

**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE RUBIATABA**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**  
**CURSO DE DIREITO**

Associação Educativa Evangélica  
**BIBLIOTECA**



**EXAME CRIMINOLÓGICO E SUAS POSSIBILIDADES APÓS A**  
**ALTERAÇÃO DA LEI Nº. 10.792/2003**

Orientadora: M.s Jaqueline José Silva de Oliveira

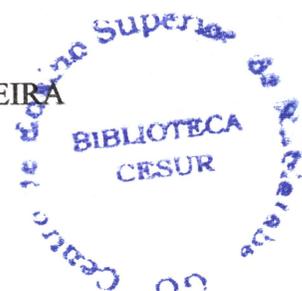
Orientanda: Fernanda Divina de Oliveira

Associação Educativa Evangélica  
**BIBLIOTECA**

**RUBIATABA – GO**  
**2012**

**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE RUBIATABA**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**  
**CURSO DE DIREITO**

FERNANDA DIVINA DE OLIVEIRA



**EXAME CRIMINOLÓGICO E SUAS POSSIBILIDADES APÓS A**  
**ALTERAÇÃO DA LEI Nº. 10.792/2003**

Associação Educativa Evangélica  
**BIBLIOTECA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito a Professora da Disciplina de Monografia Jurídica do Curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba - FACER - sob à orientação da Professora Ms. Jaqueline José Silva de Oliveira.

De acordo

\_\_\_\_\_  
Professora Orientadora

5-39959

Tombo nº	192.62
Classif.:	
Ex.:	1.
Origem:	d
Data:	8-4-13

**RUBIATABA – GO**  
**2012**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

**FERNANDA DIVINA DE OLIVEIRA**

**EXAME CRIMINOLÓGICO E SUAS POSSIBILIDADES APÓS A  
ALTERAÇÃO DA LEI Nº. 7.210/2003**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: \_\_\_\_\_

Orientador: \_\_\_\_\_

Jaqueline José Silva de Oliveira

Mestre em Direito e Relações Internacionais e Desenvolvimento Econômico

1º Examinador: \_\_\_\_\_

Daniel Martins Sotelo

Pós Doutor em Educação

2º Examinador: \_\_\_\_\_

Rogério Gonçalves de Lima

Especialista em Direito Civil e Processo Civil

**RUBIATABA, 2012.**

*“Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda parte”.*

*(Montesquieu)*

## DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho ao meu filho, Davi Luís, razão de meu viver e inspiração do meu dia a dia, ao qual dedico o meu maior e mais puro amor.*

*Aos meus pais, Euripedes Severino de Oliveira e Maria da Glória de Carvalho Oliveira, que sempre sonharam comigo todos meus sonhos, e jamais mediram esforços para que eu os realizasse. Foram e são meus grandes exemplos de vida e meu alicerce em todos os momentos que me senti sem chão. Ambos me mostram que ser pais é um enorme ato de amor e doação ao próximo, pois que sempre se doaram inteiramente a mim, dedicando amor, carinho, solidariedade e me ensinando princípios de educação e respeito a todos.*

*Vocês são os grandes amores de minha vida!*

*Aos meus avós (In memoriam) que sempre me apoiaram e me inspiraram pelo grande exemplo de vida. Madrinha-avó Ana Santos de Carvalho e minha sempre amada vovó Geralda Gonçalves de Oliveira, sei que estão agora ao lado de Deus intercedendo por mim; meu Padrinho-avô Jakson José de Carvalho a quem devo o mérito de aprender a ler e tomar gosto pelos estudos, e ainda ao meu avô Abel Severino de Oliveira com o qual não tive o prazer de conviver, mesmo assim sinto imensas saudades daquilo que não vivemos juntos.*

*A todos de minha família, meus tios e tias, meus primos e primas, padrinhos e madrinhas, por estarem sempre ao meu lado e de uma forma ou de outra sempre torcerem por mim e me auxiliarem em momentos de dificuldades.*

*Enfim, à pessoa que soube me olhar lentamente, sendo que o mundo tem uma mania de olhar a gente muito rápido!!!*

**“Recebi a palavra de Javé que me dizia: “Antes de formar você no ventre de sua mãe, eu o conheci...”(Jr 1,4-5)**

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço a Deus, meu Pai e meu Criador, pelo presente da vida, saúde e por todas as conquistas e vitórias.*

*Meus sinceros agradecimentos a minha orientadora Ms. Jaqueline José Silva de Oliveira pela atenção, dedicação e incentivo durante esse árduo trabalho de pesquisa e ainda por ser exemplo de profissionalismo, e humanidade os quais percebi nesses nossos momentos de convivência.*

*A todos meus amigos que estiveram ao meu lado e me suportaram quando até eu não conseguia me entender em momentos de crises existenciais.*

*Aos meus caros colegas de curso que estiveram ao meu lado passando pelas mesmas lutas e me incentivando e dando forças, em especial à Andréia Silva, minha grande companheira nos momentos de dificuldades, e também minhas queridas amigas Eloenia Mota, Larissa Araújo, Géssica Sainça e Renata Madureira.*

*A toda equipe da FACER/CESUR - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba: A todos os funcionários, em especial ao pessoal da limpeza e mais ainda à equipe da biblioteca pela enorme dedicação e pelo excelente trabalho. Agradeço ainda a todos os professores, na pessoa da professora Geruza Silva, aos quais devo essa conquista, sendo que não mediram esforços para nos ajudar, e também pela compreensão e dedicação.*

*Enfim, meu muito obrigada a todos que acreditaram em minha vitória e que de uma maneira ou de outra me apoiaram e torceram por mim, durante esses árdusos cinco anos de caminhada acadêmica.*

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar as possibilidades da realização do exame criminológico, mesmo após a edição da Lei nº. 10.792/2003, a qual alterou a Lei de Execução Penal, Lei nº. 7.210/1984. Ademais, analisa-se o contexto histórico das penas e também do referido exame. Outrossim, também é estudado a problemática da obrigatoriedade ou da facultatividade do exame criminológico. Ainda é feita uma apreciação a respeito dos benefícios e malefícios decorrentes da realização do exame supracitado. A metodologia é feita com estudos de doutrina, pesquisas na legislação brasileira e *websites*. O método é o de compilação o qual consiste na exposição do pensamento de vários autores a respeito do tema abordado. Contudo, será sopesado da importância desse exame em crimes de grande repúdio, como os hediondos, e aqueles que ensejam problemas de personalidade do infrator.

**Palavras-chave:** Pena Privativa de liberdade. Exame criminológico. Execução Penal. Obrigatoriedade e Facultatividade.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the possibilities of endoscopic criminological, even after the enactment of Law no. 10.792/2003, which amended the Penal Execution Law, Law no. 7.210/1984. Moreover, analyzes the historical context of penalties and also the said examination. Moreover, it is also studied the issue of mandatory or facultatividade criminological examination. Although an assessment is made regarding the benefits and detriments arising from the examination above. The methodology is made with studies of teaching, research and websites in Brazilian legislation. The method is the compilation which consists of exposing the thoughts of various authors on the subject addressed, however, is balancing of the importance of this exam in great abhorrence of crimes, how heinous, and those that lead the offender's personality problems.

**Keyword:** Custodial sentence. Criminological examination. Criminal Enforcement. Mandatory and now optional.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

### ABREVIATURAS

**Art.** Artigo  
**Ed, ed.** Edição  
**rev.** Revisão

### SIGLAS

**CPP** Código de Processo Penal  
**CF** Constituição Federal  
**CP** Código Penal  
**CTC** Comissão Técnica de Classificação  
**LEP** Lei de Execução Penal  
**STJ** Superior Tribunal de Justiça  
**STF** Supremo Tribunal Federal

### SÍMBOLOS

**§** Parágrafo

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
1. NOÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS DAS PENAS .....	13
1.1 CONCEITO DE PENA .....	13
1.2 CONTEXTO HISTÓRICO DAS PENAS .....	14
1.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS A PENA E SUA FINALIDADE.....	17
1.4 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE .....	19
1.5 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	22
2. EXAME CRIMINOLÓGICO.....	24
2.1 EXAME CRIMINOLÓGICO E A EXECUÇÃO PENAL.....	27
2.2 BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL .....	29
2.2.1 PROGRESSÃO DE REGIME.....	29
2.2.2 LIVRAMENTO CONDICIONAL.....	32
2.2.3 INDULTO.....	34
3. EXAME CRIMINOLÓGICO E SUAS POSSIBILIDADES APÓS ALTERAÇÃO DA LEI 10.792/2003.....	35
3.1 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA.....	36
3.2 DAS REGRAS ATINENTES AO SISTEMA PROGRESSIVO .....	38
3.3 DOS DEMAIS CASOS PREVISTOS EM LEI.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo das possibilidades da realização do exame criminológico, em especial nos benefícios da execução da pena, embora tenha ocorrido a alteração na LEP, trazida pela lei nº. 10.732/2003, a qual passou a suprimir do texto do art. 112, a referência ao exame criminológico para concessão de benefícios prisionais.

O objetivo geral do trabalho é analisar as possibilidades da realização do exame criminológico mesmo após a alteração da supramencionada lei, tecer considerações acerca da necessidade de sua aplicação determinados casos.

Os objetivos específicos são: Em primeiro lugar apresentar noções históricas e conceituais das penas, trazendo a tona alguns conceitos, o contexto histórico e suas finalidades no caso do direito no Brasil. Há que se ressaltar também nesses objetivos, o estudo do exame criminológico levando em consideração sua importância na execução penal e nos demais benefícios durante a execução da pena.

Em terceiro lugar é necessário constatar quais as possibilidades da aplicação do exame criminológico mesmo após a alteração da Lei nº. 10.792/2003, que deixa de exigí-lo para que se conceda os benefícios prisionais, tais como progressão de regime.

Quanto à metodologia que será utilizada será feita através de pesquisas na legislação brasileira, de pesquisas bibliográficas em livros, revistas, jornais e em *websites* como teses, artigos, dissertações das bibliotecas das grandes universidades, dentre outros.

De acordo com Cervo (2007, p.60) a pesquisa bibliográfica “procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em artigos, livros, dissertações e teses. É meio de formação por excelência e constitui o procedimento básico para estudos monográficos, pelos quais se busca o domínio do estado da arte sobre determinado tema.

O tipo de monografia a ser utilizada na confecção deste trabalho será a de compilação. Segundo Nunes (2009, p.32), “o trabalho de compilação consiste na exposição do pensamento dos vários autores que escreveram sobre o tema escolhido”.

Para a abordagem do tema exposto será utilizado o método dedutivo, “partindo das teorias e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares”, segundo Lakatos e Marconi (2010, p. 88), casos particulares são referidos a princípios gerais quando aqueles são deduzíveis destes, que se encontram associados a algo, cuja finalidade é assinalar o particular que se encontra em causa.

A problemática consiste em examinar quais os possíveis benefícios trazidos a sociedade e até mesmo ao indivíduo que cumpre pena, com a realização do já mencionado exame.

E ainda pergunta-se: é realmente proveitosa a prática de tal exame, ou deve-se pormenorizá-lo a crimes considerados hediondos ou equiparados a estes?

A motivação do tema proposto reside na problemática do grande índice de reincidência que tem ocorrido no país, que as cadeias não tem cumprido sua função de ressocialização, e são colocados em liberdade pessoas que ainda não estão prontas ao convívio social, que, por vezes até pioraram seu comportamento diante da sociedade.

A pesquisa será dividida em três capítulos. O capítulo inicial trabalhará as noções históricas e conceituais das penas, estudando suas origens, formas e evolução, bem como as fundamentações de renomados doutrinadores a cerca do assunto.

É necessário nessa investigação trazer à tona a finalidade das penas, que segundo Junior (2007, p. 52):

No Brasil, predomina a teoria mista, ou seja, pena é castigo e é prevenção. A pena é retributiva-preventiva, ou seja, é a devolução do mal com o mal. Todavia, é também prevenção geral, pela cominação em abstrato e é prevenção especial por sua aplicação ao delinqüente, sendo que a execução penal procurará possibilitar a completa reintegração social do condenado (Lei n. 7.210/1984, art. 1º).

O segundo capítulo trata do exame criminológico, traz noções históricas, o conceito e também de sua importância ante a concessão dos benefícios durante a execução da pena, nesse momento analisa-se cada um dos benefícios a fim de se formar uma melhor idéia do assunto. É objeto de estudo inicialmente as lições de Costa (1972, 70), o qual leciona que “a pena privativa de liberdade deve estar em relação com o delinqüente e adaptar-se às suas condições pessoais é o que modernamente se chama de individualização penal [...]”.

O terceiro capítulo tem a proposta de estudar as possibilidades do exame criminológico após a alteração da Lei nº 10.792/2003, busca-se as possibilidades durante a individualização da pena e ainda no início da execução penal, o qual tem previsão legal.

Contudo, em se tratando dos benefícios no decorrer da pena, mesmo estando suprimido no texto do art. 112 da LEP, a Súmula 439 do STJ, deixa a faculdade do magistrado requerer o exame, desde que de forma fundamentada.

## 1 NOÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS DAS PENAS

Este primeiro capítulo objetiva analisar o contexto histórico das penas em sua origem e seu desenvolvimento.

O estudo das penas é de fundamental importância para se chegar ao objetivo desse trabalho, visto que se não pelas penas, não há que se falar em exame criminológico.

É de suma importância citar que o Direito Penal brasileiro como forma de cuidar para um bom convívio em sociedade vale-se das penas com o intuito de punir e ao mesmo tempo reeducar aquele que viola as regras de convívio em sociedade.

Segundo Bitencourt (2011, p.97) <sup>1</sup> A pena em sentido amplo é algo necessário, imprescindível à convivência em sociedade. Portanto, pode-se considerar a pena como uma forma de controle social.

É adequado minutar que muitas teorias surgiram no decorrer da história, a fim de explicar a finalidade das penas, algumas dessas são objetos de estudo posteriormente.

### 1.1 Conceito de pena

Uma definição simples e bem clara é a de Greco (2011, p. 469) para ele, pena “é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”.

Veja ainda o entendimento de Capez (2011, p. 384 *usque* 385):

Sanção penal de caráter afliitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Traz nessa lição bem claro que a pena tem por finalidade retribuir de uma forma punitiva a conduta do infrator, tendo em vista sua readaptação na sociedade e ainda prevenir novas infrações, visando que a sanção sirva de exemplo a todos os indivíduos da sociedade, a fim de intimidá-los para que não pratiquem crimes e conseqüentemente não venham a sofrer punições.

---

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

Corroborando com o entendimento de Capez, Dotti (2010, p. 57) preceitua “a pena criminal é a sanção imposta pelo Estado através de previsão legal específica e consistente na perda ou restrição de bens jurídicos do responsável pela infração, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos ilícitos”.

Ainda para Nucci (2011, p. 59) o conceito de pena “Trata-se de sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”.

Bitencourt preceitua e vai mais além. Para ele:

A uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade. Destaque-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social – algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal -, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica. Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados.

Entretanto, a pena é a retribuição do Estado àquele que infringe ao ordenamento jurídico-penal. Para melhor entendimento a esse respeito é necessário esmiuçar um pouco mais o histórico das penas, como é feito a seguir.

## 1.2 Contexto histórico das penas

Conforme Greco (2011, p. 470)<sup>2</sup>, a pena foi aplicada pela primeira vez na história da humanidade no paraíso, onde Eva após comer o fruto proibido e induzir Adão a fazer o mesmo, teve como punição a expulsão do Jardim do Éden, além de outras.

Posteriormente a essa sanção, o homem achando por bem para manter a ordem social, adotou o sistema de implantação de penas a todos que, de uma forma ou de outra, violassem as regras da sociedade em que vivia.

No decorrer da história, várias legislações foram criadas, visando regulamentar as penas aplicadas a cada delito cometido.

É de suma importância citar o direito romano o qual sintetiza todo o pensamento da Idade Antiga, servindo de ligação entre o mundo antigo e o moderno.

---

<sup>2</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

Pode-se citar como importante obra nesse período a Lei da XII Tábuas, que foi o primeiro código romano escrito, surgiu no século V a. C. segundo Meira *apud* Prado (2005, p. 69) “Com ela inicia-se o período de vivência legislativa, pelo talião e pela composição”.

As XII Tábuas nada mais foram que uma codificação de regras provavelmente costumeiras, primitivas, e, às vezes, até cruéis.

Com efeito, esclarece Prado (2005, p. 69), que a Lei das XII Tábuas, na Tábua VII – *De delictis*, afirmava que:

17. Aquele que intencionalmente incendiou uma casa ou um monte de trigo perto de uma casa, seja fustigado com varas e sem seguir lançado ao fogo. [...] 16. Se alguém profere um falso testemunho, que seja precipitado da rocha Tarpéia. 17. Se alguém matou um homem livre e emprestou feitiçaria e veneno, que seja sacrificado com o último suplício. 18. Se alguém matou o pai ou a mãe, que se lhe envolva a cabeça, e seja colocado em um saco costurado e lançado ao rio.

Nesse período a pena consistia apenas em mera vingança, sua aplicação era um revide à agressão havida, saliente-se que de maneira totalmente desproporcional, visto que não havia qualquer preocupação de justiça. Portanto, o agredido podia reagir juntamente com os membros de sua família, sendo assim sua reação sempre excedia, não havendo assim um bom senso.

É relevante trazer que, desde as primeiras normas que surgiram até por volta do século XVIII, as penas eram direcionadas ao corpo do infrator, o mal que ele causava lhe era retribuído por meio de penas corporais.

A imposição de tortura era prática ritualista das quais passavam os suspeitos, para que confessassem determinado ato. No ritual do processo, o corpo do acusado era objeto de duelo do juiz em ganhar a causa com a confissão, e do acusado na resistência de confessar.

Assim, Foucault (2001, p. 59) descreve:

Entre o juiz que ordena a tortura e o suspeito que é torturado, há ainda como uma espécie de justa: o “paciente” — é o termo pelo qual é designado o supliciado — é submetido a uma série de provas, de severidade graduada e que ele ganha “agüentando”, ou perde confessando. Mas o juiz não impõe a tortura sem, por seu lado, correr riscos (e não é só o perigo de ver morrer o suspeito); ele põe alguma coisa em jogo no torneio, que são os elementos de prova que já reuniu; pois a regra diz que, se o condenado “agüenta” e não confessa, o magistrado é obrigado a abandonar as acusações. O supliciado ganhou. Daí o hábito, que se introduzira para os casos mais graves, de impor suplício do interrogatório “com reserva de provas”: nesse caso o juiz podia continuar, depois das torturas, a fazer valer as presunções reunidas; o suspeito não era inocentado por sua resistência; mas pelo menos devia ele à sua vitória não mais poder ser condenado à morte.

Conforme apontamentos de Beccaria (2006, p.40)<sup>3</sup> a prática usada, para conseguir punir criminosos, na antiguidade, era por meio do emprego da tortura, suplício, onde o culpado e o suspeito eram tratados da mesma maneira, de forma que ocorria uma desproporcionalidade em relação à aplicação da pena e uma desigualdade no sistema. Desse modo, a forma empregada como meio punitivo por meio da tortura era desumana, incorrendo na possibilidade de aquele que era suspeito de um crime confessar a culpa, para não sofrer as consequências do suplício. E aquele que efetivamente era culpado poderia confessar ao crime, para não se submeter à tortura. Ou seja, ao culpado teria uma pena mais branda em relação aquele, suspeito inocente.

É também um marco histórico a chamada Lei de Talião: “olho por olho, dente por dente”, o qual de certa forma limita as penas com crueldade e sem limitação, de maneira que o direito da vítima, por assim dizer em também castigar seu ofensor, deveria ser por meio de um mal idêntico ao sofrido por ela.

Na era Iluminista, por volta do século XVIII, Cesare Beccaria (1764), em sua obra “Dos Delitos e das Penas” apresentou novas idéias a respeito das penas, visto que muitos pensadores não aceitavam mais a maneira indigna como o ser humano estava sendo tratado por seus semelhantes. Em sua obra, nasce a defesa da legalidade, da proporcionalidade e do utilitarismo. O referido autor defendia a humanização das penas, as quais não podiam consistir em um ato de violência contra o cidadão, devendo ser pública, proporcional ao delito e previamente determinada pela lei.

O Supracitado autor, em sua obra também expressava um clamor social por leis claras e objetivas e também de fácil interpretação.

Preleciona Beccaria (1999, p. 32, *usque* 63):

Para que uma pena seja justa, deve ter apenas o grau de rigor bastante para desviar os homens do crime. Ora, não há homem que possa vacilar entre o crime, mau grado a vantagem que este prometa, e o risco de perder para sempre a liberdade.

É, pois, da maior importância punir prontamente um crime cometido, se quiser que, no espírito grosseiro do vulgo, a pintura sedutora das vantagens de uma ação criminosa desperte imediatamente a idéia de um castigo inevitável. Uma pena por demais retardada torna menos estreita a união dessas duas idéias: crime e castigo.

O direito de punir não pertence a nenhum cidadão em particular; pertence às leis, que são o órgão da vontade de todos. Um cidadão ofendido pode renunciar à sua porção desse direito, mas não tem nenhum poder sobre a dos outros.

Interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas. Quereis prevenir os crimes? Fazeis leis

<sup>3</sup> BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martin Claret, 1999.

simples e claras; fazei-as amar, e esteja a nação inteira pronta a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las.

Como bem cita Greco (2011, p. 471 *usque* 472)<sup>4</sup> com essas novas idéias passou-se a dar importância a preservação a integridade física e mental da pessoa humana. Entre os países foram firmados vários pactos com o objetivo de retirar dos ordenamentos jurídicos as penas de tratamento degradantes e cruéis.

Beccaria (1999, p. 49), diz ainda que “a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado”.

A fim de melhor aprofundar na finalidade das penas, são tecidos posteriormente algumas considerações com relação as suas finalidades.

### 1.3 Princípios aplicáveis a pena e sua finalidade

Em todo qualquer esboço que se faça independente da área, é importante falar sobre os princípios, pois estes têm a função de orientar e limitar a conduta a ser seguida. Sendo assim, de forma breve fala-se de alguns princípios aplicáveis a pena privativa de liberdade.

Capez (2011, 385 *usque* 386) leciona:

- a) Legalidade: a pena deve estar prevista em lei vigente, não se admitindo seja cominada em regulamento ou ato normativo infralegal (artigo 1º, CP – princípio da reserva legal e artigo 5º, XXXIX, da CF – não há pena sem prévia cominação legal).
- b) Anterioridade: a lei já deve estar em vigor na época em que for praticada a infração penal (artigo 1º, do CP, e artigo 5º XXXIX, da CF - não há crime sem lei anterior que o defina).
- c) Personalidade: a pena não pode passar da pessoa do condenado (artigo 5º, XLV, da CF). Assim, a pena de multa, ainda que considerada dívida de valor para fins de cobrança, não pode ser exigida dos herdeiros do falecido.
- d) Individualidade: a sua imposição e cumprimento deverão ser individualizados de acordo com a culpabilidade e o mérito do sentenciado (artigo 5º, XLVI, da CF).
- e) Inderrogabilidade: salvo as exceções legais, a pena não pode deixar de ser aplicada sob nenhum fundamento. Assim, por exemplo, o juiz não pode extinguir a pena de multa levando em conta seu valor irrisório.
- f) Proporcionalidade: a pena deve ser proporcional ao crime praticado (artigo 5º, XLVI e XLVII, da CF).
- g) Humanidade: não são admitidas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, perpétuas (artigo 75, do CP), de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (artigo 5º, XLVII, da CF).

Muito se têm discutido acerca das finalidades que devem ser atribuídas as penas. O nosso Código Penal prevê em seu artigo 59 (1940)<sup>5</sup>, que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação

<sup>4</sup>GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

<sup>5</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/40. Código Penal. Vade Mecum. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 515.

penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.

A fim de explicar a finalidade das penas, surgiram três teorias, as absolutas, as relativas e as mistas. As teorias absolutas trazem a tese da retribuição, as teorias relativas pregam a prevenção e as mistas, entendem que a pena tem seu caráter retributivo, mas também um misto de correção e educação.

A teoria absoluta, também chamada de retribucionista, tem como fundamento da aplicação da sanção penal a exigência da justiça, ou seja, pune-se o agente porque cometeu um crime, é uma retribuição ao mal praticado.

A respeito da teoria absoluta, Greco (2011, p. 473) declara:

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.

A teoria relativa ou utilitarista tem por embasamento a prevenção, a qual se divide em: prevenção especial e prevenção geral.

Tratando-se de prevenção geral e prevenção especial Greco (2011, p. 473 usque 474)<sup>6</sup> ensina que a prevenção geral pode ser negativa, também chamada prevenção por intimidação, que sustenta que a pena aplicada ao autor da infração penal deve refletir na sociedade, de maneira que aqueles que estão vendo as consequências da infração praticada reflitam antes de praticar qualquer ato. Também pode ser positiva, que tem por propósito a consciência geral da sociedade, de respeitar determinados valores, promovendo assim, a integração social.

Ademais, a prevenção especial também é concebida em dois sentidos, negativo e positivo. Pela prevenção especial negativa, a retirada do infrator do meio social o impede de praticar novos delitos. Importa salientar que nesse caso, trata-se de pena privativa de liberdade. Já na prevenção especial positiva a imposição da pena consiste em fazer com que o condenado reflita sobre as consequências de seus atos, de modo que não queira mais futuramente praticar novos delitos.

Relativamente à terceira teoria, mista ou eclética, Mirabete (2010, p. 231) orienta que a pena tem o seu caráter retributivo, aspecto moral, mas a sua finalidade também é de reeducar e corrigir o condenado. Para essa teoria a pena dever conservar o seu caráter tradicional, mas também se deve pensar em outras medidas a ser adotadas aos infratores, em

<sup>6</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

razão de sua periculosidade e inimputabilidade. Deve-se adotar a idéia de que a finalidade da pena, retribuição e prevenção fazem parte da mesma moeda.

Mirabete e Fabrini *apud* Lima (2010, p. 231) comungam da idéia de que “a retribuição, sem a prevenção é vingança; a prevenção sem a retribuição, é desonra”.

Ainda no tocante às teorias, o artigo 59 (1940)<sup>7</sup> do Código Penal, evidencia que o Brasil adotou a teoria mista ou eclética, para explicar a finalidade da pena, buscando tanto a retribuição como a prevenção do delito, que nada mais é que a junção da teoria absoluta com a relativa.

É relevante ressaltar que existem, no ordenamento jurídico brasileiro, três espécies de pena, conforme art. 32 (1940)<sup>8</sup>:

Art. 32. As penas são:  
I – privativas de liberdade;  
II – restritivas de direitos;  
III – de multa.

Entretanto, nesse trabalho será tratado apenas das penas privativas de liberdade, visto ser nessa modalidade de penas que há a possibilidade de aplicação do exame criminológico, conforme será verificado posteriormente.

Contudo, se faz necessário sopesar também algumas considerações a respeito da pena privativa de liberdade.

#### **1.4 A pena privativa de liberdade**

De acordo com Bitencourt (2011, p. 505) a antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade, estritamente considerada como sanção penal.

Entretanto, a prisão dos infratores ocorre desde os primórdios, porém não possuía como objetivo a aplicação de sanção, servia apenas para preservar fisicamente os infratores, até chegar a data de seu julgamento, sendo que a punição geralmente era a pena de morte, tal idéia perdurou até por volta do século XVIII.

Como antes mencionado, a prisão juntamente com a tortura era usada para descobrir a verdade sobre a infração cometida. Para Bitencourt (2011, p. 506) a prisão foi sempre uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção da liberdade do indivíduo.

<sup>7</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/40. Código Penal. Vade Mecum. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 515.

<sup>8</sup>Idem, p. 512.

Logo, a partir do século XIX, a prisão passou a ser a principal resposta a delinquência, acreditando-se nesse período em uma possível reabilitação do delinquente. Aos poucos, esse pensamento positivo foi perdendo força, e atualmente é difícil acreditar no caráter ressocializador da prisão, já que é quase imperceptível enxergar algum efeito positivo sobre o infrator.

Percebendo a ineficácia, por vezes da pena até então aplicada, a todos que infringissem as leis, entre os anos de 1872 e 1895, os Congressos Penitenciários Internacionais, passam a adotar um diferente método de tratamento dos infratores que sejam primários e menos perigosos que os outros.

Atualmente, tem-se que o encarceramento deve ser para os presos habituais, pois para aqueles que praticam infrações de forma eventual, este se torna injusto.

Para Bitencourt (2011, p. 516), em sua visão sobre o encarceramento:

Sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, carecer de eficácia intimidativa diante do delinquente entorpecido, retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão deixam no recluso, são alguns dos argumentos que apoiam os ataques que se iniciam no seio da *União Internacional de Direito Penal* (Congresso de Bruxelas de 1889).

Em 1984, com a reforma penal brasileira, passou-se a adotar a pena privativa de liberdade como gênero o qual tem a reclusão e a detenção como espécies. Sendo assim, a prisão antes aplicada de forma temporária ao infrator durante o processo do seu julgamento, onde possivelmente lhe era aplicada como pena, a morte, trabalhos forçados e até mesmo a mutilação, passa a ter caráter exclusivo de pena, surgindo dessa forma a pena privativa de liberdade.

A pena privativa de liberdade tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 32 (1940) do Código Penal, no art. 5º. Inciso XLVI, alínea "a", (1988) da Constituição Federal e ainda no art. 105 (1984) da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984).

A referida pena pode ser de reclusão ou detenção, conforme expresso no art. 33 (1940)<sup>9</sup>:

A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

<sup>9</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/40. Código Penal. Vade Mecum. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 515.

Além da pena privativa de liberdade prevista no Código Penal, tem-se a previsão na Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41), a qual se dá por meio da prisão simples, sendo que esta só pode ser cumprida nos regimes semi-aberto e aberto, excluindo, portanto, o fechado.

Tal distinção está prevista expressamente na Lei de Introdução ao Código Penal (1941)<sup>10</sup>, veja-se:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Cumprе ressaltar, que a pena privativa de liberdade sobre o regime de reclusão é destinada a crimes mais graves, e o de detenção reserva-se aos crimes mais leves.

Portanto, como antes mencionado, a pena privativa de liberdade pode ser cumprida nos regimes: fechado, semi-aberto e aberto, Capez (2011, p. 386) distingui-os da seguinte forma:

- a) Regime fechado: Aplicável ao condenado a pena superior a oito anos, ou reincidente em pena de reclusão, e deve ser cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média.
- b) Regime semi-aberto: Condenado a pena superior a quatro anos e inferior a oito anos, e que não seja reincidente, deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.
- c) Regime aberto: Ao condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos e deve ser cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Há que se considerar que sempre que o condenado for reincidente deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, independentemente da quantidade da pena imposta. Entretanto, como toda regra tem sua exceção, essa não poderia deixar de ter. Assim, excepcionalmente, segundo entendimento do STF o juiz pode conceder o regime aberto ao condenado ainda que reincidente, quando este houver sido condenado anteriormente a pena de multa e a pena aplicada seja igual ou inferior a quatro anos. Esse entendimento condiz com o art. 77, § 1º (1941)<sup>11</sup> do Código Penal, note-se: “§ 1º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.”

Por outro lado, o STJ objetivando flexibilizar referida regra, editou a Súmula 269, *in verbis*: “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior à 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.”

<sup>10</sup> Idem, p. 483.

<sup>11</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/40. Código Penal. Vade Mecum. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 517.

Entretanto, o STJ permitiu assim que o juiz conceda o regime semi-aberto ao invés do fechado ao condenado, ainda que reincidente, quando a pena privativa de liberdade aplicada não exceder a quatro anos.

O Código Penal estabelece que se as circunstâncias do artigo 59 (grau de culpabilidade, personalidade, conduta social, antecedentes, consequências do crime) forem desfavoráveis ao condenado, este deve iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, portanto, trata-se de ato discricionário do juiz. Todavia, em se tratando de pena não superior a oito anos, a imposição do regime inicial fechado depende de fundamentação. Nesse sentido é o teor da Súmula 719 do STF<sup>12</sup>, que assim preceitua, “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

Por outro lado, é importante salientar que em se tratando de pena privativa de liberdade de detenção que admite os regimes semi-aberto e aberto, não é possível iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, somente sendo admitido este em caso de regressão.

Após o estudo da pena privativa de liberdade, é necessário esmiuçar a individualização da referida pena, visto que não há como se falar em pena privativa de liberdade sem trazer apreços da individualização da pena.

## 1.5 A individualização da pena privativa de liberdade

A respeito da individualização da pena Barros (2001, p. 138) instrui: “A individualização da pena em execução não tem o fim de transformar ou readaptar o preso ao modelo de normalidade social, mas apenas o fim de não torná-lo pior [...]”.

Ainda Nucci (2011, p.36) traz uma definição bem abrangente sobre a individualização:

Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto

Ainda para Nucci (2011, p.36) a individualização da pena tem por objetivo eleger a justa e adequada sanção penal, em relação ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado. Assim, é possível definir o perfil do sentenciado, distinguindo-o dos demais. A finalidade e importância dessa individualização é fugir do sistema de padronização da pena,

---

<sup>12</sup>BRASIL. Súmulas. Vade Mecum. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1809.

da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, é eliminar a pena pré-estabelecida, de forma unificada, pois, sem dúvida alguma, paira a injustiça.

O doutrinador Nucci (2011, p.37) traz quatro modos de individualização da pena:

- a) Pena determinada em lei: sem margem de escolha do juiz.
- b) Pena totalmente indeterminada: permite ao juiz fixar o *quantum* que lhe aprouver.
- c) Pena relativamente indeterminada: por vezes fixando somente o máximo, mas sem estabelecimento do mínimo, bem como quando se prevê mínimos e máximos flexíveis, adaptados ao condenado conforme sua própria atuação durante a execução penal.
- d) Pena estabelecida em lei dentro de margens mínima e máxima: cabendo ao magistrado eleger o seu *quantum*. Este é o mais adotado e bem afeiçoado ao Estado Democrático de Direito.

Há que se ver ainda a lição de Moraes (2002, p. 335):

A previsão do inciso XLVIII direciona-se no sentido de colaboração à tentativa de recuperação do condenado, fazendo com que a execução da pena seja, na medida do possível, individualizada, de forma a ressocializá-lo. Assim a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Ainda, nesse mesmo sentido Ferreira *apud* Mirabete (2004, p. 48):

A individualização é uma das chamadas garantias repressivas, constituindo postulado básico de justiça. Pode ser ela determinada no plano legislativo, quando se estabelecem e disciplinam-se as sanções cabíveis nas várias espécies delituosas (individualização *in abstracto*), no plano judicial, consagrada no emprego do prudente arbítrio e discricção do juiz, e no momento *executório*, processada no período de cumprimento da pena e que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao regime penitenciário, à suspensão da pena, ao livramento condicional etc.

Nesse ínterim Pitombo *apud* MIRABETE, (2004, p. 48) salienta que “individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto”.

A respeito das fases da individualização da pena, Nucci (2011, p. 37 *usque* 38), comenta que a pena se divide em três fases: A primeira delas é a individualização legislativa, em que o legislador no momento da elaboração do tipo penal incriminador deve fixar, a pena mínima e máxima, suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime. Após essa individualização quando ocorrer a prática de uma infração penal, o juiz deve adotar o montante concreto ao condenado em todos os seus prismas e efeitos, nesse caso trata-se da individualização judiciária e por último, a individualização executória, onde o magistrado irá regular o cumprimento da sanção aplicada. Assim, se dois ou mais réus, co-autores, cometem uma infração penal, o progresso na execução da pena pode ocorrer de forma distinta. Isso quer

dizer, que enquanto um recebe a progressão de regime em um determinado período, o outro pode levar maior tempo. Essa diferença ocorre também na concessão de outros benefícios da execução penal (livramento condicional e indulto).

Portanto, observa-se que a individualização da pena, é um princípio de suma importância a fim de que a pena alcance seu real objetivo, qual seja punir e reeducar o infrator, contudo essa individualização só é possível com a realização do exame criminológico, este tema do próximo capítulo.

## 2 EXAME CRIMINOLÓGICO

A fim de chegar ao tema proposto é necessário estudar os pormenores do exame criminológico, qual seja, seu conceito, sua análise histórica, dentre outros.

A respeito do início do pensamento de exame criminológico, Costa (1972, p.21) diz:

Aliás, Von Hammel, no Congresso de Criminologia de Turim, observando as obras de Beccaria e Lombroso, assinalou que Beccaria disse ao homem: conhece a justiça, e Lombroso disse a justiça: conhece o homem. Realmente nos dias hodiernos, certo será o apotegma sempre citado: *realiza a justiça conhecendo o homem*.

Ainda Costa (1972, p.74), fazendo uso das palavras de Ferri, ensina “A personalidade do delinquente é a que mais interessa à justiça penal prática”.

Inicialmente, no que diz respeito às discussões acerca do exame criminológico, dispõe Costa (1997, p.87): “[...] sua necessidade foi afirmada, pela primeira vez, por Lombroso no Congresso Internacional Penitenciário de St. Petersburgo, em 1890 [...]”.

Entretanto, antes de prosseguir faz-se necessário trazer um conceito relativo ao fator criminogenético do infrator, que vem a ser presumível uma percepção errônea que se trata de um fator relativo à genética e à hereditariedade. Neste sentido, discorre Fernandes (2002, p.56):

Na realidade, não há prova de que exista o denominado “criminoso nato”. Ninguém tem uma hereditariedade tal, que deva ser inevitavelmente um criminoso, independente das situações em que é colado ou das influências que sobre ele exercem.

Contudo não se trata da genética concebida ao criminoso que assim o torna, mas de causas relativas ao crime que o fazem reagir de determinada maneira.

Numa melhor explicação que possa versar sobre o estudo da mente criminal, disserta Lopez-Rey, apud Silveira (1965, p.38):

López Rey, em seu notável livro, ensina que toda investigação criminológica pode sistematizar-se em três aspectos fundamentais, compreensivos de toda a série de fatores criminogênicos. Tais elementos, disposição, mundo circundante e personalidade, formam uma trilogia, que mantém um paralelismo com as disciplinas fundamentais da Criminologia: Biologia, Sociologia e Psicologia Criminais.

Verifica-se, portanto, que o estudo da personalidade criminosa é amplo, devendo ser tratado juntamente com diversas áreas referentes à criminologia, para que se possa obter uma melhor compreensão do que permeia a vida criminosa.

Ainda, no mesmo sentido ensina Costa (1972, p.76), a respeito do Congresso Penitenciário Internacional de Londres (1925), onde foi pregado o seguinte:

É necessário que todos os detidos acusados ou condenados sejam sujeitos a um exame físico e mental por médicos especializados, e que, em todo o estabelecimento carcerário, sejam instituídos laboratórios para este fim. Este sistema contribuirá para determinar as causas biológicas e sociais da criminalidade e para precisar o tratamento adaptado ao delinqüente.

Com isso, a importância do exame sobre a personalidade do agente, e o exame criminológico é até então a maneira mais eficaz para se chegar ao alcance do entendimento dessa personalidade.

Ainda Costa(1972, p.76) nos relata que na personalidade do criminoso, como individualidade bio-psíquica (selbstwesen) e como ser vivo (gliedwesen), se caracterizam-se os analíticos elementos de graduação da periculosidade deste, dados pela gravidade do crime e pelos motivos determinantes.

Assim sendo, a fim de analisar a periculosidade do agente deve ser pautado no exame da personalidade do acusado, sem deixar de lado quaisquer dos fatores, estabelecendo assim, os geradores da delinquência e combatê-los, com as medidas cabíveis.

Costa (1972, p.78) fazendo uso das palavras de Gemelli diz “o homem é um microcosmo. A personalidade do homem constitui da fusão de elementos psíquicos e orgânicos de diversas espécies, os quais marcam a pessoa humana, motivo pelo qual se torna imprescindível a investigação de todos os elementos componentes, em razão de ser o crime resultado da ação de um indivíduo que agiu sob a influência de determinados estímulos e de particulares situações do ambiente exterior.”

Ainda nesse mesmo aspecto traz Costa (1972, p.115) que os pioneiros da criminologia reivindicavam a organização de um exame médico-psicológico-social dos delinquentes. Historicamente, a necessidade desse exame foi afirmada pela primeira vez em 1890, no Congresso Internacional Penitenciário de St. Petersburgo, por Lombroso.

Uma grande parte dos delinquentes não consegue se adaptar à sociedade, por isso são isolados e relegados pelos indivíduos da sociedade. Partindo desse problema, tem-se que as reações psicológicas particulares fazem com que a necessidade de uma ajuda, os direcione para um comportamento antissocial.

Essas reações devem ser analisadas de forma a se aprofundar em mecanismos, para tratar e individualizar os delinquentes. Para conhecê-los, é preciso penetrar dentro de sua personalidade, por meios de métodos científicos que se possam dispor. Através dos exames é possível discernir suas complicações patológicas.

Naquele época, cita Costa (1972, p.116) que em Roma, no ano de 1938, o I Congresso Internacional de Criminologia recomendava “o estudo da personalidade do delinquente seja formalmente e substancialmente inserido nas três fases do ciclo judiciário: instrução, julgamento e execução”.

Após a II Guerra Mundial, o II Congresso Internacional de Criminologia passou a defender, dentro das seções de biologia e de juventude delinquente, a necessidade de um exame bio-tiplógico, bem como, a inclusão da psiquiatria nos estabelecimentos penitenciários.

Posteriormente, no XIIº Congresso que a antiga Comissão Internacional Penal e Penitenciária organizou, em 1950, em Haia, foi adotada a seguinte resolução:

Na organização moderna da justiça penal, é altamente desejável, para servir de base à fixação da pena e aos processos de tratamento penitenciário e de liberação, dispor de um relatório, previamente à prolação da sentença. O qual se refira não somente às circunstâncias do crime, mas também aos fatores relativos à constituição, à personalidade, ao caráter e aos antecedentes sociais e culturais do delinquente.

Em 1952, os cursos internacionais de criminologia organizados pela Sociedade Internacional de Criminologia, se dedicaram ao exame médico-psicológico e social dos delinquentes. Em 1953, dedicara-se ao estudo do estado perigoso. E em 1955 à infração e à personalidade dos delinquentes.

O ciclo de estudos europeus, organizado pela ONU<sup>13</sup>, em Bruxelas, em 1951, concluiu sobre os exames médico-psicológico e social (exame criminológico) dos delinquentes, que eles devem compreender: um exame biológico, um exame psicológico, um exame psiquiátrico e um exame social.

O exame biológico é aquele físico de modo geral, que permite conhecer os exames especializados, os quais servirão como exames complementares, por exemplo, exames

---

<sup>13</sup>Organização das Nações Unidas foi fundada em 1945 após a Segunda Guerra Mundial para substituir a Liga das Nações, com o objetivo de deter guerra entre países e para fornecer uma plataforma para o diálogo. Ela contém várias organizações subsidiárias para realizar suas missões.

neurológicos, radiológico, de patologia clínica, endocrinológico e também o eletroencefalográfico.

O exame psicológico permite medir as aptidões, as realizações mentais, bem como, descrever as características da personalidade.

O exame psiquiátrico não resolve enfermidades mentais e nem serve para medir responsabilidade penal, apenas variações da personalidade e do comportamento, que só o psiquiatra é capaz de compreender.

O exame social tem por objetivo conhecer a vida social do delinquente, participar em sua integração e contribuir para o tratamento, este exame, é realizado por um assistente social.

Sendo assim, pode-se afirmar que o exame criminológico constitui elemento básico da criminalidade clínica, onde o método utilizado não varia apenas segundo a sua natureza (médica, psiquiátrica, psicológica ou social), mas também, pelo grau de profundidade que possa prever.

O objeto do exame criminológico é, portanto, de apresentar ao juiz um quadro da personalidade do autor da infração penal. A personalidade é o efeito de todas as circunstâncias da vida, exprimindo-se em cada comportamento, num ato criminoso.

Continuando, o exame criminológico consiste na realização de um diagnóstico e também de um prognóstico criminológicos que tem por objetivo determinar as condutas a ser seguidas pelo examinando. Significa dizer, que trata-se de uma perícia sobre o comportamento do criminoso.

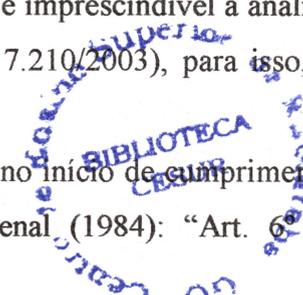
Através do diagnóstico, o exame avalia as condições pessoais do preso, como por exemplo, condições orgânicas, psicológicas, familiares e sociais, que são conexas com o ato criminoso, e por consequência determina o motivo da conduta praticada pelo examinando. Por meio do prognóstico é possível verificar a probabilidade de reincidência criminal.

Tendo analisado o exame criminológico, em seguida estuda-se a execução da pena e a importância do exame criminológico no desenrolar desse instituto.

## **2.1 Exame criminológico e a execução penal**

A fim de finalmente adentrar ao tema central desse trabalho é imprescindível a análise do exame criminológico frente a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/2003), para isso, é importante tecer comentários sobre a sua previsão e aplicabilidade.

É possível verificar, a necessidade do exame criminológico no início de cumprimento da pena ante a sua previsão expressa na Lei de Execução Penal (1984): "Art. 6º A



classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação, que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade, adequada ao condenado ou ao preso provisório”.

Tendo por objetivo a reeducação e ressocialização do sentenciado, o Estado criou os benefícios da execução penal, quais sejam progressão de regime, livramento condicional e indulto, para que este tenha condições de voltar ao convívio social, sendo estes benefícios instrumentos necessários para esta recuperação.

Assim preceitua o artigo 112 (1984) da Lei de Execução Penal:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Portanto, para fazer jus a um regime menos gravoso, o condenado deve se mostrar merecedor de tal benefício, bem como de que está preparado para obter um regime mais brando.

Ocorre, que a Lei 10.792/2003 – alterou alguns dispositivos da Lei de Execução Penal, destacando-se a diminuição da atuação da Comissão Técnica de Classificação (CTC), na progressão de regime.

Antes da referida lei, a Comissão Técnica de Classificação de forma obrigatória participava efetivamente do processo de individualização da execução. A comissão além de opinar nas progressões de regime, também se manifestava sobre as regressões de regime, bem como, conversões das penas.

Salienta-se que antes da Lei 10.792/2003, o artigo 112 da LEP, em seu § único, estabelecia para a progressão de regime, que “A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”. Após, o advento da Lei 10.792/2003 – Lei de Execução Penal, o § único do artigo 112, foi substituído pelos §§ 1º e 2º que assim leciona:

§1º. A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§2º. Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.

Verifica-se, pois, que o legislador suprimiu a realização do exame criminológico. Todavia como supramencionado, o Estado acreditando que o sentenciado que foi retirado do meio social merece ser inserido no mesmo de forma progressiva.

Assim sendo, é necessário analisar os benefícios aos quais o réu tem direito no decorrer da execução da pena, desde que preencha os requisitos necessário, serão esmiuçados alguns desses benefícios a seguir.

É essencial analisar a aplicação e eficácia da Lei de Execução Penal no Brasil.

## **2.2 Benefícios da execução penal**

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI estabelece como princípio, a individualização da pena, de onde se depreende a individualização executória da pena.

O Estado tendo por objetivo a reeducação e ressocialização do sentenciado, criou os benefícios da execução penal, pois, acredita-se que aquele que foi retirado do meio social em razão da prática de um crime, necessita de uma confiança nele depositada, para aos poucos retornar ao convívio social.

Entre esses benefícios, está a progressão de regime, que consiste na transferência de um regime rigoroso para outro mais brando; o livramento condicional, que é a liberdade do sentenciado de forma antecipada condicionalmente; e, o indulto, que é a extinção da punibilidade do agente, ou a diminuição de sua pena.

### **2.2.1 Progressão de regime**

Trata-se da transferência do condenado a pena privativa de liberdade de um regime mais gravoso para um menos rigoroso, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em lei.

O doutrinador Mirabete (2010, p.245) ensina que após o início do cumprimento da pena pelo sentenciado nasce a ele o direito de ter a progressão de regime, ou seja, passa a cumprir um regime menos gravoso que o atual, de acordo com o sistema progressivo, quando houver cumprido ao menos um sexto da pena e o mérito do sentenciado recomendar a progressão. Essa previsão está expressa no artigo 33 § 2º do Código Penal<sup>14</sup>:

Art. 33 [...]

§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Código Penal. Vade Mecum. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 512.

A Lei de Execução Penal em seu artigo 112, também traz expressamente tal previsão, todavia, de forma mais abrangente:

Art. 112 A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Segundo Greco (2011, p.494), “a progressão é um misto de tempo mínimo de cumprimento de pena (critério objetivo) com o mérito do condenado (critério subjetivo)”.

Para Capez (2011, p.391 usque 392) explicando de forma mais abrangente, dois são os requisitos para a progressão de regime: 1) Objetivo: refere-se ao tempo de cumprimento de pena no regime anterior que deve ser de 1/6 (um sexto). Ressalte-se que a cada nova progressão o 1/6 (um sexto) exigido é do restante da pena e não da pena inicialmente imposta. 2) Subjetivo: trata-se do mérito do condenado, que é atestado pelo diretor do presídio, através de uma certidão de “bom comportamento carcerário”.

Ainda para Greco (2011, p.494) a progressão é uma forma de incentivo ao condenado durante o cumprimento da pena. Trata-se de uma medida política criminal, pois a possibilidade de transferência a regime menos gravoso faz com que os condenados tenham esperança de retorno gradual ao convívio social.

É importante esclarecer que a sentença penal condenatória transitada em julgado, torna-se imutável apenas enquanto os fatos permanecerem como se encontram. Assim, a alteração da situação fática existente ao tempo da condenação, no decorrer do cumprimento da pena faz com que o juiz da execução penal realize as adaptações necessárias para adequar a decisão à nova realidade. Pois, o processo de execução é dinâmico sujeitando-se as devidas alterações.

Quando for tratar de crimes contra a administração pública para obter o benefício da progressão de regime além de preenchidos os requisitos antes referidos, o sentenciado precisa reparar o dano que causou, ou então, devolver o produto adquirido de forma ilícita, com os acréscimos legais, conforme determina o artigo 33 § 4º, do Código Penal.

Foi relacionado até agora da regra geral para progressão de regime, a partir de agora tece-se alguns comentários em relação aos crimes hediondos que por serem mais repudiáveis, trouxe ao legislador algumas particularidades para a concessão de progressão de regime aos condenados por esses crimes.

A Constituição Federal 1988, em seu artigo 5º, XLIII, dispõe que:

Art. 5º [...]

XLIII A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Posteriormente, veio a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), estabelecendo em seu artigo 2º que, os crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo) seriam insuscetíveis de liberdade provisória e a pena deveria ser cumprida integralmente no regime fechado.

Assim, de acordo com o referido dispositivo aos condenados por crimes hediondos e a eles equiparados não era possível a concessão da progressão de regime, vez que deveriam cumprir integralmente a pena no regime fechado.

Ocorre, que o Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC nº 82.959, na sessão de 23 de fevereiro de 2006, reconheceu *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, por entender que o referido dispositivo feria o princípio da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da proibição de penas cruéis.

Apesar de se tratar de um controle difuso de constitucionalidade, cuja decisão não vincularia os juízes, o STF estendeu os efeitos da decisão a casos análogos. Segundo, essa decisão, caberia ao juiz da execução penal, analisar as progressões de regime nos crimes hediondos, levando em consideração o comportamento de cada sentenciado.

Portanto, a partir desse momento os condenados por crimes hediondos passaram a fazer jus a progressão de regime desde que cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos. Entretanto, referida decisão gerou um certo impasse, pois o condenado a um crime “simples” por exemplo, de falso documento, deveria cumprir os mesmos requisitos de outro que praticou um crime muito mais grave, por exemplo, estupro. Ou seja, estava diante de um tratamento idêntico a crimes tão distintos, ferindo-se assim, os princípios constitucionais da igualdade e proporcionalidade.

Diante da polêmica gerada, adveio a Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007, que previu expressamente a progressão de regime para os crimes hediondos. E para reparar o equívoco do Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 82.959, trouxe que, para fazer jus a progressão de regime o sentenciado teria que cumprir 2/5 da pena no regime anterior, se primário, e 3/5 se reincidente.

Portanto, pode-se dizer que a problemática inicial da progressão de regime nos crimes hediondos e a eles equiparados foi resolvida, aos poucos se aperfeiçoando referido instituto.

Nesse sentido, dando continuidade ao nosso estudo trata-se de mais um dos benefícios da execução, reafirmando que o requisito temporal para progressão de regime atualmente será o cumprimento de 1/6 da pena se o crime não for hediondo ou equiparado a hediondo, e de 2/5 para primário ou 3/5 para reincidentes em crime hediondo ou assemelhado.

### **2.2.2 Livramento Condicional**

O Livramento Condicional é o meio pelo qual o condenado recebe a liberdade de forma antecipada, antes do término da pena, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em lei.

Nas palavras de Mossim (2011, p.34), “este instituto, que se encarta no sistema de progressão do regime de cumprimento da pena corporal, possibilita ao condenado o cumprimento do restante da pena no convívio social, embora sujeitando-se a medidas de controle e assistência”.

A concessão desse benefício, como medida de política criminal, permite que o condenado antecipe sua reinserção no convívio social, cumprindo parte de sua pena em liberdade, desde que cumpra algumas condições determinadas, além dos requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos em lei.

Importa esclarecer que pela teoria finalística da pena adotada no Brasil, um dos fins da sanção penal é a reeducação do condenado para retorno ao convívio social, sendo assim, o livramento condicional é de suma importância para se alcançar esse fim.

Nesse sentido, é o entendimento dos doutrinadores Mirabete e Fabbrini (2010, p.320) note-se:

Considerando-se que um dos fins da sanção penal é a readaptação do criminoso, o sistema ideal deveria fundar-se na imposição de penas indeterminadas, desnecessária que é a reprimenda quando já se operou a recuperação do sentenciado. Um dos institutos que se orienta para essa indeterminação, por meio da individualização executiva da pena, é o livramento condicional, última etapa do sistema penitenciário progressivo.

Considerando-se que um dos fins da sanção penal é a readaptação do criminoso, o sistema ideal deveria fundar-se na imposição de penas indeterminadas, desnecessária que é a reprimenda quando já se operou a recuperação do sentenciado. Um dos institutos que se orienta para essa indeterminação, por meio da individualização executiva da pena, é o livramento condicional, última etapa do sistema penitenciário progressivo.

Portanto, pode-se observar que o livramento condicional é um benefício da execução penal, que tem por fim adiantar a liberdade do indivíduo para que este possa voltar ao convívio social, onde se impõe o cumprimento de determinadas condições, como uma espécie de confiança que se deposita ao condenado.

Para Ariel (2010, p. 679) “o livramento é uma medida penal alternativa, restritiva da liberdade de locomoção e substitui a perda da liberdade por obrigações de fazer ou não fazer, que caracterizam as condições a serem atendidas pelo condenado”.

Para este mesmo autor, a natureza jurídica desse instituto tem dupla face: a) é uma providência de Política Criminal caracterizada pela antecipação da liberdade uma vez cumprida uma parte da pena privativa de liberdade e atendidos outros requisitos legais; b) é uma reação de Direito Penal porquanto o liberado fica obrigado a cumprir determinadas condições que lhe restringem a liberdade, assumindo, assim, características similares a das penas alternativas.

O livramento condicional está regulado pelo Código Penal e também pela Lei de Execuções Penais, os quais determinam requisitos a serem preenchidos para sua concessão, bem como, condições a serem cumpridas no curso do benefício.

Primeiramente, para que o condenado tenha direito a tal benefício é necessário que tenha sido condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos. Além disso, tem que cumprir mais de um terço da pena se não reincidente em crime doloso e ter bons antecedentes; se reincidente em crime doloso, deve cumprir mais da metade da pena; e nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, deve cumprir mais de dois terços da pena, caso não seja reincidente, é o que preceitua o artigo 33 do Código Penal.

Dando continuidade, o mesmo dispositivo estabelece também que é necessário comportamento satisfatório durante a execução da pena, além de bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído, bem como, aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto. E, sendo possível, a reparação do dano causado pela infração cometida.

Nos casos de condenação por crimes dolosos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento condicional fica subordinada à demonstração de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

A Lei de Execução Penal em seu artigo 132, § 1º, alíneas “a, b e c” e § 2º alíneas “a, b, c e d” dispõe sobre as condições que o condenado deve cumprir durante o curso do livramento condicional, sendo algumas obrigatórias e outras facultativas que podem ser impostas a critério do juiz da execução penal, vejamos:

Art. 132 [...]

§1º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) Obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) Comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação;
- c) Não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste.

§2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) Não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) Recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) Não frequentar determinados lugares.

De acordo com o artigo 131 da Lei de Execução Penal, antes da concessão do livramento condicional, o juiz da execução penal deve ouvir o Ministério Público e o Conselho Penitenciário.

Assim, como a lei estabelece condições que o liberado deve cumprir, o seu não cumprimento acarretará na revogação do livramento condicional, que pode ser obrigatória, quando o liberado for condenado por sentença irrecorrível a pena privativa de liberdade antes ou no curso do benefício; e, facultativa, quando for condenado por sentença irrecorrível a pena não privativa de liberdade, ou seja, quando for condenado a pena restritiva de direitos ou multa. Nesse caso, não importa se o crime foi praticado antes ou no curso do benefício. E também, quando o liberado descumprir qualquer das condições impostas.

Concluído o instituto do livramento condicional, passa-se agora ao estudo de mais um benefício da execução penal.

### 2.2.3 Indulto

O indulto é uma forma de extinção da punibilidade conforme assegura o artigo 107, II, do Código Penal, também é previsto na Constituição Federal, em seu artigo 84, XII.

Nas palavras do doutrinador Mossin (2011, p.209) “o indulto é uma forma de desculpa, perdão, de indulgência do Estado”.

Trata-se de medida de ordem geral, que atinge apenas os efeitos executórios da condenação permanecendo íntegros os efeitos civis da sentença condenatória. Para sua concessão detém competência exclusiva o Presidente da República, que tem a prerrogativa de delegá-la aos ministros do Estado, ao Procurador-geral da República e ao Advogado-geral da União.

Por muitos confundido, é importante esclarecer que o indulto se difere da graça na medida que esta possui caráter individual concedida a uma pessoa específica, enquanto aquele

é concedido de maneira coletiva a fatos determinados, abrangendo uma generalidade de pessoas, ou seja, nesse caso não se faz referência a pessoas determinadas.

No entendimento de Nucci (2010, p. 1038) “o indulto pode servir como instrumento de política criminal, perdoadando vários condenados e permitindo o esvaziamento de estabelecimentos penais”.

Cumprе salientar que o indulto só atinge os efeitos principais da condenação, subsistindo todos os efeitos penais e extrapenais. Exemplificando, o beneficiário do indulto que comete novo delito será considerado reincidente, pois a concessão do referido benefício não lhe devolve a condição de primário. Além do mais, a sentença condenatória definitiva pode ser executada no juízo cível.

Existem duas formas de indulto, a primeira delas é a plena, nessa modalidade extingue-se toda a pena. A segunda é a parcial, quando apenas se diminui a pena ou a transforma em outra de menor gravidade, neste último caso, dá-se o nome de comutação.

Esclarecendo um pouco mais, no indulto total ou pleno, há o alcance de todas as sanções impostas ao condenado, já no indulto parcial, reduz-se a reprimenda penal ou a substitui, por uma sanção mais branda.

Segundo Jesus (2009, p. 692), atualmente, tem-se entendido cabível a concessão de indulto antes de a sentença condenatória transitar em julgado, desde que não caiba mais recurso da acusação.

O indulto normalmente é concedido anualmente, como já dito em linhas anteriores, pelo Presidente da República, por meio de decreto. E pelo fato de ser editado próximo ao final do ano, é comumente chamado de indulto de natal.

Para que o sentenciado faça jus ao benefício é necessário que preencha alguns requisitos presentes no decreto concessivo do indulto, que devem ser analisados pelo juízo da execução penal.

Dessa forma, fica concluído o último benefício da execução penal a ser estudado para finalmente adentrar ao tema principal desse trabalho.

### **3 EXAME CRIMINOLÓGICO E SUAS POSSIBILIDADES APÓS ALTERAÇÃO DA LEI 10.792/2003**

Após examinar o conceito, o histórico, as finalidades das penas e suas peculiaridades da pena privativa de liberdade, da mesma forma o exame criminológico em sua essência e a sua aplicação frente a Lei de Execução Penal, por fim, adentra-se ao tema principal desse

trabalho, demonstrando as possibilidades de realização do exame criminológico para a concessão de benefícios da execução penal, após a alteração da Lei nº. 10.792/2003.

### 3.1 Da possibilidade de aplicação no início da execução da pena

Ante a possibilidade de verificação do exame criminológico no início da execução da pena seria uma forma de se analisar a característica criminosa do preso e acompanhar seu desenvolvimento diante do sistema carcerário. Desse modo, seria muito mais seguro conceder a progressão àquele que demonstrou, ao longo do processo de acompanhamento, estar apto para o convívio em sociedade.

Quanto ao momento inicial relativo à aplicação do exame, relata Mirabete (1997, p.55):

Quanto ao momento da realização do exame criminológico, a doutrina cogita de “um exame prévio”, ou seja, antecedente à aplicação da pena ou da medida de segurança. Poderia ser ele efetuado diante da afirmação da culpabilidade do acusado, mas antes da condenação ou da aplicação da sanção penal. Everardo Cunha Luna, tendo em conta que o exame criminológico, no processo bifásico, tem, como destino, o fim para o qual foi criado, ou seja, a verificação da personalidade do criminoso e da periculosidade criminal, opta por esse sistema. Não seguiu essa orientação nosso legislador, preconizando a realização do exame criminológico, obrigatória ou facultativamente, apenas aos réus já condenados definitivamente. Segundo a exposição de motivos, essa posição foi tomada em homenagem ao princípio da presunção de inocência, já que, pelas suas peculiaridades de investigação, o exame criminológico somente é admissível após declarada a culpa ou a periculosidade do sujeito.

Assim sendo, não é prevista, no pátrio ordenamento jurídico, a hipótese de um exame antecedente à aplicação da pena. Isto, porque é assegurada ao condenado a presunção de inocência, conforme previsão expressa na Constituição Federal: “Art. 5º [...] LVII Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Quer dizer que, após a condenação, para que o sentenciado possa ser agraciado com benefícios prisionais, fica caracterizada a necessidade da realização do exame criminológico, para verificar a sua personalidade, além de diagnosticar fatores que influenciaram a sua conduta delitiva.

Pelo Princípio da Humanidade da Pena, segundo Moraes Barros (2001, p.133), “Toda pessoa condenada será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade a todos inerente”.

Desse modo, com as devidas garantias inerentes ao condenado, previstas na Constituição Federal, surge a necessidade de acompanhamento do preso por um programa de

individualização, consistente em aferir sua conduta por vários métodos, dentre eles, o principal, a realização do exame criminológico.

Acrescenta a autora Barros (2001, p.136) que “O tratamento individualizado na execução da pena privativa de liberdade deve ter em vista o futuro do sentenciado.”

O sistema penitenciário brasileiro, ante a sua falência, tem o condão de desencadear a degeneração do criminoso. Dessa forma, como medida preventiva para assegurar a segurança coletiva, o acompanhamento se faz necessário, no sentido de observar sua conduta, por meio da realização do exame criminológico, para verificar a personalidade, como forma de possibilitar a eventual concessão de um benefício prisional.

Disserta a autora Barros, (2001, p.138): “A individualização da pena em execução não tem o fim de transformar ou readaptar o preso ao modelo de normalidade social, mas apenas o fim de não torná-lo pior [...]”.

O programa da individualização da pena tem o papel de classificar o condenado, registrando condutas advindas do cárcere, além de prestar a assistência ao preso, de modo que ele não se sinta revoltado ante o descaso do Estado, vindo a figurar em rebeliões.

Dessa forma, para se comprovar a validade do exame criminológico como instrumento da individualização da pena no início da execução, cabe ressaltar-se o dispositivo normativo do Código Penal, em seu artigo 34: “O condenado será submetido, no início de cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução”.

Portanto, diante do exposto no aludido diploma, não há que se falar em inconstitucionalidade, uma vez que está tipificado como norma. É o que se denota conforme Recurso Especial interposto para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 1.109.649-3/2-0000.

Entretanto é possível verificar, ainda, a necessidade do exame criminológico no início de cumprimento da pena ante a sua previsão expressa na Lei de Execução Penal: “Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação, que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade, adequada ao condenado ou ao preso provisório”.

Dessa feita, verifica-se ser possível a realização do exame no início de cumprimento de pena, em obediência ao princípio da individualização. Isto o juiz, ao fundamentar sua decisão para concessão de um benefício prisional, terá um relatório da conduta carcerária do indivíduo, obtendo assim, a sua motivação em sentença penal condenatória.

O artigo 8º da Lei de Execução Penal confirma a hipótese de que a lei disse menos do que deveria, ao dispor que o sentenciado será submetido a exame criminológico:

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.

Neste sentido, ficam demonstrados os elementos necessários para uma melhor individualização da pena do condenado, por meio do exame criminológico e o de classificação.

É fato que a Comissão Técnica de Classificação tem aptidão para analisar e propor questões relativas à progressão. Isto, porque a individualização é feita por esta. E se a esta foi atribuída a individualização do condenado é presumível que a ela também foi concedido o seu acompanhamento, segundo entendimentos do Recurso Especial Interposto para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça Habeas Corpus, nº1. 109.649-3/2-0000.

Conforme descrito nos referidos dispositivos da Lei de Execução Penal, fica evidenciada a necessidade do exame criminológico, obtendo o mesmo um caráter indispensável, no tocante à concessão de benefícios prisionais.

### **3.2 Das regras atinentes ao sistema progressivo**

No tocante à análise do sistema progressivo, surge a necessidade de se verificar a finalidade e a classificação das penas, expressamente previstas no Código Penal, conforme dispõe o artigo. 32 “As penas são: I- privativas de liberdade”.

Percebe-se, portanto, que as penas privativas de liberdade fazem parte do sistema progressivo, sendo verificadas por meio de duas espécies denominadas reclusão e detenção, conforme disposição do Código Penal.

Art. 33 A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto ou albergue, salvo necessidade de transferência para regime fechado §1º Considera-se:

- a) Regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) Regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola industrial ou estabelecimento similar;
- c) Regime aberto a execução da pena em casa do albergado ou estabelecimento adequado.

§2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas na forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios, ressalvada a hipótese de transferência para regime mais rigoroso:

- a) O condenado a pena superior a (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; (grifo nosso)
- b) O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4(quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Portanto, segundo a análise do dispositivo do Código Penal, o sistema progressivo se dá por meio da aferição das penas privativas de liberdade. Para este, por meio destas, surgem suas espécies, que são denominadas de detenção e reclusão, sendo que, por meio dessas, será possível evidenciar-se o regime inicial de cumprimento de pena.

A pena de detenção poderá ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto ou aberto, colônia penal, conforme tipificação expressa no artigo 33 do código penal, em seu parágrafo 1º, “b”.

Já a pena de reclusão, conforme preceitua o artigo 33 do Código Penal, deverá ser cumprida, inicialmente em regime fechado, semi-aberto ou aberto.

Para uma adequada individualização do condenado atinente ao regime fechado ou para eventual concessão de benefícios prisionais previstos no ordenamento jurídico, necessário, se faz demonstrar a necessidade da obrigatoriedade do exame criminológico, como forma de avaliar a conduta do criminoso, conforme dispõe o artigo 34 do Código Penal: “Regras do Regime Fechado- o condenado será submetido, no início de cumprimento de pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução”.

Além do previsto no dispositivo do Código Penal, também confirma a necessidade do exame no regime fechado, a Lei de Execução Penal:

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.

Em vista dos dispositivos mencionados, é possível compreender a necessidade de se identificar a periculosidade do criminoso, como forma de garantir segurança social e assistência ao condenado.

Atinente à aferição do regime de cumprimento fixado na sentença relativa, ao regime fechado, surge a necessidade de se esmiuçar tal regime, analisando suas condições e requisitos para eventual progressão de regime.

Relativamente às características e demais peculiaridades acerca do regime fechado, descreve Mirabete (1997, p.219):

O regime fechado caracteriza-se por uma limitação das atividades em comum dos presos e por maior controle e vigilância sobre os mesmos. Devem cumprir pena, nesse regime, os presos de periculosidade extrema, assim considerados na valoração de fatores objetivos: quantidade de crimes, penas elevadas no período inicial de

cumprimento, presos reincidentes etc. Como observa Bueno Aúrus, a periculosidade pode ser avaliada criminologicamente (risco de cometer novos crimes, entre os de maior gravidade) ou penitenciariamente (risco de alterações graves da ordem de segurança dos estabelecimentos). Nos termos legais, considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média [...].

O regime fechado, portanto, se restringe aos condenados de alta periculosidade para a sociedade, bem como condenados a pena superior a oito anos.

Conforme evidenciado, por meio do diagnóstico do exame criminológico, poder-se-á aferir a periculosidade do sentenciado, servindo tal conteúdo do seu parecer como parâmetro, para motivar as decisões judiciais, no tocante à concessão de benefícios prisionais.

Desse modo, relativamente ao estabelecimento de cumprimento de pena em regime fechado, dispõe a Lei de Execução Penal:

Art. 87 A Penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei (parágrafo único acrescentado pela lei 10.792, de 1º-12-2003).

Conforme análise do dispositivo da Lei de Execução Penal, aos presos condenados em regime fechado o cumprimento adequado será em Penitenciária.

Há, conforme Bitencourt (2007, p.125), uma inovação legislativa após o advento da lei 10.792/03, a qual possibilita a construção de Penitenciárias para presos provisórios ante a sua periculosidade.

Dessa forma, para se caracterizar o regime inicial de cumprimento de pena, deverão ser observadas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, como agravantes, atenuantes, primariedade, reincidência e causas de aumento ou diminuição de pena, ante a motivação e fundamentação do juiz, ao proferir sentença. Sendo assim, não podendo servir de parâmetro, para a motivação do juiz, por si só, a gravidade da causa, conforme expressa a Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal: “A opinião do julgador sobre a gravidade, em abstrato, do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

Ante o teor da Súmula, é possível compreender-se num primeiro momento, que não poderá ser imposto um regime mais severo de cumprimento de pena, em relação ao fundamento da gravidade do delito.

Porém, insta salientar-se o teor da Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que o da pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

Muito embora o conteúdo da súmula vinculante nº 718 dispunha a proibição da fixação de um regime mais severo, deve-se ater ao conteúdo da súmula vinculante nº 719, por meio da qual sua redação autoriza a imposição de um regime mais severo, não apenas como fundamento de crime grave por si só, mas também que tenha fundamentação adequada, podendo esta ser aferida por meio do exame criminológico.

Há, ainda, controvérsias a respeito da fixação do regime fechado, pena de detenção, incorrendo em duas correntes doutrinárias, conforme discorre Nucci (2009, p. 316):

*Aplicação do regime fechado à pena de detenção: Há polêmica, se é possível aplicar, inicialmente, o regime fechado a crimes apenados com detenção, formando-se duas correntes: a) é possível aplicar o regime fechado, quando o réu for reincidente e outras circunstâncias do art. 59 forem desfavoráveis. O §2º, letras b e c, do art.33 do CP deve prevalecer sobre o caput (assim a posição de Jair Leonardo Lopes); b) somente é possível aplicar regime semi-aberto, mesmo que o réu seja reincidente. O caput do art.33 prevalece sobre o §2º. É a posição majoritária da doutrina e jurisprudência: STJ, O regime inicial para a execução de infração apenada com detenção é o aberto ou, então, semiaberto, ressalvada, v.g., a regressão. O fechado está reservado aos delitos apenados com reclusão. [...]*

Conforme exposto, a corrente majoritária prega o preceito normativo do Código Penal. Dessa forma, não pode ser aplicada a pena de detenção, imposição de regime mais severo, diverso, do que lhe é atribuído no tipo penal.

Contudo, há uma exceção a esse dispositivo do Código Penal, independentemente da espécie de a pena privativa ser de reclusão ou de detenção fixada na sentença. Conforme relata Nucci (2009, p.316), “[...] a todos os crimes que sejam fruto de organização criminosa [...] deve ser aplicado o regime inicial fechado”. (art.10, Lei 9.034/95).

Há, ainda, discussões a respeito da cominação do mínimo legal na fixação da pena na sentença, cuja ocorrência poderia ou não dar margem à fixação do regime fechado.

Assim ensina Nucci (2009, p.317):

*Pena fixada no mínimo e regime prisional mais severo: há duas posições a esse respeito. A) quando a pena é fixada no mínimo legal, porque todas as circunstâncias do art. 59 do Código penal são favoráveis, não há razão para estabelecer regime mais severo. Neste sentido, STJ: “(...) o decreto condenatório obrigatoriamente deve manifestar-se acerca do regime prisional, não cabendo, sendo o réu primário, e impondo, critérios do art. 59 do CP, a aplicação da pena mínima, determinar regime inicial mais rigoroso. [...] b) a fixação de pena, no mínimo legal, não leva, necessariamente, ao estabelecimento do regime mais brando, pois os requisitos do art. 59 devem ser analisados em duas fases: primeiramente, para a fixação do montante de pena; e, em segundo plano, para a escolha do regime de cumprimento.*

Assim o STJ: A imposição da pena, no mínimo legal, não é determinante do estabelecimento prisional, que ao contrário deve também ser informada pelas circunstâncias judiciais sem vinculação necessária, contudo. [...]. Concluindo, o mais importante, nesse cenário é a fundamentação da decisão, seja no tocante a fixação do quantum da pena privativa de liberdade, seja no que concerne à escolha do regime [...].

Entretanto, embora a pena possa ser fixada no mínimo legal, o fator determinante, como critério para aferir o regime mais adequado de cumprimento de pena, será por meio das demais condições, circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e conforme o teor da Súmula 719, na qual deverá ser demonstrada a fundamentação concreta para o caso.

Após a fixação, na sentença, do regime fechado, ao condenado que cumprir os requisitos formais evidenciados na lei e obtiver mérito objetivo e subjetivo será assegurado o direito à progressão de regime para o semiaberto.

Com essa fase intermediária do regime fechado para o semiaberto, nos ensina Mirabete (1997, p.223):

Para o condenado que tiver de cumprir um período mais longo de pena em regime fechado, a transição para um regime semiaberto é necessária, evidentemente, pois que esse condenado não tem aptidão, desde logo, para ser transferido para o regime aberto. Há forte estímulo para a fuga quanto ao condenado ao longo de anos de pena, ainda que seja ele portador de condições que o tornem apto para um regime menos rigoroso. O regime semiaberto, portanto, é, nessa hipótese, uma transição para o regime aberto, no processo de reinserção do condenado.

O regime semiaberto, portanto, visa a proporcionar a reinserção do condenado na sociedade, conforme dispõe o artigo 35, §1º e §2º, mediante o qual ao condenado é admitida a possibilidade do trabalho externo, além do seu comparecimento a cursos profissionalizantes.

Com relação ao ingresso do condenado ao regime semiaberto, relata Mirabete (1997, p.223):

Devem iniciar, obrigatoriamente, o cumprimento de pena em regime semiaberto os condenados reincidentes à pena de detenção, qualquer que seja sua duração, já que o regime fechado não se destina, em regra, as penas de detenção, bem como os condenados não-reincidentes condenados à pena superior a quatro anos (art.33, caput, 2ª parte, e §2º, b do CP). Também devem ser destinados, inicialmente, ao regime semiaberto os não - reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, se, em decorrência das circunstâncias judiciais previstas no art.59 do Código penal, não estão em condições de iniciar o cumprimento de pena em regime aberto (art.59,§3º, do CP).

É, portanto, o regime semi-aberto um regime mais brando, destinado a condenados de menor periculosidade, podendo ser fixado como regime inicial de cumprimento de pena, ante o critério do “quantum da pena”, ou poderá ser concedido por meio da progressão de regime, após o regime fechado.

O direito á progressão de regime trata de presunção relativa, e não absoluta, pois devem ser comprovados tais requisitos advindos da lei.

Com o advento da Lei nº 10.792/03, que instituiu nova redação ao artigo 112 da Lei de Execução Penal, passou a ser supressa do texto legal a necessidade do exame criminológico no ordenamento. Neste sentido relata Marcão (2009, p.283):

A lei 10.792/03, ao dar nova redação ao art.112 da LEP, afastou a exigência do parecer da Comissão Técnica de Classificação e a submissão do condenado a exame criminológico, para o deferimento de progressão de regime prisional. Assim, possuindo o julgador elementos bastantes de convicção, é suficiente, para conceder a progressão de regime, que o condenado tenha cumprido 1/6 (um sexto) de sua pena e bom comportamento, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional (STJ, HC 69.650/RS, 5ª T. j. 6-3-2007, v.u., rel.Minª Laurita Vaz, DJU, 2-4-2007, RT 862/459).

Dessa forma, a nova redação do dispositivo 112 suprimiu a atribuição da Comissão Técnica de Classificação, modificando o texto vigente, que dispunha sobre a necessidade do exame, descaracterizando sua efetividade.

Assim, atinente á conceituação do mérito subjetivo para a concessão de benefícios prisionais, ensina Nucci (2009, p.325):

[...] O mérito do condenado é um juízo de valor incidente sobre sua conduta carcerária, passada e futura (diagnóstico e prognóstico), dando conta de que cumpriu, a contento, sem o registro de faltas graves no seu prontuário, a sua pena no regime mais rigoroso, além de estar preparado para enfrentar regime mais brando, demonstrando disciplina, senso crítico sobre si mesmo, perspectiva quanto ao seu futuro e ausência de periculosidade [...].

No que tange ao entendimento jurisprudencial, embora o ordenamento da Lei de Execução Penal tenha suprimido do ordenamento a necessidade do exame criminológico, o juiz poderá, mediante as peculiaridades do fato, propor a realização do exame criminológico.

Com relação à necessidade da obrigatoriedade do exame, revela Marcão (2009, p.120):

Embora a lei não mais exija, expressamente, a comprovação do mérito, tampouco condicione a progressão ao Parecer da Comissão Técnica de Classificação ou a exame criminológico, ao contrário do que muitas vezes se tem sustentado, sobre o mesmo após o advento da Lei 10.792/03, continuamos entendendo que o direito à progressão ainda repousa no binômio tempo e mérito.

Embora não seja mais expressa a realização do exame, conforme entendimentos de Marcão (2009, p.284), na Lei de Execução Penal, deve ser considerada sua aplicação em relação ao dispositivo do Código Penal prevista, expressamente, sua realização na progressão para o regime semiaberto.

Atinente à necessidade do exame, como forma de diagnosticar a periculosidade do condenado, é cabível ressaltar-se o teor do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

HC 142309/SP  
HABEAS CORPUS  
2009/0139742-0  
Ministro JORGE MUSSI (1138)  
T5- QUINTA TURMA  
Data do julgamento  
01/06/2010

Ementa

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO CASSADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUBMISSÃO AO EXAME CRIMINOLÓGICO. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. LEI N. 10.792/03. NECESSIDADE EVIDENCIADA COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE CRIMES. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. SÚMULA 439/STJ. ORDEM DENEGADA.

1. O artigo 112 da Lei de Execução Penal, alterado pela lei n. 10.792/03, estabelece que o sentenciado que cumprir 1/6 da pena no regime mais severo e apresentar bom comportamento carcerário, atestado pelo Diretor do estabelecimento prisional, terá direito à progressão de regime.
2. A prescindibilidade de sujeição do sentenciado a inspeção técnica pode ser afastada em decisão que evidencie, com amparo nas peculiaridades da hipótese concreta, a necessidade de melhor análise quanto ao preenchimento do requisito subjetivo, como observado in casu. Incidência Súmula 439 STJ.
3. Na espécie, apontou-se a gravidade em concreto dos crimes praticados e a conduta reiterada no cometimento de crimes graves contra o patrimônio, circunstâncias que melhor permitem analisar a cessação da periculosidade, aptas a justificar o exame mais acurado de sua capacidade de retorno ao convívio social.

Portanto, conforme o entendimento jurisprudencial é possível compreender que o exame se faz necessário, para avaliar a capacidade de reintegração do condenado na sociedade.

Contudo, na progressão de regime, o exame tem papel essencial, para assegurar a segurança coletiva.

Isto, porque, com o advento da Lei 11.464/2007, em seu artigo 2º, §2º, a progressão de regime também passou a ser possível nos crimes hediondos ou equiparados com o requisito apenas objetivo decorrente do cumprimento de 2/5 (dois quintos), para réu primário, e 3/5 (três quintos), para réu reincidente, mais a comprovação do mérito subjetivo, decorrente de atestado de bom comportamento.

No tocante ao assunto, necessário se faz ressaltar o teor da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Súmula Vinculante n.26

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena, por crime hediondo ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art.2º da Lei 8.072, 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização do exame criminológico.

### 3.3 Dos demais casos previstos em lei

Embora se tenha feito um estudo da aferição do exame criminológico, nos três regimes de cumprimento de pena, surge a necessidade da aplicação do referido exame ao último benefício atinente ao sistema progressivo, o qual será o livramento condicional.

Com relação aos benefícios advindos de legislação esparsa, será apreciada a necessidade do exame criminológico atinente ao benefício do indulto e suas eventuais formas de concessão.

Primeiramente, no sentido de se esmiuçar o benefício do livramento condicional, é cabível ressaltar-se sua previsão no ordenamento jurídico-penal.

#### Requisitos do livramento condicional

Art.83 O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I- cumprido mais de um terço da pena, se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II- cumprida mais da metade, se o condenado for reincidente em crime doloso;

III- comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe for atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV- tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V- cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Há, portanto, no ordenamento jurídico-penal, uma omissão legislativa atinente à comprovação do caráter criminal, para a concessão do referido benefício.

Com relação a uma primeira conceituação do que vem a ser o presente benefício e suas eventuais características, ensina Mirabete (1997, p.302):

Por meio desse substitutivo penal, coloca-se, de novo, no convívio social o criminoso que apresenta sinais de estar em condições de reintegrar-se socialmente, embora submetido a certas condições que, desatendidas, determinarão, novamente, o seu encarceramento. Trata-se, assim, da concessão da liberdade provisória antes do termo final da pena privativa de liberdade, representando um estimulante para o condenado que vê a possibilidade de sair da prisão antes do tempo marcado na sentença. Ao mesmo tempo em que é um freio que deixa entrever a revogação do

benefício concedido, se faltar ao cumprimento das obrigações que lhe são impostas. É uma etapa da pena, preparando o condenado para usar sua liberdade definitiva, ou seja, é uma fase necessária do sistema da execução, pelo qual a readaptação do condenado à vida livre se desenvolve progressivamente.

O livramento condicional, portanto, visa à ressocialização do condenado, mediante o restante do cumprimento de pena em liberdade, reintegrando-o na sociedade.

Desta forma, acentua Silva (2009, p.222):

Esse tempo em que o condenado cumpre o restante da sua pena em liberdade é chamado período de prova, em que ficará em observação e deverá cumprir as condições estabelecidas em lei e na sentença concessiva do livramento condicional. Caso descumpra as condições impostas ou não se comporte adequadamente, o livramento poderá ser revogado e voltará ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

Embora o sentenciado esteja em liberdade, por meio do deferimento do benefício do livramento condicional, a esse deverão ser observadas condições impostas, decorrentes da sentença judicial ao qual foi concedido o benefício.

Portanto, embora possam ser benefícios semelhantes, distinguem-se na sua essência.

Dessa forma, embora trate de um direito atinente ao sentenciado, para que o mesmo possa ser acolhido, deverá ser observado o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva por parte do condenado.

Dos requisitos formais, advindos da lei, é possível extrair-se os requisitos de objetivos. Conforme disserta Mirabete (1997, p.303):

O primeiro requisito objetivo indispensável à concessão do livramento condicional diz respeito à natureza e à quantidade da pena imposta ao condenado, já que só pode ele ser deferido ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos (art.83, caput, CP), [...] Não há que se falar, portanto, em livramento condicional para penas restritivas de direito e muito menos de multa.

Dessa forma, há, também, a possibilidade daquele que, ao cometer uma contravenção penal, incorrer no benefício do livramento condicional. Conforme discorre Jesus (1995, p.544):

A LCP admite a medida, conforme seu art.11:

“Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender, por tempo não inferior a um ano nem superior a três, a execução da pena de prisão simples, bem como conceder livramento condicional.

Assim é cabível o livramento condicional atinente à Lei das Contravenções Penais, porém há um requisito a ser evidenciado. Conforme descreve Jesus (1995, p.544): “Só é possível, quando a prisão simples é igual ou superior a dois anos”.

Dessa maneira, fica caracterizada a necessidade do exame criminológico, para aferir a periculosidade do sentenciado, antes da sua reintegração na sociedade, para que, assim, somente se conceda o benefício do livramento condicional àquele que realmente, em meio ao laudo favorável do exame, se encontrar apto a retornar ao convívio social.

Ao pugnar, também, pela importância da aplicação do exame, disserta Silva (2009, p.224):

[...] Entendemos que o exame criminológico é o instrumento hábil para aferição da periculosidade do condenado que tenha praticado crime com essas características. Portanto, se o exame criminológico concluir que o condenado ainda é perigoso para a sociedade, não poderá obter o livramento, até que reúna condições para tanto [...].

Com o advento do Decreto de 2009, que abrandou os requisitos exigidos pelo Decreto anterior, é cabível ressaltar-se:

DECRETO N.º 7.046, DE 22 DEZEMBRO DE 2009.

Art.3º [...]

Parágrafo único. A aplicação de sanção por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei nº 7.210 de 1984, não interrompe a contagem do lapso temporal para a obtenção dos benefícios previstos neste Decreto. (grifo nosso)

Art.7º [...]

Parágrafo único. Na hipótese de haver concurso com infração descrita no art.8º, a pessoa condenada não terá direito ao indulto ou à comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo, enquanto não cumprir dois terços da pena, correspondentes ao crime impeditivo dos benefícios do (art.76 do Código Penal). (grifo nosso)

Art.8º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam as pessoas condenadas:

I- por crime de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de drogas, nos termos dos arts.33, caput e §1º, de 34 a 37 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006.

II- Por crime hediondo, praticado após a edição das Leis nº 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.930, de 6 de setembro de 1994, 9.605, 20 de agosto de 1998, 11.464, 28 de março de 2007, e 12.015, de 7 agosto de 2009, observadas, ainda as alterações posteriores;

Diante da análise dos referidos Decretos é possível perceber que houve uma inovação legislativa atinente ao Decreto de 2009, o qual passou a conceder o benefício do indulto e da comutação de penas a condenados por crimes hediondos ou equiparados, desde que os tenham cometido em concurso com crime de natureza comum e desde que cumpram o requisito objetivo de 2/3 atinente ao crime hediondo, conforme os ditames estabelecidos no Decreto de 2009, no seu artigo 8º, I.

Além do mais, ante um maior abrandamento do Decreto de 2009, é necessário evidenciar-se que, mesmo com a comprovação de falta disciplinar de natureza grave, não fica impossibilitada a concessão do benefício do indulto ou da comutação de penas, o que anteriormente era vedado.

A crítica que deve ser feita, relativa ao Decreto legislativo de 2009, é que, no tocante à aferição dos requisitos objetivos, o Decreto de 2008 tem o condão de ser mais efetivo à segurança coletiva, ao passo que impõe mais condições a serem estabelecidas para a concessão do indulto ou da comutação, além de versar sobre o caráter punitivo atinente a falta grave.

Dessa forma, não há como conceder um benefício que extinguirá a punibilidade do agente ou diminuirá sua pena, ainda que o condenado tenha cometido falta disciplinar, sem analisar o mérito do sentenciado.

Assim, ante a sua medida extintiva da punibilidade, deverá ser realizado o exame criminológico, comprovando aptidão do sentenciado, a sua reintegração na sociedade, pois, ante ao abrandamento do seu efeito, em caso de indulto pleno, de extinguir a punibilidade, ou, em caso de comutação de penas, deve ser necessário avaliar, a conduta do condenado, relativa ao seu merecimento, para aferir tamanho benefício.

Diante do exposto, o exame se torna indispensável.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente monografia tem como objetivo central fazer uma análise do exame criminológico e suas possibilidades após a alteração da Lei nº 10.792/2003. No decorrer do estudo foi necessário arrazoar historicamente sobre o surgimento das penas e suas finalidades.

É certo que existem diversos momentos em que a utilização do exame criminológico, é de grande valia, tornando-se por vezes muito necessário, nas diversas fases de um processo, em especial na execução penal.

Não há que se falar em impossibilidade de exame criminológico durante a individualização da pena, visto que há previsão legal no art. 8º e Art. 6 da LEP. Cumpre ressaltar apenas que com a alteração trazida pela lei 10.792/2003, no art. 112 da LEP, não é mais de caráter obrigatório a realização do exame supramencionado no caso de progressão de regimes e também de livramento condicional, indulto, ou seja, os benefícios dos quais desfrutam os condenados.

Sendo assim, a discussão é nesse sentido, da possibilidade e necessidade da aplicação do exame criminológico em tais circunstâncias. É de suma importância o conteúdo da súmula 439 do STJ que diz “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”. Dessa forma é uma faculdade do juiz da execução a determinação

para que se realize o referido exame para análise de tais benefícios, desde que em decisão devidamente fundamentada.

Pode-se afirmar que o exame criminológico é um instrumento técnico-científico de avaliação da periculosidade da clientela mais desajustada ao convívio na sociedade, constituindo-se no meio judicial de se evitar a reincidência e as reinserções antecipadas dos condenados por fatos gravemente censurados, com maior margem de risco social, enquanto se tiver que admitir a pena privativa de liberdade como última solução para a criminalidade.

O exame criminológico é também uma espécie de exame de personalidade, cujo objetivo é a investigação médica, psicológica e social, porém, tendo como referência, um caso concreto, ou seja, o exame reporta-se a um determinado fato praticado pelo criminoso, pretendendo-se com isto, apurar o seu perfil e propor não só as medidas de recuperação, como também presumir a possibilidade dele tornar a delinquir.

Embora existam alterações na Lei nº. 10.792/03 modificando diversos dispositivos da Lei nº. 7.210/84, não se pode olvidar que existem manifestações no sentido de que o exame criminológico não pode ser dispensado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBEGARIA, Jason. **Noções de Criminologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ARAÚJO, Cláudio Th. Leotta de; MENEZES, Marco Antônio de. **Em defesa do exame criminológico**. BOLETIM IBCCRIM, Ano 11, n. 129. Ago. 2003, p. 3.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo, 2 ed. ver. Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da Pena na Lei de Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Regimes penais e exame criminológico**. AJURIS 45. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Ano XVI. Mar. 1989.

BARROS. Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da Pena na Lei de Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Execução Penal. **Homicídio Qualificado. Progressão de Regime. Indeferimento. Requisito subjetivo. Não preenchimento. Exame Criminológico. Fundamentação idônea. Princípio do livre convencimento motivado**. Súmula vinculante nº26. Ordem denegada. Habeas Corpus nº157012, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF. 05 de out. 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 out. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **Progressão Prisional art. 112, da LEP, com alterações da Lei nº 10.792/03. Benefício concedido em primeiro grau de jurisdição e cassado pelo Tribunal a quo. Acórdão fundamentado**. Habeas Corpus nº 169968, Relator Ministro. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), DF. 05 de out. 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 out. 2012. BRASIL.

BRASIL. Vade Mecum. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, Parte Geral – 12 ed.** São Paulo, Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal : legislação penal especial**, volume 4, 6 ed. p. 229. São Paulo. Saraiva 2011.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Execucao Penal Lei 7.210/84. Para concursos.** Ed. jus Podivim 2012. Salvador BA.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal, Parte Geral.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão: historia da violência nas prisões.** Vozes, Petrópolis, RJ, 2001.

HOUAISS, Antonio, 1915-1999, **minidicionário houassis da língua portuguesa**, 4 ed. rev. e aumentada, Rio de Janeiro:objetiva, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal: Parte Geral.** 19ªed. São Paulo: Saraiva 1995.

JORGE, Estevão Luis Lemos. **Exame criminológico como forma de individualização da pena e concessão de benefícios ao reeducando.** APMP Revista. Ano XI, n. 44, Ago a Set/2007.

KUEHNE, Maurício (org.). **Lei de Execução Penal & Legislação Complementar.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

KUEHNE, Maurício. **A Execução Penal.** Justitia, São Paulo v.51, nº148, p.29-40, out/dez.1989- Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23237>>. Acesso 03 de out. 2012

MARCÃO, Renato Flavio. **Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada.** 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris 2009.

MARCÃO, Renato Flavio. **Lei de Execução Penal Anotada.** São Paulo: Saraiva 2001.

MARCÃO, Renato Flavio. **Curso de Execução Penal.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, 17 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal, Parte Geral.** 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal do inimigo.** Curitiba,2ª Ed. Juruá, 2011.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. **Execução Penal, Aspectos Processuais.** São Paulo: J.H. Mizuno, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Execução Penal e Execução Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NASCIMENTO, Christie Sales da Silva. **A Necessidade do Exame Criminológico na Execução Penal**. 2012. 87 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário do Distrito Federal – UDF - Brasília/DF 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj037294.pdf>. Acesso em 02 de setembro de 2012. Às 17h20min.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis *et tal.* **Direito de Execução Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2010.

SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro, GZ Editora, 2009.

SILVEIRA, Alípio. **Os Institutos Penais e o Juízo das Execuções**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1965.

SANTOS, Mônica Fernanda Ferreira dos. **Do Exame Criminológico e a sua necessidade frente à concessão dos principais benefícios prisionais**. 2010. 88 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente 2010. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2663/2441> acesso em 20 de dez de 2012.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. 4ª ed. Atual. e ampl. São Paulo: Scipione, 1997.

[www.onu.org.br/conheça-a-onu/a-historia-da-organicao/](http://www.onu.org.br/conheça-a-onu/a-historia-da-organicao/)