and judicial mitigation, the imposition of which is no longer mandatory, being currently under the judge's discretion. In Brazil, the criminological examination needlessness has resulted in unbridled progression of prisional regimes and the release of convicts who would probably not be up for reintegration through an objective analysis. Concerning heinous crimes, it is proposed that the examination should be mandatory, given the heinousness of the conducts listed in Brazilian Federal Law 8.072/90. Consequently, the punishment individualization principle is also affected, since the absence of the exam cannot be supplied by certificates of good behavior, which are done in a standardized and generic manner.

Keywords: Penal execution. Heinous crimes. Punishment individualization principle. Regime progression. Criminological examination.

1 INTRODUÇÃO

Os crimes hediondos tiveram sua previsão inicial no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal de 1988, cuja disposição levou o legislador infraconstitucional à edição da Lei nº 8.072/90 para atingir sua eficácia. Os crimes em questão estão elencados no artigo 1º da referida lei e foram tratados de forma diferenciada ante a gravidade das condutas. O arcabouço normativo, além de definir os crimes hediondos, previu diversas consequências penais e processuais penais, visando alcançar os fins da pena e, principalmente, dar efetividade ao direito repressor.

O art. 2º estipulou que os crimes hediondos e os demais elencados, que possuem natureza semelhante, são insuscetíveis de graça, indulto, anistia ou fiança. Definiu, ainda, que os condenados por crimes hediondos deveriam cumprir a pena toda em regime fechado, sem qualquer progressão de regime prisional. Andreucci (2019, P.198) afirma “A pena aplicada em razão da prática de crimes hediondos e

assemelhados deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, vedando-se qualquer espécie de progressão”.

Já Fernando Capez (2019) abordou sobre a discordância doutrinária quanto aos benefícios cabíveis em tais delitos “Parte da doutrina se insurge contra a proibição do indulto pela Lei dos Crimes Hediondos. Argumenta que a Constituição, em seu artigo 5º, XLIII, só proibiu a anistia e a graça, não autorizando outras restrições ao *jus libertatis* [...]” (CAPEZ, 2019, p. 228). Assim, após dezesseis anos de muita controvérsia no meio doutrinário e jurisprudencial a respeito da vedação a progressão de regime prisional nos crimes hediondos, em 2006, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento e declarou inconstitucional o §1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90 no *Habeas Corpus* (HC) 82.959 – São Paulo (SP).

Em resposta à decisão da Suprema Corte e pressionado pela sociedade que cobrava punições mais severas para os crimes bárbaros que vinham ocorrendo, o Congresso Nacional, em 28 de março de 2007, promulgou a Lei Federal nº 11.464/07, alterando o texto do §1º do artigo 2º da Lei Federal nº 8.072/90, admitindo o direito à progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos, fixando novos requisitos objetivos para a concessão desse benefício. Igualmente, o Plenário do STF sustentou o entendimento sobre a constitucionalidade do inciso I do artigo 2º da lei de Crimes Hediondos, na qual declara insuscetíveis de indulto, tanto para anistia quanto para graça, os crimes por ela elencados.

Dessa forma, cumpre investigar, se à luz do princípio da individualização da pena, seria possível a imposição do exame criminológico na progressão de regimes nos crimes hediondos, em face da maior gravidade revelada por tais condutas.

Assim, por meio do método de abordagem qualitativa e pesquisa exploratória, com procedimentos baseados no levantamento bibliográfico, jurisprudencial e científico, o presente trabalho abordará a progressão de regime nos casos de crimes hediondos, bem como sua relação com o princípio constitucional da individualização da pena e a necessidade de aplicação do exame criminológico nesses casos, visto o grau ou reprovação das condutas consideradas hediondas.

2 RELATO HISTÓRICO E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA ACERCA DA PROGRESSÃO DE REGIMES NA LEI 8.072/90

A expressão crimes hediondos foi empregada pela primeira vez no Brasil na Constituição de 1988, mais especificamente no artigo 5º, inciso XLIII,

[...] XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles responderem os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL, 1988, on-line).

Nesse sentido, Monteiro (1999) elucida que um crime é conhecido como hediondo sempre que uma conduta delituosa estiver revestida de excepcional gravidade, seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, indiferente ao sofrimento físico ou moral a que submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, seja ainda pela especial condição das vítimas. Noutro entendimento, alega Bitencourt (2006) que a Carta Magna de 1988 deixou para a legislação ordinária a incumbência de definir o que ou quais crimes seriam considerados hediondos, viabilizando assim, a aplicação desse dispositivo.

A Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90, entretanto, estabeleceu em seu §1º, do artigo 2º que o regime de cumprimento de pena deveria ser sempre o fechado, isto é, seria integralmente fechado independentemente do montante da condenação e de reincidência do réu nos crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e tortura. Nos termos do dispositivo,

Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II – fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. (BRASIL, 1990, on-line)

O legislador, dessa forma, adotou um regime de exceção, diferente do sistema penal brasileiro que segue como fundamento a progressão de regime prisional prevista no Código Penal de 1940, fato que provocou conseqüentemente o surgimento de muitos

questionamentos a respeito do tema, sobretudo sobre a constitucionalidade da medida.

Com a vedação à progressão de regime prisional nos crimes hediondos, restaria o livramento condicional como única possibilidade do condenado por estes crimes antecipar a liberdade antes do final de sua condenação, segundo o artigo 5º, da Lei nº 8.072/90 e o artigo 83, inciso V, do Código Penal de 1940.

Destarte, não foi surpresa para a comunidade jurídica o advento da decisão do Supremo Tribunal Federal (2006), no dia 23 de fevereiro de 2006, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.959 – SP – impetrado por Oseas de Campos condenado a 12 (doze) anos e três meses de reclusão por ter praticado atentado violento ao pudor, vez que teria molestado três crianças com idades entre 06 (seis) e 08 (oito) anos – quando declarou inconstitucional o §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, com base na violação do dispositivo constitucional de individualização da pena.

Ocorre que essa decisão do STF levou a vários pedidos de progressão de regime para detentos condenados por crimes hediondos que tinham cumprido um sexto da pena em regime fechado e tinham a declaração de bom comportamento feita pelo diretor do presídio. Igualmente, ensejou posicionamentos pela manutenção da constitucionalidade da vedação, já que a declaração foi no exercício do controle difuso de constitucionalidade, com efeito *ex nuncce inter partes*.

Entretanto, Capez (2019) afirmou que a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos teve efeitos limitados ao processo, não se projetando aos demais casos que deverão ser julgados nas instâncias ordinárias ou extraordinárias, sem efeito vinculante para os demais tribunais e juízes ou produção de efeito *erga omnes*, podendo, inclusive, sofrer revisão em futuros julgamentos de casos semelhantes.

Diante de tanta repercussão acerca do instituto, foi suspensa a aplicação do mesmo até que fossem declaradas ou sanadas suas questões por ação direta de

inconstitucionalidade ou por resolução do Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, permanecendo em vigor o § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90.

Todavia, Bitencourt (2006) apontou que outros recursos chegaram ao Supremo Tribunal Federal, e foi mantido o entendimento adotado no julgamento do *habeas corpus*. Esta expectativa deu conhecimento do prospecto que aguardava todas as demais decisões que contrariassem o novo paradigma. Cientes disso, os julgadores começaram a reconhecer, quase à unanimidade, a inconstitucionalidade da vedação e conseqüentemente a possibilidade de apreciação do pedido de progressão de regime.

Pouco tempo depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, novos fatos criminosos de repercussão nacional, especialmente o crime de roubo qualificado seguido de morte do menino João Hélio - ocorrido num semáforo da cidade do Rio de Janeiro, onde o menor preso ao cinto de segurança foi arrastado por mais de sete quilômetros, sob as rodas do automóvel roubado de sua mãe, fizeram com que a mídia e a comunidade voltassem a rediscutir o tema e exigissem a adoção de leis penais mais severas.

Em meio a este cenário, depois de alguns projetos de lei, foi promulgada em 28 de março de 2007, a Lei nº 11.464/07 que trouxe modificações para a Lei nº 8.072/90, sendo a de maior relevância a concessão de progressão de regime para os condenados por crimes hediondos, nos termos de seu artigo 1º

Art. 1º. O art. 2º da Lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 2º: § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º 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. (BRASIL, 2007, on-line).

Pelo novo texto legal, o condenado por crime hediondo continua obrigado a iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado, não importando a quantidade de pena aplicada na sentença, mas poderá progredir para regime semiaberto e aberto, desde que o apenado tenha cumprido 2/5 (dois quintos) da pena se for primário, 3/5 (três

quintos) se reincidente, e tenha o atestado de bom comportamento carcerário fornecido pelo diretor do presídio.

Logo, o que diferencia os condenados por crimes hediondos dos demais condenados no momento da concessão da progressão é a obrigação de cumprimento de um tempo maior de pena, cujo critério objetivo continua sendo o cumprimento de pelo menos 1/6 da pena para estes, enquanto para aqueles o é o cumprimento de ao menos 2/5 da pena, se o condenado for primário, ou 3/5 da pena, se o apenado for reincidente.

Admitida a progressão de regime nos crimes hediondos, questionamentos surgiram a respeito da retroatividade ou não dos novos patamares objetivos fixados pela Lei nº 11.464/07 para a progressão de crimes disciplinados como hediondos, tendo em vista que esta trouxe frações objetivas diferenciadas e diversas da regra geral prevista no artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Contudo, quanto aos crimes ocorridos após a vigência da Lei nº 11.464/07, não existe dúvida de que o requisito objetivo para a progressão de regime nos crimes hediondos será o cumprimento de 2/5 da pena para o apenado primário e de 3/5 da pena para o apenado reincidente, pois se trata de lei penal mais gravosa, a qual, segundo o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo para benefício do réu, não irá retroagir.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O PROTAGONISMO DO ÓRGÃO JURISDICIONAL NA FIXAÇÃO E MANUTENÇÃO DA PENA

De acordo com Capez (2019), ao realizar a dosimetria da pena, na sentença, o juiz deve estabelecer o regime inicial para seu cumprimento, que é determinado através de um critério trifásico, em consonância com o art. 68 do Código Penal, sendo que na primeira fase, o magistrado analisa os requisitos estabelecidos no art. 59 do referido código, na segunda, a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes previstas nos artigos 61 a 66, e na terceira, a existência de causas de aumento e diminuição, estabelecidas no Código Penal de 1940, tanto na parte geral, especial ou em leis extravagantes.

Caso seja iniciada em regime fechado, pode o apenado obter direito a transferência para um regime menos rigoroso desde que satisfeito o requisito formal da progressão - cumprimento de um sexto da pena em regime anterior - e o requisito material - que é a declaração de bom comportamento carcerário emitido pelo diretor do presídio e os outros elementos valorados que lhe sejam relevantes - observando-se ainda, quanto à prisão aberta, os requisitos previstos no artigo 114, da Lei de Execução Penal.

O apenado mereceria a progressão se demonstrasse aptidão para o cumprimento da pena em regime menos rigoroso. Ainda expõe que o condenado tem direito a uma transferência gradativa, isto é, não deve migrar diretamente do regime fechado para o aberto, devendo passar antes pelo regime semi-aberto, obrigatoriamente, para depois alcançar o aberto.

Já Bitencourt (2006) explana que na legislação penal comum somente é fixado regime fechado quando o réu for condenado por crime apenado com reclusão, cuja pena seja superior a oito anos, ou se for reincidente. Além disso, esse regime fechado seria apenas para o início do cumprimento da pena, podendo o réu progredir para regimes mais brandos (semiaberto e aberto), caso preencha determinados requisitos.

Entretanto, acerca dos crimes hediondos, as críticas doutrinárias até a promulgação da Lei nº 11.464/07, que alterou o §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, foram referendadas inclusive em decisões jurisprudenciais, principalmente por entenderem ser o dispositivo ofensivo aos princípios constitucionais da legalidade, individualização da pena e dignidade da pessoa humana, sendo assim inconstitucional.

Parte da doutrina que considera o preceito legal inconstitucional aponta que o mesmo fere o princípio da legalidade por atingir a execução da pena, mas, especificamente nas relações de conflito entre o condenado e administração pública, onde não há interferência da jurisdição, gera umalacuna que faz com que o preso fique à mercê da administração penitenciária, sem direitos e garantias jurídicas. Nesse sentido Franco dispõe

[...] A aplicação do princípio constitucional da legalidade, como garantia executiva, implica, assim, o reconhecimento de que o preso não pode ser manipulado pela administração prisional como se fosse um objeto; de que, não obstante a perda de sua liberdade, é ele ainda sujeito de direitos, mantendo, por isso, com a administração penitenciária, relações jurídicas das quais emergem direitos e deveres, e de que a jurisdição deve fazer-se presente não apenas nos incidentes próprios da fase executória da pena, como também nos conflitos que possam eventualmente resultar da relação tensional preso-administração. (FRANCO, 2002, p. 214)

Segundo Greco (2005), nota-se que esse princípio denota que alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime, isto é, exige que a lei defina separadamente um fato, ou seja, uma conduta determinada de modo que se possa reconhecer qual o comportamento considerado como ilícito. Desse modo, a lei penal delimita uma conduta lesiva ou idônea a pôr em perigo um bem jurídico relevante e prescreve uma consequência punitiva para quem a realize.

Andreucci (2019) entendeu que o princípio da legalidade só será infringido quando houver uma descrição penal vaga e indeterminada que não possibilite determinar qual a abrangência do preceito primário da lei e qual o tempo da pena cominada, cabendo o arbítrio do julgador. Porém, não é o que ocorre no caso da vedação à progressão de regime prisional nos crimes hediondos, tendo em vista que nesse existe a plena descrição pela legislação do ilícito penal, da pena cominada, do regime e da forma de cumprimento desta, não deixando qualquer brecha para o julgador se manifestar a respeito, cabendo apenas a ele fixá-la em conformidade com a lei.

No que tange o princípio da individualização da pena, este é o modo de garantir que as penas aplicadas aos condenados não sejam iguais, ainda que praticados os mesmos crimes, visto que não se considera apenas a conduta delituosa, mas também os fatores intrínsecos e extrínsecos ao caso, como histórico do agente, diferenças sociais, suas necessidades e condições, a fim de prevenir, punir e reinserir na comunidade local. Este princípio está positivado de forma não exauriente na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLVI; no Código Penal, no artigo 34; e na Lei de Execução Penal, nos artigos 5º, 8º, 41, XII e 92, parágrafo único, alínea b.

A individualização da pena ocorre nas três esferas de poder (legislativo, judicial e executivo). Na primeira, também chamada de individualização formal, é onde ocorre a tipificação do crime, cominando as penas mínima e máxima. Na segunda, é o momento em que o magistrado analisa o caso concreto e fixa a pena seguindo o sistema trifásico de dosimetria e adoção de regime inicial. Na sentença, deverá ser fixado primeiramente a pena-base, de acordo com os critérios do artigo 59 do Código Penal, em seguida deverá ser verificada a existência de atenuantes e agravantes (arts. 61 e 62), e, por fim, se há causas de diminuição e aumento de pena.

Sobre os critérios trazidos pelo artigo 59, Nucci (2015) define a culpabilidade como a reprovação social merecida; os antecedentes criminais como sua vida pregressa no ramo penal; a conduta social como o papel do réu na comunidade, familiar e profissional; a personalidade do agente como o conjunto de características exclusivas da pessoa, desde a genética até a adquirida pelo meio, especialmente para detectar se possui traços voltados para o crime; os motivos como as razões que levaram à prática delituosa; as circunstâncias como os elementos acidentais que envolvam o delito; as consequências como o mal causado pelo crime, que ultrapasse o resultado esperado; e o comportamento da vítima como a atitude da vítima que provoque a conduta.

Por fim, na terceira esfera de individualização, a executiva, é que utilizamos a Lei de Execução Penal (LEP) – Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Contudo, atesta-se que, para que ocorra a efetiva individualização da pena, é necessário que o juiz da condenação ou execução adote uma postura mais comissiva no processo, a fim de verificar os elementos relativos à classificação desse preso. Embora grande parte dos juristas aponte que o papel judicial deve ser adstrito à lei, na prática, deve-se ter uma análise mais profunda e personalizada do caso.

Nesse sentido, o artigo 5º da Lei 7.210/1984 define que “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. ” (BRASIL, 1984, on-line). Para tanto, o corpo legal aborde que a classificação deve ser feita por uma comissão técnica que desenvolva um esquema de individualização da pena privativa de liberdade,

adequando-se ao preso. De forma ainda mais específica, dispõe o art. 8º que o condenado cujo regime inicial seja o fechado deverá se submeter ao exame criminológico para aferir os elementos necessários à classificação.

Semelhantemente, Albergaria (1996) dispôs sobre a importância dos estudos aprofundados sobre os apenados, no qual se enquadra o exame criminológico, para defesa dos interesses do sistema penitenciário, definindo os conselhos e comissões como verdadeiros herdeiros da tarefa de efetivar os fins almejados pela criminologia, bem como as consequências a todo corpo de execução se omissas em sua função. Diante disso, verifica-se que em diversos dispositivos se aponta a necessidade de uma cautela maior quando se trata de aplicação de pena privativa de liberdade. Nesse contexto surge a figura do juiz como representante do Estado, o qual incumbe além de julgar as condutas praticadas, dosar a pena e individualizá-la. Para isto, deve no corpo da sentença confrontar todos os aspectos mencionados, além de acompanhar as possíveis mudanças durante a própria execução.

No mesmo sentido, o artigo 66, inciso III da LEP prevê que compete ao juiz da fase decidir sobre progressão de regimes e, combinado ao artigo 112 da mesma lei, afirma que a pena privativa de liberdade, em geral, será realizada de modo progressivo com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada judicialmente quando o preso tiver cumprido pelo menos um sexto da pena no regime anterior e apresentar bom comportamento, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão, como seria o caso dos crimes hediondos se não tivesse entendimento jurisprudencial consolidado.

A pena, desse modo, adquire um caráter jurídico, cabendo ao magistrado efetuar o papel de penalizar. Mirabete (2002) explica as naturezas jurídicas da execução penal nos diferentes ordenamentos, apontando duas diretrizes principais: a dos alemães que sustentam a jurisdicionalidade da execução e a dos franceses e italianos que alegam que o cumprimento da pena possui cunho administrativo. Igualmente, Ada Pellegrini Grinover discorre sobre a função estatal de modo geral.

Quando Estado chamou a si as duas etapas da repressão criminal, alguns sistemas confiaram a execução ao juiz, outros a órgãos de Poder Executivo, como o Ministério Público. Exemplo do primeiro sistema é o da Alemanha: do segundo é o da França. Eclético é o sistema italiano, onde a iniciativa do processo de execução é atribuída ao magistrado (pretor) ou ao Ministério Público, e a regularidade do processo de execução ao órgão jurisdicional. (GRINOVER, 1990, p. 187).

No Brasil, a natureza da execução penal é estritamente jurisdicional, sendo que apenas o juiz a define, o que não torna tal sistema imune de críticas. Beneti aponta as falhas dos procedimentos adotados, visto a violação aos direitos durante o julgamento e a execução

[...] na prática diária, nem sempre se faz sentir toda a garantia da jurisdicionalidade, por intermédio de efetivos comandos jurisdicionais, visto que grande número de direitos dos condenados ficava à margem do controle jurisdicional, experimentando, de fato, apenas, mormente no caso da pena de prisão, solução administrativa, à luz dos regulamentos das prisões – excetuando-se as concessões jurídicas importantes, como o sursis, e o livramento condicional, tratados como incidentes da execução pelo CPC e, sempre, ressalvada a execução de pena de multa, totalmente jurisdicional (BENETI, 1996, p. 32).

Por fim, Mirabete (2002) conclui pela jurisdicionalidade da execução da pena no Brasil, cuja atribuição é do juiz, dado que os interesses envolvidos se referem a direito individuais do condenado. Para ele, o dever de punir do Estado se contrapõe às garantias dadas ao sujeito, no qual o judiciário será o poder capaz de intervir e balancear os dois lados.

Ante o exposto, visualiza-se o protagonismo judicial na apuração dos requisitos e imposições que envolvem a condenação, ainda que seja primordial a atuação do executivo para cumprir as determinações feitas. O magistrado, dada a natureza jurisdicional da pena, exerce papel primordial no conjunto fático, em especial na concessão e manutenção de benefícios em favor do réu. Nesta senda, cabe ao legislativo editar normas objetivas que impeçam o arbítrio do juiz.

4 DO EXAME CRIMINOLÓGICO – CRITÉRIOS JUSTIFICANTES PARA SUA DETERMINAÇÃO. NECESSIDADE DE SUA IMPOSIÇÃO, FACE À MAIOR GRAVIDADE QUE REVESTE AS CONDUTAS CATALOGADAS COMO HEDIONDAS, PELA LEI FEDERAL N.º 8.072/90

Por sua vez, o exame criminológico, previsto no artigo 8º da LEP, objetiva a aplicação correta da pena de forma individualizada, adequando-a as características pessoais de cada preso. Tal avaliação abrange questões psicológicas, periculosidade, agressividade e maturidade para prever a potencialidade de novas condutas delitivas. Todavia, não se deve confundir o exame criminológico com a classificação do artigo 5º da mesma lei, visto que esta é relativa aos quesitos gerais do apenado como os aspectos familiares, sociais antecedentes, personalidade e capacidade laborativa. Álvaro Mayrink da Costa conceitua como

O exame criminológico constitui o princípio básico da criminologia clínica, sendo que os métodos indicados não variam apenas segundo sua natureza médica, psiquiátrica, psicológica ou social, mas diferem pelo grau de profundidade que possam ter. (COSTA, 1997, p. 216).

Tal exame auxilia o juiz no instante em que é necessário valorar as condições pessoais do reeducando, especialmente em casos de concessão de benefícios regimentais. O expediente é uma espécie de perícia e, como tal, objetiva estudar a dinâmica da conduta criminosa, além das causas e dos fatores a ela relacionada. Oferece, então, primeiramente um diagnóstico e depois um prognóstico criminológico que aponta a menor ou maior probabilidade de reincidência.

Para tanto, o exame criminológico é feito por um grupo de profissionais constituído por assistente social especializado, psicólogo, e psiquiatra, seguindo os parâmetros da criminologia clínica que é multidisciplinar. Desse modo, o exame compreende diversos testes psiquiátricos, psicológicos e sociais, cujo resultado final é o cruzamento dos dados obtidos para atender os objetivos de sua existência.

O exame é tão completo que cada fase aborda e apura se o réu é reincidente, se já passou por outros estabelecimentos prisionais e por quanto tempo, se agiu em conjunto ou de forma solitária, a relação de atenuantes, agravantes e qualificadoras, bem como de outros aspectos que permeiam o crime e a intenção dolosa para traçar o perfil do paciente. Sobre sua relevância, Mirabete discorre acerca das diversas áreas de abrangência do exame,

Compõe o exame criminológico, como instrumentos de verificação, “as informações jurídico-penais (como agiu o condenado, se registra reincidência etc.); o exame clínico (saúde individual e eventuais causas mórbidas relacionadas com o comportamento delinquencial); o exame morfológico (sua constituição somatopsíquica); o exame neurológico (manifestações mórbidas do sistema nervoso); o exame eletroencefalográfico (não para só a busca de ‘lesões focais ou difusas de ondas Sharp ou Spike’, mas da ‘correlação – certa ou provável – entre alterações funcionais do encéfalo e o comportamento’ do condenado); o exame psicológico (nível mental, traços básicos da personalidade e sua agressividade); o exame psiquiátrico (saber-se se o condenado é pessoa normal, ou portador de perturbação mental); e o exame social (informações familiares, ‘condições sociais em que o ato foi praticado’ etc.)”. A perícia deve fornecer a síntese criminológica, “isto implica um enquadramento de cada caso em itens de uma classificação, na seleção do destino a ser dado ao examinado e em medidas a serem adotadas. Os informes sobre a periculosidade (no sentido de ‘provável’ reincidência) e adaptabilidade (em sentido reeducacional) são básicos. (MIRABETE, 2002, p. 51).

Por seu turno, Albergaria, em seu estudo sobre execução penal, destacou o propósito do exame na prevenção de novas práticas delituosas pelo agente

Realmente, o exame criminológico tem por objetivo o diagnóstico criminológico do delinquente, a prognose de sua conduta futura e o programa de tratamento ou plano de readaptação social. Do resultado do diagnóstico da personalidade do criminoso se deduzem as conclusões quanto à probabilidade de reincidência e à possibilidade de reeducação, a saber: são verificadas as causas de inadaptação social e carências fisiopsíquicas, bem como as dificuldades para a sua ressocialização, para indicação das medidas de tratamento reeducativo. (ALBERGARIA, 1996, p.34)

No tocante à aplicação do instituto, da leitura do dispositivo legal entendia-se a submissão ao referido exame dos condenados cuja pena privativa de liberdade iniciava em regime fechado ou, por força de seu parágrafo único, em regime semiaberto. Assim, inferia-se que o exame criminológico era obrigatório ao apenado em regime fechado e facultativo ao em regime semiaberto.

Entretanto, o exame foi suprimido posteriormente. Com o advento da Lei 10.792/2003 e da Súmula 439 do STJ ficou estipulado, respectivamente, que caberia progressão de regime da pena privativa de liberdade mediante o cumprimento de um sexto do *quantum* e com bom comportamento carcerário, e, que o exame criminológico poderia ser adotado de acordo com a necessidade do caso, desde que o juiz fundamentasse seus motivos. Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci esclareceu que

Desse modo, ao invés de, em todo e qualquer caso, dever o magistrado submeter o pedido de progressão de regime à avaliação prévia da CTC, que na realidade não foi extinta pela nova Lei, a partir de agora, dentro do constitucional processo de individualização da pena, somente em situações necessárias, para a formação da convicção do julgador, poderá ser determinada a colheita de elementos junto à Comissão ou mesmo à Direção do Presídio. (NUCCI, 2007, p. 492).

Posteriormente, Nucci (2015) ainda relatou que o exame não pode ser dispensado, já que a mudança trazida pela Lei 10.792/2003 alterou apenas o artigo 112 da LEP, não revogando o disposto no Código Penal sobre o assunto. Mas, contrariamente, os Tribunais Superiores entenderam pela faculdade do magistrado em determinar a realização do exame criminológico quando achar necessário, prevalecendo até os dias atuais tal posicionamento, conforme se verifica do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental em Habeas Corpus 302033 – SP – em 04 de setembro de 2014.

Diante disso, a classificação e o exame criminológico se restaram frustrados. Primeiro pelo fato de muitos presos definitivos permanecerem encarcerados em estabelecimentos impróprios (como centros de detenção provisória) sob a guarda policial, sem estrutura suficiente para a realização de análise interdisciplinar do preso. Segundo por se argumentar no âmbito forense que os dados revelados pelos exames feitos seriam subjetivos, não servindo de parâmetro para negativa de direitos públicos do apenado. E terceiro pela razão do conhecimento criminológico não ser encarado como prioridade e demandar investimento, cujos resultados visíveis não são imediatos.

Ocorre que a utilidade indispensável do exame é atestada face o mero estudo dos aspectos fáticos do sistema prisional brasileiro. Ora, sem o exame criminológico, o princípio da individualização e, conseqüentemente, todo processo executivo estarão revestidos de vícios, o que gera a mixórdia das funções penais que, em tese, deveriam existir. No decorrer do cumprimento da pena, o condenado adquire uma nova personalidade resultante do novo ambiente que integra. Com isso, inexistem dúvidas de que é primordial avaliar as questões que o envolvem antes de alterar quaisquer condições da execução.

O que se tem atualmente são progressões regimentais absurdas, em que os sujeitos apenados em regime fechado são imediatamente colocados no regime semiaberto, sem maiores cuidados, adaptando sua liberdade privada somente ao período noturno. Indubitavelmente, tal imediatismo configura uma das causas de aumentado índice de reincidência dos egressos.

Lado outro, felizmente, é vedado a progressão de regime por salto conforme disposto na Súmula 491 do STJ, que proíbe que o condenado passe do regime fechado ao aberto diretamente. Entretanto, o que se vislumbra realmente é uma progressão por salto camuflada, pois a falta de estrutura em muitos estados de locais aptos aos diversos tipos de regime de cumprimento leva os executados cumprirem suas penas em ambientes despreparados ou mesmo em suas casas.

Tal situação configura mais uma das razões que justificam a necessidade da realização do exame criminológico pelos reclusos que estão perto de atingirem o marco temporal necessário à progressão de regimes, haja vista que a falta de estrutura estatal submete a sociedade ao risco de ter em liberdade pessoas inaptas à reinserção social.

Nucci (2005) ainda esclarece que basear a progressão de regime somente na frágil avaliação de boa conduta carcerária submete o Poder Judiciário ao Executivo, já que caberá ao diretor de presídio definir os rumos da pena. A execução da pena careceria de seu cunho jurisdicional, passando a ter valor meramente administrativo, o que enfraquece o nosso sistema penal. Segundo o autor, devemos desencorajar quaisquer tentativas de limitar a atividade da jurisdição, ainda que a problemática de falta de recursos e de exames padronizados não deva ser ignorada. Para ele, a solução consistiria em manter a exigibilidade do exame, mas priorizando e adequando a estrutura existente, de modo que as três funções estatais se empenhassem em garantir os direitos individuais inerentes à previsão anterior.

Portanto, a supressão do exame criminológico como solução dada pela Lei n. 10.792, de 1º de dezembro implicou mais um obstáculo do que uma saída ao caos vivido, pois se eliminou no mesmo passo a possibilidade de superação do paradigma

comportamental adotado (violento, criminoso) como única fonte de conhecimento do comportamento carcerário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observado, denota-se a imprescindibilidade da submissão do condenado por crime hediondo que tenha alcançado o quesito objetivo ao exame criminológico, diante da reprovabilidade das condutas. Os crimes hediondos são categorizados separadamente por demonstrarem uma gravidade maior que os demais delitos, logo, demandam uma cautela mais apurada. A prova disso é a repulsa social gerada nos casos em que ocorrem, dado os indícios de crueldade que contrariam a própria natureza humana.

O exame criminológico visa igualmente a redução dos índices de reincidência (que neste contexto é extremamente perigoso) e a contenção da reinserção social de sujeitos inaptos psicologicamente, além de se aproximar dos ideais dispostos pelos princípios constitucionais, em especial o da individualização da pena. Nesse sentido, dada a faculdade do magistrado em determiná-lo ou não, emerge a dispensabilidade de tal avaliação frente às carências do setor penitenciário. Ocorre que, se tratando de situações tão críticas, não caberia a escolha, ainda que o serviço público não disponha de verbas ou estrutura para tanto.

De modo efetivo, a realização de exame criminológico no início do cumprimento da pena permite uma melhor individualização da pena para aquele segregado, pois demonstra as peculiaridades do caso. Já a adoção de exame criminológico para concessão de benesses, principalmente a progressão de regime, auxilia na detecção de possíveis reincidentes e de agentes que ofereçam ainda perigo à sociedade.

No Brasil, infelizmente o que se observa é a displicência do tratamento de direitos, piorando o que já achávamos que era precário. A Lei 10.792/2003 é a manifestação clara disso ao prever que a progressão de regime pode ser feita mediante a presença do critério temporal e do atestado de boa conduta. Em tempos que violência

exacerbada assola o país, com a população cada vez mais temerosa, era de se esperar um maior rigor das medidas repressivas e preventivas.

Ainda, mesmo que a lei teoricamente tenha tentado substituir o exame pelo mero atestado de bom comportamento, este não possui o suficiente para conferir os aspectos inerentes ao preso, sejam os psicológicos, psíquicos, familiares, sociais ou mesmo comportamentais como é feito no estudo criminológico.

Dessa forma, o exame criminológico é primordial em alguns casos, como os de crimes hediondos, considerando o cunho abominável das condutas, cuja obrigação deveria ser implantada para que não caiba ao juiz determiná-lo ou não. Seria a cooperação entre os poderes, com o legislativo editando a norma cogente, o juiz aplicando-a ao caso concreto e o executivo efetivamente cumprindo-a.

Não obstante a deficiência do Estado no oferecimento de recursos, deve-se priorizar os casos de hediondez, adequando as contratações, procedimentos e classificações para que se aperfeiçoe a execução penal à sua finalidade: a de punir, reeducar e prevenir, visto que não podemos ficar à mercê de nossa própria sorte.

De tal modo, o exame criminológico assegura garantias a todos os lados: ao Estado, em respeito às atribuições das funções legislativa, executiva, judiciária, pois não tira do judiciário o dever de cumprir leis que garantam direitos fundamentais e auxilia o executivo durante a execução penal; ao apenado que terá o princípio da individualização da pena respeitado, de modo que terá seu caso analisado profundamente e não de forma genérica; e a sociedade que terá seus riscos reduzidos pela cautela ao se colocar os condenados em regime não fechado.

Logo, diante de todo exposto anteriormente, podemos afirmar que a aplicação do exame criminológico em casos de crimes hediondos deve ser positivada no ordenamento jurídico, bem como instituída de forma prática com adoção de mecanismos que possibilitem sua concreta realização, a fim de garantir a segurança e os demais direitos elencados.

6 REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BENETI, Sidney Agostinho. **Execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Volume 1. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 24/10/2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02/09/2019.

_____. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre crimes hediondos e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 25 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em 28/08/2019.

_____. Lei nº 10.792 de 01 de dezembro de 2003. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 01 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em 27/10/2019.

_____. Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990. Brasília: Presidência da República, 28 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111464.htm. Acesso em 03/11/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 439. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 28 de abril de 2010. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em 30/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 491. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 08 de dezembro de 2012. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27491%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27491%27).sub). Acesso em 30/10/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Habeas Corpus. AgR em HC 302033 – SP. Agravante: Anderson Soller da Paz. Relatora Ministra Maria

Thereza de Assis Moura. Brasília: Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, 04 de setembro de 2014. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25268911/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-302033-sp-2014-0209791-3-stj/inteiro-teor-25268912?ref=juris-tabs>. Acesso em 05/09/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Habeas Corpus 82.959 – SP. Impetrante: Oseas de Campos. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília: Tribunal Pleno, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em 17/09/2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal– Legislação penal especial**. Volume 04. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COSTA, Álvaro Mayrink. **Exame criminológico**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERREIRA, Marlos Rangel Arruda. BERGAS, Orivaldo Peres. SANCHES, Vladia Maria de Moura Soares. A importância do exame criminológico na progressão regimental. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense**. Cuiabá, volume 03, 2015, p. 189-205.

FRANCO, Alberto Silva. **Lei penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. Volume 1. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Código Penal Comentado**. 15 ed. São Paulo: Método, 2015.

ORSOLINI, Fernanda Rodrigues. **A importância do exame criminológico e a execução penal**. Monografia (Graduação em Direito). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio De Toledo, Presidente Prudente, 2003. Disponível

em<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/9067>. Acesso em 29/09/2019.

VICENTINI, Helena Marcia Bento. COIMBRA, Mario. **A extinção do exame criminológico – uma experiência negativa no sistema jurídico-penal brasileiro**. Monografia (Graduação em Direito). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio De Toledo, Presidente Prudente, 2007. Disponível em<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/598>. Acesso em 05/10/2019.