

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A EXTINÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO – UMA EXPERIÊNCIA  
NEGATIVA NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO**

Helena Marcia Bento Vicentini

Presidente Prudente/SP  
2007

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A EXTINÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO – UMA EXPERIÊNCIA  
NEGATIVA NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO**

Helena Marcia Bento Vicentini

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP  
2007

# **A EXTINÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO – UMA EXPERIÊNCIA NEGATIVA NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

---

Mário Coimbra  
Orientador

---

Examinador

---

Examinador

Presidente Prudente, \_\_\_\_ de novembro de 2007.

Pior que o grito dos maus, é o silêncio dos bons.  
(autoria desconhecida)

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer ao meu pai e ao meu irmão, que me incentivaram a fazer o curso de Direito.

Aos meus filhos amados, Marcela e Adriano, que são as pessoas mais importantes da minha vida e também à minha filhinha Lívia, que é o meu anjo-protetor.

Aos meus amigos e familiares que durante esses anos de curso, não deixaram que eu desistisse, sempre me dando uma palavra de incentivo. Foi muito importante.

Ao professor Mário, pela confiança e paciência na orientação deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a extinção do exame criminológico do sistema jurídico-penal brasileiro em consequência da supressão do parágrafo único do artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), através do artigo 1º da Lei 10.792/2003. O tema da pesquisa está inserido nos campos do Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito Constitucional e Direito Administrativo. Foi utilizado o método de pesquisa de recursos bibliográficos e jurisprudenciais sobre o assunto, buscando discutir as opiniões favoráveis e contrárias à mudança ocorrida. A análise abrangeu os pressupostos históricos para implantação do sistema progressivo de cumprimento de penas no Brasil; a importância do exame criminológico e a sua validade constitucional em face do princípio da individualização da pena. Finalmente, buscou-se demonstrar as consequências deletérias de tal medida para a sociedade, pois embora tal exame requeira um considerável gasto financeiro, já que deve ser realizado por profissionais especializados, esses recursos são fornecidos pela própria sociedade através do pagamento de impostos e esse é um “mal-menor” em contraposição à reinserção nessa mesma sociedade de indivíduos perigosos.

**Palavras-chave:** Exame criminológico. Individualização da pena. Lei 7.210/84. Lei 10.792/2003.

## ABSTRACT

The present essay analyzes the extinction of the criminological examination of the Brazilian criminal jurisdiction system accordingly to the suppression of the only paragraph in article 112 contained in the law 7.210/84, through the first article stated in law 10.792/2003. The research's theme is part of the Criminal Procedure Law, Criminal Law, Constitutional Law and Administrative Law. The method of research of bibliographical and jurisprudential resorts about the matter in hand, searching to discuss the favorable and contradicting opinions due the occurred changes. The analysis considered historical facts to introduce the progressive system of penalties execution in Brazil; the importance of the criminological examination and your authenticity in the face of the principle of the penalty individualization. Finally, it was tried to demonstrate the deleterious consequences of such measure to the society, because yet the examination requires considerable money expenses, since it should be done by specialized professionals, these funds are provided by the society through the payment of taxes and this is a least harm in opposition to the re-insertion of dangerous individuals in the society.

**Keywords:** Criminological examination. Penalty individualization. Law 7.210/84. Law 10.792/2003.

# SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 HISTÓRICO .....</b>   | <b>09</b> |
| 1.1 Introdução .....   | 09        |
| 1.2 Evolução Histórica da Pena .....   | 10        |
| 1.2.1 Direito Penal romano.....  | 12        |
| 1.2.2 Direito Penal germânico .....  | 13        |
| 1.2.3 Direito Penal canônico.....  | 14        |
| 1.2.4 Direito Penal comum .....  | 16        |
| 1.2.4.1 Escola clássica.....   | 16        |
| 1.2.4.2 Escola positiva .....  | 18        |
| 1.2.4.3 O correlacionalismo e a teoria socializadora.....                                  | 20        |
| <b>2 SISTEMAS PRISIONAIS.....</b>  | <b>22</b> |
| 2.1 Sistema Filadélfico (Belga ou Celular) .....   | 24        |
| 2.2 Sistema Auburniano .....   | 24        |
| 2.3 Sistema Progressivo (Inglês e Irlandês).....   | 25        |
| 2.4 Reformatórios.....   | 26        |
| <b>3 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....</b>   | <b>27</b> |
| <b>4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....</b>   | <b>32</b> |
| 4.1 Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal.....                                       | 32        |
| 4.2 Princípio da Culpabilidade.....  | 33        |
| 4.3 Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos.....                                 | 33        |
| 4.4 Princípio da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade.....                             | 34        |
| 4.5 Princípio da Pessoaalidade, da Individualização e da Proporcionalidade das Penas ..... | 35        |
| 4.6 Princípio da Humanidade .....  | 35        |
| 4.7 Princípio da Adequação Social e da Insignificância .....                               | 36        |
| <b>5 DA PENA .....</b>   | <b>37</b> |
| 5.1 Conceito – Finalidade – Momentos .....   | 37        |
| 5.2 Natureza Jurídica da Execução Penal .....  | 38        |
| 5.3 Tipos de Penas .....   | 39        |
| 5.3.1 Penas privativas de liberdade .....  | 39        |
| 5.3.2 Penas restritivas de direitos .....  | 40        |
| <b>6 REGIMES PENITENCIÁRIOS.....</b>   | <b>42</b> |
| 6.1 Regime Fechado .....   | 42        |
| 6.2 Regime Semi-aberto .....   | 43        |
| 6.3 Regime Aberto .....  | 44        |
| 6.4 Regime Especial .....  | 45        |



|  |           |
|--|-----------|
| 6.5 Regime Inicial.....  | 45        |
| <b>7 PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME .....</b>  | <b>47</b> |
| <b>8 CRIMINOLOGIA.....</b>   | <b>49</b> |
| <b>9 EXAME CRIMINOLÓGICO .....</b>   | <b>52</b> |
| 9.1 Diferença entre Exame de Classificação e Exame Criminológico .....   | 55        |
| 9.2 Quesitos para o Exame Criminológico .....  | 56        |
| <b>10 EXEMPLOS DE CRIMINOSOS PSICOPATAS FAMOSOS DO<br/>BRASIL .....</b>  | <b>57</b> |
| <b>11 CONSEQÜÊNCIAS DA LEI N.º 10.792, DE 1º DE DEZEMBRO DE<br/>2003 .....</b>                                     | <b>60</b> |
| <b>12 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS OPINIÕES FAVORÁVEIS E<br/>CONTRÁRIAS À MANUTENÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO ..</b> | <b>63</b> |
| <b>13 CONCLUSÃO .....</b>  | <b>72</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>   | <b>75</b> |

# 1 HISTÓRICO

## 1.1 Introdução

Para os povos da cultura ocidental-cristã, a primeira transgressão do ser humano, foi quando Adão e Eva comeram o fruto da árvore proibida. O primeiro crime, tal qual conhecemos foi quando Caim matou Abel.

Na mitologia grega, temos Prometeu e Pandora, aquele, roubou dos deuses o fogo dos céus e por isso foi condenado por Zeus a ser acorrentado em um rochedo e ter seu fígado arrancado por um abutre, infinitamente, pois o fígado se renovava continuamente e esta, que recebeu de presente uma caixa que continha todos os males do mundo e que fora advertida para não abri-la, abriu-a e espalhou por sobre a humanidade todos os pecados.

No Egito antigo, existe o mito do assassinato de Osíris, o mais poderoso dos deuses, por seu irmão, pelo motivo de inveja.

Na fundação de Roma, Rômulo mata Remo.

Em suma, transgressão e crime fazem parte da natureza humana, embora o que seja considerado crime depende da época e do lugar.

Se existem transgressões, também existem as punições para elas: Deus não perdoou Adão e Eva, eles foram expulsos do paraíso e Caim foi exilado para uma terra estrangeira.

É importante entender a evolução histórica do Direito Penal para que possamos entender a legislação atual, sendo interessante apontar que os estudiosos demarcam determinadas fases, mas que para os diferentes povos, a passagem de uma fase para a seguinte não aconteceu simultaneamente, pois “enquanto os romanos abandonaram a vingança privada já no início de sua história, os germanos somente o fizeram ao final da Idade Média” (STERNBERG, 1930 apud NADER, 2001, p. 93).

## 1.2 Evolução Histórica da Pena

Desde a pré-história o homem passou a viver em grupo para se defender de perigos reais e imaginários. Havia o perigo dos animais, havia a rivalidade com outros grupos e havia também as forças da natureza, que eram vistas como manifestações de entes sobrenaturais, que puniam ou premiavam o grupo, de acordo com o comportamento de seus membros.

Analisando-se a família, que é considerada o primeiro grupo social, verificamos que ela era regida por normas internas, cuja imposição se fazia pela autoridade do pai de família.

Predomina o entendimento de que a horda, o matriarcado e o patriarcado foram, sucessivamente as três fases iniciais de formas de convivência humana. A horda se caracterizaria pela vida nômade do grupo, sem regras predeterminadas de convivência, onde imperava a promiscuidade, com os indivíduos se dedicando à caça e à pesca. Com o fim do nomadismo e início da agricultura, iniciou-se também o matriarcado, mas a mulher não assumiu a hegemonia política, apenas a condição de centro da família pela designação do parentesco. Em fase histórica posterior o homem assumiu a chefia da família e passou a ser o elemento de referência na definição do parentesco. Era o patriarcado.

Nos primórdios da civilização foi estabelecida a figura do totem, que tinha poderes mágicos, que protegia a família, a tribo ou o clã a que era vinculado, mas que castigava quem o ofendia. A figura do totem poderia ser um animal, uma planta, uma força da natureza, ou mesmo um antepassado do clã, da tribo ou da família. O culto ao totem, impunha uma série de obrigações e o descumprimento delas gerava graves castigos.

Associada ao totem, existe a palavra tabu, de origem polinésia, que ao mesmo tempo significa sagrado e proibido. Ou seja, tais proibições representavam a vontade dos deuses, portanto regras religiosas atuavam no controle social.

O chefe da família era também o chefe religioso e era ele que estabelecia os castigos e a pena de morte era largamente utilizada contra quem quebrasse um tabu.

Essa foi a “primeira época” onde *crimen* é atentado contra os deuses e a pena era o meio de aplacar a cólera divina.

“Segunda época” – *crimen* é agressão violenta de uma tribo contra outra e pena era a vingança de sangue de tribo a tribo.

O homem primitivo encontrava-se muito ligado à sua comunidade, pelo chamado “vínculo de sangue”, representado pela tutela recíproca dos que possuíam uma descendência comum, isso dava origem a chamada “vingança de sangue”, onde no caso da ofensa ser praticada por um membro do mesmo grupo, este era expulso do grupo, perdia todos os direitos e sem a proteção do grupo, ficava exposto às ofensas de todos e a sua sobrevivência se tornava bastante difícil. Entretanto, se uma pessoa de determinado grupo era atingida por um membro de um outro grupo, o grupo todo da vítima se sentia ofendido e a vingança era coletiva contra todo o grupo do agressor.

A vingança de sangue gerava guerras infindáveis entre as famílias, em prejuízo da própria comunidade, que ficava enfraquecida para enfrentar guerras externas, por isso pouco a pouco o particular foi impedido de exercer a vingança e fazer justiça pelas próprias mãos passou a ser crime. Passou a ser infração penal o que antes era regra.

Passa-se para a “terceira época” – *crimen* é transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado e pena é reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua.

Com a transferência da vingança do particular para o poder central, permanece o sentimento vingativo, mas há um abrandamento nas suas conseqüências. Um exemplo é o *talião* previsto no Código de Hamurabi, rei da Babilônia, no século XXIII a.C. e no Pentateuco, que regulava o Direito entre os hebreus, cujo princípio era a desforra: “olho por olho, dente por dente”.

Além do *talião*, importante observar que na legislação hebraica, havia distinção entre o homicídio doloso do culposo, quanto à pena, ou seja, embora bastante arcaica essa legislação, já havia uma preocupação com o aspecto subjetivo

do crime, numa época em que praticamente predominava a responsabilidade objetiva.

Na Grécia Heróica, também não se distinguia religião e direito. A vontade dos deuses, representada pelo rei, era a fonte suprema de autoridade.

Posteriormente, entre os séculos VIII e VI a. C, o povo conseguiu que o direito se tornasse público, conhecido por todos, perdeu o seu mistério religioso, com isso a lei não era mais uma fórmula imutável e indiscutível, tornando-se obra humana e portanto sujeita à transformação e deixou de ser propriedade das famílias sagradas e sim propriedade de todos os cidadãos. Com isso, veio a necessidade de leis escritas, cuja principal fonte foi o Código de Dracon, de 621 a.C. Em Atenas, tais leis trouxeram um equilíbrio entre o poder do Estado e a liberdade individual.

Para Platão (427-347 a.C.) apud Marques (2000, p. 21-22) a pena, quando merecida por quem a recebe, tem por objetivo torná-lo melhor ou servir de exemplo para os outros. Para ele o infrator deveria expiar a falta por meio de dores e sofrimento, sendo que os culpados dos piores crimes seriam incuráveis, mas ao vê-los expiar eternamente os mais terríveis suplícios, já que estes poderiam acontecer tanto na terra como no Hades (deus dos mortos), serviria de advertência para os outros. Demonstra o caráter expiatório da pena e sua função intimidativa.

Aristóteles (384-322 a.C.) apud Marques (2000, p. 22-23) tinha outra concepção da pena, para ele o equilíbrio da Justiça, rompido pela prática do crime deve ser restabelecido pela punição proporcional ao dano causado pelo agente. Caráter retributivo da pena.

Roma, por ter dominado todo o mundo ocidental e parte do Oriente, representa uma verdadeira síntese da sociedade antiga.

### **1.2.1 Direito Penal romano**

Na época da fundação de Roma (753 a.C.) a pena tinha caráter sagrado, o Direito prevalentemente consuetudinário, era rígido, formalista e solene e destacava-se a figura do “pater famílias” com poderes quase ilimitados.

Assim como na Grécia, na qual a evolução para a vida nas cidades fez com que o direito fosse perdendo o caráter sagrado e se tornasse público. A legislação inicial escrita mais importante foi a Lei das XII Tábuas (451- 449 a.C.), já no período republicano, que continha normas de natureza penal e surgiu depois de uma revolta da plebe.

Ainda na época da realeza (até 509 a.C.), o Direito Romano fazia a distinção entre os crimes públicos e os privados. Os primeiros constituíam a traição ou a conspiração contra o Estado (*perduellio*) e o assassinato (*parricidium*). Os demais eram considerados crimes privados (*delicta*) por caracterizarem ofensa ao particular. Para os crimes públicos era a pena de morte, o julgamento dos crimes privados era confiado ao próprio particular ofendido, o Estado somente interferia para regular o seu exercício. Era ainda a vingança privada, porém administrada pelo poder central.

A vingança privada só foi efetivamente substituída pela administração estatal que passou a exercer o “jus puniendi” duas ou três décadas antes de Cristo.

No Direito Romano, diversas foram as finalidades atribuídas à pena: castigo, emenda, satisfação à vítima e prevenção geral pela intimidação, ou seja, prevalecem o caráter retributivo e intimidativo.

### **1.2.2 Direito Penal germânico**

Os germanos estavam divididos em uma série de povos ou tribos, em geral nômades, cada qual com sua organização própria, unidos em tornos de um ancestral comum, sob a liderança de um chefe de guerra escolhido em razão de sua bravura. Nos primórdios viviam fora das fronteiras do império romano, mas com o tempo eles vão adentrando às fronteiras e acabam causando o desmoronamento do Império Romano do Ocidente.

O Direito germânico era basicamente consuetudinário e entendido como uma “ordem de paz”, pública ou privada, e o delito significava sua ruptura, perda ou negação. Predominava a Faída, em que o agressor era entregue à vítima

ou aos seus parentes para que exercessem o direito de vingança. Era a vingança de sangue. Os delitos constituíam uma ofensa para toda a comunidade, o ofensor era expulso do grupo familiar, ficando à mercê de todos, que tinham inclusive o direito de matá-lo. A Faída só foi extinta definitivamente em 1495.

Em etapas mais avançadas, com o fortalecimento do poder estatal, a vingança de sangue foi sendo substituída pela composição voluntária e depois obrigatória. Consistia no dever de compensar o prejuízo sofrido, com certa importância em pecúnia, evitando a mortandade entre os grupos ou as famílias em conflito.

Com o início da conversão dos germanos ao cristianismo, inicia-se o movimento de unificação legislativa e a fusão das populações.

Os reis francos são os primeiros a ter uma metódica repressão ao crime, segundo a idéia de que o Direito não era só um costume popular dedicado aos deuses, mas também vontade estatal.

A composição deu origem à multa, que passou a integrar o sistema de penas, e à indenização civil de caráter jurídico-privado.

Para o Direito germânico importa o resultado causado, ou seja, o elemento objetivo. Não se considera o elemento subjetivo: a tentativa não é punida e a pena não sofre qualquer mudança se o resultado se produz voluntariamente ou por caso fortuito. Importa somente o efeito danoso da ação.

### **1.2.3 Direito Penal canônico**

O Direito canônico é o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana. Canônico deriva da palavra grega “*kánon*” que significa regra, norma. Inicialmente era usada para indicar qualquer prescrição relativa à fé ou à ação cristã. Na Idade Média, chamaram-se cânones todas as regras emanadas da Igreja, em oposição às “*leges*” de origem laica.

A influência do cristianismo na legislação penal iniciou-se com a proclamação de liberdade de culto pelo imperador romano Constantino (313), em 379 o cristianismo foi declarado a única religião do Estado, mas é com a conversão (496) e o batismo (499) de Clóvis, rei dos francos, que se inicia uma verdadeira jurisdição eclesiástica: o rei detém o poder supremo, aprovado pela Igreja Católica. A Igreja é unida ao Estado, mas permanece independente e superiora no campo religioso. A fé religiosa constituía interesse do próprio Estado, por isso a heresia era considerada como um dos crimes mais graves, tanto que o Estado passou a se utilizar da Inquisição, surgida no século XIII, para fins políticos.

Foi a Igreja Católica que fez com que as tradições jurídicas romanas penetrassem em definitivo na vida social do Ocidente e contribuiu para humanizar as práticas brutais germânicas, como por exemplo, com a instituição do asilo religioso, onde os culpados escapavam das torturas e das mortes e a chamada trégua de Deus.

Os dois maiores filósofos cristãos, que influenciaram o pensamento medieval foram Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Para o primeiro (354-430) apud Marques (2000, p. 31-33) a punição terrena significava uma espécie de penitência para conduzir o pecador ao arrependimento antes do juízo final. A retribuição penal deveria ser proporcional ao mal praticado pelo infrator. A pena buscava a salvação futura do criminoso e ao mesmo tempo teria um caráter profilático, à medida que intimidaria outros fiéis propensos ao erro. Sua filosofia serviu de base para a Inquisição. Para Santo Tomás (1225-1274) apud Marques (2000, p. 33-34) o direito de castigar da Autoridade Civil, viria diretamente de Deus (teoria da delegação divina). Propunha uma justiça penal retributiva e comutativa. Deveria haver uma proporção entre a falta e a pena imposta, entretanto, a pena deveria ter um caráter também intimidativo.

Entre outras coisas, o Direito Penal canônico contribuiu para fortalecer o caráter público do Direito Penal e contribuiu para a humanização das penas, valorizando e mitigando as penas públicas; reforçou o conceito de igualdade dos homens perante Deus; aceitou o aspecto subjetivo do delito, distinguindo o dolo e a culpa e inspirou a penitenciária, que era a internação em monastério em prisão celular.



## 1.2.4 Direito Penal comum

### 1.2.4.1 Escola clássica

Da fusão do Direito romano, do Direito germânico, do Direito canônico e dos direitos nacionais, surge o Direito Penal comum.

Até a Revolução Francesa o Direito Criminal se caracteriza pela grande crueldade na execução das penas com objetivo apenas de vingança social e intimidação. As penas eram quase sempre corporais e aflitivas. A pena privativa de liberdade, quando usada, se tornava hedionda pelas condições em que então se executava. Voltaire chamou os magistrados de seu tempo de “bárbaros de toga”.

Em seguida, no século XVIII acontece uma reação reformadora ou humanitária decorrente do Iluminismo. É nessa época que o Marquês de Beccaria publica na Itália em 1764 o livro “Dei delitti e delle pene”, cujas idéias marcam o nascimento do Direito Penal moderno onde passam a prevalecer o princípio da legalidade penal, a idéia da utilidade da pena como prevenção de novos crimes e a necessidade das incriminações. O delinqüente passou a ser considerado violador do pacto social e portanto, inimigo da sociedade e as sanções seriam para reparar as feridas da sociedade e não mais para reafirmar o poder do rei.

Houve uma ampla mudança legislativa no final do século XVIII, denominado movimento codificador, onde se passam a codificar as normas jurídicas, facilitando a sua interpretação e aplicação, entre eles o Código Penal francês de 1810 (início do século XIX).

A partir daí: Feuerbach na Alemanha, Bentham na Inglaterra, Filangieri e Romagnosi na Itália lançam as bases da orientação penal denominada clássica. Também chamada de relativa ou utilitária.

Para Feuerbach (1810) apud Goulart (entre 1969 e 1978, p. 28), a utilidade da pena está na coação psicológica que exerce ao representar uma ameaça.

Para Bentham (1748-1832) apud Marques (2000, p. 56) a justificativa das penas está na utilidade de tornar inócuo o delinqüente e o Estado deve lucrar com a imposição dos castigos, sendo que este lucro seria a prevenção de novos crimes, porém a eficácia dessa prevenção estaria incompleta sem a investigação das causas da criminalidade.

Também na linha preventiva Romagnosi (1761-1835) apud Marques (2000, p. 59) considerou a impunidade como fator de ameaça ao corpo social, embora posterior ao crime cometido. Para ele a pena deve seguir o delito como meio de conservação da própria sociedade, exercendo a prevenção geral por meio da intimidação.

Emmanuel Kant (1724-1804) apud Marques (2000, p. 60-61) foi grande opositor da doutrina de Romagnosi, expoente das teorias absolutas ou retributivas da pena, que encontra justificação na justa retribuição, como imperativo categórico de justiça e não na prevenção geral ou especial, pois o crime, além de pressuposto, é também medida da pena, que deve ser equivalente ao desvalor social do crime, admitindo-se inclusive para o homicídio, a pena de morte.

Hegel (1770-1831) apud Marques (2000, p. 62-64) retomou a teoria absoluta de Kant. Para ele a pena é justa por reafirmar o Direito, não importando a forma de como é imposta, pois o sentimento geral dos povos e dos indivíduos é o de que o criminoso deve ser punido em razão do delito cometido. À questão do “quantum” e da qualidade da reprimenda podem estar agregados outros princípios de conveniência ou oportunidade, além de critérios legislativos, há grande margem de arbítrio judicial. Também favorável à pena de morte.

Na segunda metade do século XIX, Carrara (1805-1888) apud Marques (2000, p. 64-67) consolida os princípios da Escola Clássica, para ele a punição só se justifica quando o ato criminoso for oriundo de uma vontade livre e mesmo com a prática do crime, o infrator não perde os direitos inerentes a sua condição humana. É a idéia do livre-arbítrio em contraposição ao determinismo pregado pelos médicos de sua época e pelo positivismo criminológico.

Este autor não menciona nenhuma finalidade reeducativa na pena, mas que a quantidade deve ser medida por critérios jurídicos, baseados na proporcionalidade dos danos causados pelo crime ou no perigo ao bem jurídico tutelado pela norma. O delito ofende, além das vítimas determinadas, todos os cidadãos, por infração às leis estabelecidas pela sociedade e a falta de punição criaria insegurança e mau exemplo.

#### **1.2.4.2 Escola positiva**

No final do século XIX surge a Escola Positiva que busca na observação e na experiência científica os instrumentos capazes de resolver a problemática criminal.

Este movimento teve início com Lombroso (1836-1909) apud Marques, (2000, p. 69-71) quando publicou em 1876 o livro “O Homem Delinqüente”. Partidário do determinismo, elaborou a tese de que o delinqüente, em razão dos seus caracteres antropológicos está fadado a cometer crimes, pois não consegue se manter dentro dos parâmetros de comportamento prescritos pelo ordenamento jurídico-penal e o delito surge como um fenômeno natural ou “necessário” fora do alcance da vontade do agente, assim, o castigo a ele imposto torna-se ineficaz, pois ele é desprovido de qualquer remorso, envaidece-se de suas façanhas criminosas e encontra na violência o sentido de Justiça.

O autor também constata a insensibilidade moral e afetiva como o traço mais saliente do caráter dos delinqüentes, desprendidos de preocupação com suas próprias vidas, se matam com a mesma facilidade com que matam os outros.

Lombroso relacionou anomalias anatômicas e fisiológicas, além de traços fisionômicos particulares aos delinqüentes, mas posteriormente, o próprio autor reformulou as suas idéias, afastando suas considerações acerca de um tipo físico especial de criminoso.

Sua obra, baseada nos estudos da antropologia e psicologia do comportamento criminoso motivou o surgimento da criminologia, na qual o Direito

Penal passaria, a partir de então ser estudado com outras áreas do conhecimento humano.

Ferri (1856-1929) apud Marques (2000, p. 71-74) também se voltou para o estudo do homem delinqüente no campo da sociologia e os classifica em cinco categorias: natos, loucos, habituais, de ocasião e por paixão e, segundo ele, para cada uma dessas categorias deve incidir uma espécie de pena, de acordo com a forma individual de periculosidade.

Propõe que a reação punitiva fundamenta-se nas medidas preventivas de defesa social e a pena confunde-se com a medida de segurança, pois ambas se baseiam na periculosidade do agente e a duração deve ser de tempo indeterminado, condicionado à regeneração do delinqüente e se esta não ocorrer a sanção pode ser perpétua. É a mudança da pena-castigo pela pena-defesa e pela pena-educação.

O Estado tem o direito-dever de defesa social, portanto não importa se o criminoso é imputável ou imputável, a aplicação da pena subordina-se apenas à individualização das sanções, de acordo com a personalidade de cada delinqüente e sua possibilidade de readaptação social. Entretanto, não se deve esquecer que as normas penais são dirigidas a todas pessoas indistintamente.

O tratamento penitenciário deve ser alicerçado no trabalho como meio de indenização ao erário público, além disso, o trabalho propicia a educação moral e técnica, considerada como recurso mais seguro de retorno à vida livre.

Garofalo (1851-1934) apud Marques (2000, p. 75-76) escreveu uma obra chamada Criminologia e nela criou o conceito de delito natural, que é aquele caracterizado pela ofensa ao senso moral e é válido em qualquer época e em qualquer sociedade. O delinqüente típico é um ser privado dos instintos de benevolência e piedade e em razão da sua anormalidade inata está fadado a praticar crimes e a reincidir, por isso não acredita na recuperação dos delinqüentes e acredita que o trabalho educativo desenvolvido nas prisões tem efeito nulo ou quase nulo e para evitar a reincidência não se deve permitir que o egresso de um estabelecimento penal retorne ao seu ambiente antigo.

Defende a não fixação de um prazo para a pena. Esta deve durar até que o condenado seja considerado regenerado. Defende para alguns, inclusive a

pena de morte, entretanto para as situações de menor gravidade a sanção pode ser somente coagir o delinqüente a reparar os danos morais e materiais.

Não faz distinção entre os indivíduos considerados normais e aqueles com estado mental considerado patológico, pois considera que isso não pode ser o fundamento da imputabilidade sob pena de se conduzir à impunidade geral.

Acredita no efeito preventivo da pena sobre os indivíduos, mas mesmo nos povos mais civilizados, a penalidade continua a expressar a vingança social.

A Escola Positiva não vê a pena como castigo ou como meio de restabelecer a ordem social violada pelo crime, mas como medida de proteção social, com duração condicionada à ausência de periculosidade do infrator. Essa corrente passou a interessar-se pela figura do criminoso, o que acarretou a aparição da criminologia. O crime passava a ser estudado como fato humano individual, com origem na estrutura biológica e social do delinqüente.

#### **1.2.4.3 O correlacionalismo e a teoria socializadora**

O alemão Roeder (1839) apud Marques (2000, p. 76) já havia defendido a sanção penal com duração indeterminada, condicionada à emenda do condenado, antes mesmo do surgimento do positivismo criminológico, mas suas idéias só tomaram corpo com as obras de Concepción Arenal e Pedro Dorado Montero, para esses autores não há criminosos incorrigíveis, mas incorrigidos.

Arenal (1895) apud Marques (2000, p. 77) enfatiza a necessidade de os encarregados da execução penal conhecerem os antecedentes do preso, para compreenderem seus problemas e ajudá-lo. A pena deveria ser um meio de educação e tratamento do delinqüente, por isso deve ser boa na sua essência.

Para Montero (1915) apud Marques (2000, p. 78) o delito é um sintoma de anormalidade psíquica e para que o tratamento correccional, de conteúdo médico-pedagógico surta efeito, devem ser investigadas as raízes do comportamento do delinqüente e as medidas necessárias à sua correção devem ser individualizadas, para que a sua vida se torne produtiva e útil.

Para se estabelecer a sanção deve-se buscar auxílio nas ciências que estudam o comportamento humano: antropologia criminal, psicologia criminal e a sociologia criminal.

Os princípios estabelecidos pela teoria correcional deram origem à teoria socializadora, que entre vários adeptos está Asua apud Marques (2000, p. 79) "para quem o fim da pena deve ser a ressocialização do condenado, em seu benefício e no da própria sociedade".

## 2 SISTEMAS PRISIONAIS

As penas privativas de liberdade são largamente utilizadas nas modernas legislações, mas a prisão só surgiu como pena no Direito canônico (Idade Média), para os religiosos que tivessem cometido delitos eclesiásticos ou para quem tivesse sido submetido a julgamento pelos tribunais da Igreja. Antes era apenas um instrumento de custódia provisória do acusado no decorrer do processo ou enquanto se aguardava o início da execução da pena, já que as verdadeiras penas eram a pena de morte, a mutilação, o exílio, o confisco.

O cárcere é o antecedente remoto da prisão. Masmorras, subterrâneos ou torres eram utilizados para encarcerar os acusados, em condições desumanas, onde se evitava a fuga do réu e onde estes ficavam à espera do processo ou simplesmente pelo arbítrio dos governantes.

Na Grécia e em Roma o cárcere era um local de retenção temporária até o pagamento de dívidas (sanção civil) ou como custódia doméstica.

Durante a Inquisição é que se torna mais extensa a aplicação da prisão como pena. Em seguida passa-se à fase da prisão nas galés ou galeras, onde os prisioneiros cumpriam sua pena trabalhando duramente e sujeitos a castigos e este método de punição servia para fornecer tripulações para os barcos. Depois os condenados passam para os presídios de obras públicas, tendo que trabalhar em canais, edificações, etc., presos a correntes e guardados por pessoal armado, ficando à noite em barracas ao ar livre. Este tipo de pena só deixa de existir porque o trabalho dos condenados fazia concorrência ao trabalhador livre.

A partir da segunda metade do século XVI iniciou-se um grande movimento para a construção de prisões para o cumprimento de penas privativas de liberdade. A mais antiga destas prisões é a “House of Correction de Bridewell” criada em Londres em 1552, seguidas por outras em várias cidades inglesas (Gloucester, Norwich, Oxford).

Em 1596 foi criada em Amsterdã pelos burgueses protestantes, a Rasphuis, que procurava a emenda dos delinqüentes pela influência religiosa, pelo

trabalho obrigatório e disciplina severa, incluindo o uso de correntes, açoites, etc. Influenciou a implantação na Alemanha de vários estabelecimentos similares. Entretanto, até o século XVIII, estes estabelecimentos foram exceções, pois permanecia a idéia do cárcere como instrumento de custódia processual.

Na segunda metade do século XVII, o sacerdote italiano Filippo Franci cria em Florença em 1677, o Hospício de San Filippo Franci destinado à correção de jovens de vida dissoluta e jovens vagabundos, onde se praticava o rigoroso confinamento individual em celas, trabalho e assistência moral e espiritual. Em 1695 o monge francês Juan Mabillón escreveu “Reflexões sobre os presídios de ordens religiosas” no qual defendia a reclusão em celas e o cultivo do solo. Essas idéias são consideradas precursoras dos sistemas penitenciários.

O século XVIII apresentou como destaques: o Hospício de São Miguel, construído pelo Papa Clemente XI em 1704, onde os jovens delinquentes se submetiam a trabalho diurno em silêncio e isolamento celular noturno, e servia de asilo para órfãos e anciões; a prisão de Gant, na Bélgica, de 1775, era construída em modelo octagonal celular, onde se separavam homens, mulheres e culpados de infrações mais graves e também utilizava o trabalho diurno, porém variado, instrução e educação profissional e atendimento médico e religioso, com isolamento celular noturno; e finalmente a obra “The State of Prisons in In gland and Walles” de John Howard em 1776 relatando a deplorável situação das prisões inglesas em muito contribuiu para humanização do sistema prisional, não esquecendo que o livro “Dei delitti e delle pene” publicado em 1764 por Beccaria fundamentou a reforma do Direito Penal da época.

A contribuição de Bentham com os trabalhos “Tratado de Legislação civil e penal” de 1802 e “Teoria das penas e das recompensas” de 1818, juntamente com as idéias de Beccaria e Howard e mais os princípios da Revolução Francesa de 1789 deram origem aos quatro sistemas penitenciários relativos à execução das penas privativas de liberdade: sistema filadélfico (belga ou celular), sistema auburniano, sistemas progressivos (inglês e irlandês) e reformatórios.



## **2.1 Sistema Filadélfico (Belga ou Celular)**

Surgiu em Filadélfia em 1790 na prisão de Walnut Street, tendo sido posteriormente implementado na Western Penitentiary de Pittsburgh em 1818 e na Eastern Penitentiary de Cherry Hill em 1829. Buscava-se o arrependimento do condenado, sendo que este deveria permanecer em constante isolamento celular (solitary system), sem qualquer visita, salvo a do diretor, funcionários ou capelão, incentivando-se a leitura e o estudo da Bíblia. Não se admitia o trabalho prisional, salvo num momento posterior, para condenados por delitos de pouca gravidade, sendo o trabalho coletivo e silencioso durante o dia.

A favor desse sistema estavam os argumentos de que a separação individual impedia a promiscuidade dos condenados e o conluio para evasões ou movimentos de revolta, a desnecessidade de pessoal técnico, exigência de um número mínimo de guardas, a facilidade de manter a higiene e o efeito intimidativo para os delinqüentes e a coletividade. Como críticas: não possibilitar a readaptação social, ser cruel e também oneroso.

## **2.2 Sistema Auburniano**

Surgiu em 1818 na cidade de Auburn no Estado de Nova Iorque nos Estados Unidos. Denominado de “silent system” porque os presos podiam trabalhar em grupos durante o dia, porém em silêncio, o que acabou não funcionando. Tal sistema também adotava o isolamento celular noturno, sendo proibidos o lazer, a prática de exercícios físicos, as atividades educacionais e a visita de familiares.

O sistema auburniano, difundido nos Estados Unidos e o sistema filadélfico, dominante na Europa não apresentam grandes diferenças e ambos fracassaram, pois não levavam em consideração as peculiaridades de cada criminoso e nem se preocupava com a sua recuperação social, somente com o caráter retributivo e punitivo da sanção penal.

### 2.3 Sistema Progressivo (Inglês e Irlandês)

Também chamado “mark system” foi inventado pelo inglês Alexander Maconochie, diretor da colônia penal da ilha de Norfolk, na Austrália, a duração da pena, não determinada na sentença, era medida em razão da boa conduta e do trabalho do condenado, levando-se em consideração também a gravidade do delito, por isso, atribuíam-se marcas ou vales diariamente para as atitudes positivas e também para as atitudes negativas. Ao obter determinado número de marcas, o condenado era libertado.

Este sistema conseguiu ótimos resultados e passou a ser aplicado na Inglaterra, com a divisão da pena em três períodos: o primeiro de prova, com isolamento celular completo; conforme a sua conduta, o condenado poderia passar a trabalhar com os outros condenados, em silêncio, e recolhendo-se ao isolamento noturno. O passo seguinte consistia na semiliberdade, culminando com a liberdade sob vigilância (livramento condicional) até o término da pena (ticket of leave).

Walter Crofton, diretor das prisões da Irlanda, acrescentou ao sistema um período intermediário entre a fase de prisão e o livramento, dando aos condenados a possibilidade de trabalhos no exterior, como prova de sua aptidão para voltar ao convívio social. Passou-se então a quatro períodos: o período penal, cumprido na cela; o da reforma, possibilitava o trabalho e o ensino durante o dia e mantinha o isolamento noturno; no terceiro, intermediário, trabalhava externamente, parecendo um trabalhador livre, somente com a obrigação de pernoitar no estabelecimento penal; o quarto era da liberdade provisória (livramento condicional), que se convertia em definitiva através do bom comportamento ou que poderia ser revogada. O acesso a esses períodos era assinalado pelas marcas ou vales.

## 2.4 Reformatórios

Os reformatórios foram instituições de reeducação concebidas nos Estados Unidos, com base no sistema progressivo, destinadas inicialmente aos adolescentes e jovens adultos infratores. O primeiro deles, o Reformatório de Elmira criado em 1869, no estado de Nova Iorque, serviu de modelo para vários outros, entre os quais os estabelecimentos Borstal, na Inglaterra (1908).

As penas eram indeterminadas, isto é, era fixado apenas um mínimo e um máximo, e depois de uma classificação inicial, aplicava-se o sistema das marcas ou vales, baseado no trabalho, boa conduta, instrução moral e religiosa. A disciplina era rígida, o aprendizado de um ofício era obrigatório, assim como a prática de exercícios do tipo militar. Havia um pecúlio que o reeducando recebia para as primeiras necessidades após o livramento condicional.

Muito elogiados num primeiro momento, foram pouco a pouco se confundindo com as prisões comuns, recebendo delinqüentes maiores e menores, condenados a qualquer pena. Contribuíram, entretanto, para a melhoria da individualização da execução penal.

### 3 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Em 1500, em Portugal vigoravam as Ordenações Afonsinas desde 1446, implementadas sob o reinado de D. Afonso V, tidas como primeiro código europeu completo. Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, no reinado de D. Manuel I, na prática, entretanto, no Brasil era o arbítrio de cada donatário que estatua o Direito empregado.

Em 1603 acontece a promulgação das Ordenações Filipinas, por Felipe II que tendia no sentido de uma ampla e generalizada criminalização e de severas punições. Predominava a pena de morte, seguida pelas penas vis (açoite, corte de membro, galés); degredo; multa e a pena-crime arbitrária, que ficava a critério do julgador, pois não existia o princípio da legalidade. A aplicação da pena dependia da qualidade das pessoas e a medida vinculava-se à preocupação de conter os maus pelo terror. As Ordenações Filipinas vigoraram até 1830 quando foi sancionado o Código Criminal do Império do Brasil, que foi o primeiro código autônomo da América Latina.

Este código foi bastante original em muitos pontos, embora tenha se fundado nas idéias de Bentham, Beccaria e Mello Freire, no Código Penal Francês de 1810, no Código da Baviera de 1813, no Código Napolitano de 1819 e no Código da Louisiana de 1825, de autoria de Levingston.

Estabeleceu-se neste código o princípio da legalidade e as penas previstas eram: de morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão de emprego, perda de emprego, açoites. As penas eram imprescritíveis, mas havia o perdão concedido pelo imperador e o perdão do ofendido.

Foi um código bastante avançado para a sua época.

A pena de morte não foi mais executada a partir de 1855, muito contribuindo para isso o erro judiciário de que foi vítima o fazendeiro Manuel Mota Coqueiro acusado da morte de um colono e sua família. O imperador passou a comutá-la sistematicamente na de galés.

Em 11 de outubro de 1890 foi instituído o Código Penal da República (antes da Constituição de 1891), que não incluiu a pena de morte que já tinha sido extinta pelo decreto 774 de 29 de setembro de 1890 e ainda foi expresso ao afirmar não haver mais penas infamantes.

A Constituição de 1891 aboliu as penas de galés e de banimento, e reforçou a extinção da pena de morte, salvo nos casos de legislação militar em tempo de guerra.

A Constituição de 1934 seguiu a mesma orientação ao estipular que não haveria pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.

A pena de morte volta ao cenário brasileiro com a Constituição de 1937 principalmente em relação a atentados contra a soberania da nação, terrorismo e guerra civil e atos contra a vida, incolumidade ou a liberdade do Presidente da República, mas também no caso de homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade.

O Código Penal de 1940 não se referiu à pena de morte e a Constituição de 1946 praticamente repetiu a de 1934.

Hoje a Constituição de 1988 impôs como garantia constitucional que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e nem penas cruéis (art. 5º, inciso XLVII).

Em relação à pena privativa de liberdade no Brasil, pode-se dizer que a prisão vigorou até a promulgação do Código Criminal de 1830, praticamente com o sentido de cárcere já que as Ordenações do Reino, prescreviam as penas capital e corporais para a maior parte dos crimes.

O Código Criminal do Império, entretanto, estabeleceu a pena de prisão com trabalho e prisão simples. Os crimes apenados com galés também seriam substituídos por prisão no caso de mulheres e prisão com trabalho para menores de vinte e um anos e maiores de sessenta, ou quando o condenado a galés que já tivesse cumprindo a pena, completasse sessenta anos. No caso dos escravos, quando não fosse o caso da pena capital ou de galés, condenavam-se ao açoite e outras penas bárbaras ao invés da prisão.

Quanto à execução das penas privativas de liberdade, elas deveriam ser cumpridas nas prisões públicas mais próximas dos lugares do delito, devendo ser designadas pelos juízes nas sentenças. Prevalencia a maior promiscuidade, já que as prisões não observavam qualquer princípio de ordem, higiene ou moralização. Não havia preocupação com a recuperação do delinqüente.

Em 1882 surgiu um novo Regulamento para as Casas de Correção, como resultado de observações feitas nos sistemas penitenciários dos Estados Unidos, Inglaterra, Bélgica e França, era a adoção do sistema auburniano: encarceramento celular durante a noite e o trabalho comum durante o dia, sob a regra do silêncio, porém, na prática não foi efetivado. Como não se estabelecessem nas prisões as comodidades e arranjos necessários para o trabalho dos réus, o legislador previu que a pena de prisão com trabalho seria substituída por prisão simples, acrescida da sexta parte do tempo fixado para aquelas.

O Código Penal republicano de 1890 previu a pena de prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar e determinou expressamente que as penas restritivas de liberdade individual não passariam de trinta anos.

O sistema para o cumprimento das penas não era único, variava de acordo com o tempo da pena: escolheu-se o sistema progressivo para as de prisão celular superiores a seis anos com uma fase de isolamento diurno e noturno, a segunda em comum durante o dia com trabalho em silêncio, na terceira fase se o condenado já tivesse cumprido metade da pena e tivesse bom comportamento, poderia ser transferido para penitenciária agrícola, obtendo em seguida o livramento condicional; para as penas de prisão celular inferiores a seis anos, o sistema auburniano, ou seja, isolamento inicial, em seguida trabalho em comum durante o dia, sob a regra do silêncio e segregação noturna.

A reclusão deveria ser cumprida em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares. A prisão com trabalho em penitenciárias agrícolas ou presídios militares. A prisão disciplinar (para menores até 21 anos) em estabelecimentos industriais especiais.

Por falta de instalações e seriedade o sistema não foi executado como prescrito na lei, sendo que se manteve como no código anterior a prática da substituição da prisão com trabalho por prisão simples aumentadas da sexta parte.

O Código de 1940 diminuiu o elenco de penas, agrupando-as em duas categorias: principais (reclusão, detenção e multa) com finalidade repressiva e intimidativa e acessórias (perda da função pública, interdições de direito e publicação da sentença) com função preventiva e trouxe também as medidas de segurança que visam a segregação e vigilância e também o tratamento e reeducação dos indivíduos perigosos. Também concedeu ao juiz mais poder de apreciação do caso concreto para a fixação da pena.

Adotou o sistema progressivo para os condenados a pena de reclusão nos moldes irlandeses, entretanto com muitas modificações. O sistema contava com quatro fases. Primeira: isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses. Era denominado “período de prova” e servia para que o recluso fosse avaliado na sua individualidade para que fosse determinado o conveniente tratamento penal. Segunda: poderia trabalhar em comum, dentro do estabelecimento, ou em obras ou serviços públicos fora dele, sujeitando-se a isolamento noturno. Terceira: se cumprida metade da pena (quando igual ou inferior a três anos) ou um terço (se superior a três anos) o condenado de bom comportamento poderia ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar. Quarta: poderia ser concedido o livramento condicional.

O condenado a pena de detenção poderia escolher o trabalho adaptado às suas aptidões ou suas ocupações anteriores e não estava sujeito ao período inicial de isolamento diurno.

Segundo Prado (2001, p. 351):

A Lei 6.416/77 introduziu substanciais alterações no sistema progressivo, a saber: a) foi facultado o isolamento celular inicial para os reclusos; b) foram criados os regimes de cumprimento da pena (fechado, semi-aberto e aberto); c) o início do cumprimento da pena poderia dar-se em regime menos rigoroso, observados o tempo de duração daquela e a periculosidade do réu; d) o livramento condicional poderia ser concedido ao condenado a pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) igual ou superior a dois anos.

Houve uma valorização do sistema progressivo com a reforma da Parte Geral do Código Penal e a edição da Lei de Execução Penal em 1984. A progressividade é subordinada ao cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior e ao mérito do condenado, além disso depende de outras exigências formais: motivação da decisão, oitiva prévia do Ministério Público; parecer da Comissão Técnica de Classificação; *exame criminológico*, quando necessário, conforme art. 112 da LEP.



## 4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

### 4.1 Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal

No artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal do Brasil de 1998 está expressamente consagrado este princípio “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ele também está escrito no artigo 1º do Código Penal brasileiro que é o Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940.

Este princípio é baseado na formulação latina: “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege” de Feuerbach, autor alemão, em 1810, que se baseou na obra “Dei delitti e delle pene” de Cesare Beccaria, escrita em 1764.

A idéia central é que o legislador representa toda a sociedade agrupada por um contrato social, portanto a lei é a expressão da vontade da sociedade e nenhum magistrado pode infligir penas que não estejam previstas em lei.

O fundamento político deste princípio é a garantia da liberdade do cidadão frente a intervenção arbitrária do Estado.

Existem outras garantias que complementam o princípio da legalidade: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, CF), “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF), “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art.5º, XLVIII), “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, CF).

Dentro do princípio da legalidade também está o princípio da irretroatividade da lei, pois segundo o inciso XL do art. 5º da CF “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Também previsto no art. 2º do Código Penal.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 também preconiza que não será imposta pena mais grave do que a aplicável no momento da comissão do delito.

A lei penal deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção. Este é o princípio da taxatividade ou da determinação. Procura-se evitar o arbítrio judicial através da certeza da lei, ou seja, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos.

#### **4.2 Princípio da Culpabilidade**

Não se pode responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa – princípio da responsabilidade penal subjetiva ou imputação subjetiva, e a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa.

O princípio da culpabilidade está implicitamente agasalhado em nível constitucional, no artigo 1º, inciso III (“dignidade da pessoa humana”), corroborado pelo artigo 4º, II (“prevalência dos direitos humanos”) e pelo artigo 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade). Relaciona-se com o princípio da igualdade que veda o mesmo tratamento ao culpável e ao inculpável (art. 5º, *caput*, CF).

#### **4.3 Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos**

A finalidade imediata e primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, pois não há delito sem que haja lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico determinado, mas a tutela penal só é legítima se for socialmente necessária, imprescindível para assegurar o

desenvolvimento e a paz social. O bem jurídico, como bem do direito, conjuga o individual e o social (de natureza material ou espiritual) e é válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Para defini-lo o legislador ordinário deve se pautar nas diretrizes constitucionais.

#### **4.4 Princípio da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade**

Segundo Prado (2001, p. 84), lei penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade. O Direito Penal só deve atuar na defesa de bens jurídicos que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Criminalizar toda e qualquer conduta condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa.

A intervenção mínima tem dois destinatários principais: o legislador que deve se abster de incriminar qualquer comportamento e o operador do Direito, que quando perceber que aquela pendência pode ser resolvida por outros ramos do ordenamento jurídico não deve proceder ao enquadramento típico. Como no exemplo citado por Capez (2002, p. 20):

Se o furto de um chocolate em um supermercado já foi solucionado com o pagamento do débito e a expulsão do inconveniente freguês, não há necessidade de movimentar a máquina persecutória do Estado, tão assoberbada com a criminalidade violenta, a organizada, o narcotráfico e as dilapidações ao erário.

O postulado da fragmentariedade é decorrente do primeiro, ou seja, são considerados delitos, apenas algumas condutas, dentre todas as condutas humanas, é como se fossem ilhas num mar do penalmente indiferente, conforme Luis Régis Prado.

## 4.5 Princípio da Pessoalidade, da Individualização e da Proporcionalidade das Penas

Só o autor da infração penal pode ser apenado, pois está expresso no inciso XLV do artigo 5º da CF – princípio da pessoalidade:

Art. 5.º. [...]:

[...]

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

[...]

A individualização da pena está expressa no artigo 5º, XLVI da CF: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

A nossa Constituição prevê maior rigor para casos de maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV): racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e moderação para infrações menos graves (art. 98, I): infrações penais de menor potencial ofensivo.

Deve existir um equilíbrio entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. Em resumo, a pena deve estar adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico e à periculosidade criminal do agente.

## 4.6 Princípio da Humanidade

Analisando-se a história percebemos a humanização das penas criminais. No Brasil a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XLVII prevê expressamente que: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra

declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; de banimento; d) cruéis”. Baseia-se no fato de que um dos fundamentos do Estado de Direito democrático é a dignidade da pessoa humana que não se coaduna com qualquer tratamento desumano e degradante.

#### **4.7 Princípio da Adequação Social e da Insignificância**

Segundo o princípio da adequação social a conduta deixa de ser punida porque mesmo prevista em lei, não é mais considerada injusta pela sociedade. Esse é um conceito vago e impreciso, que cria insegurança e excesso de subjetividade, entretanto acaba sendo aceito pelo fato das mudanças na sociedade, de maneira geral, precederem as mudanças na lei, que levam às vezes, um tempo demasiado grande para acontecerem.

No caso do princípio da insignificância, a conduta é considerada injusta, mas de pouca lesividade, o que deixa de justificar a imposição de uma pena.

Deve-se fazer uma interpretação restritiva desses critérios.

A importância do exame criminológico encontra fundamento dentre todos os princípios constitucionais acima expostos, no princípio da individualização da pena, pois o artigo 59 do Código Penal que determina a fixação da pena impõe:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

## 5 DA PENA

### 5.1 Conceito – Finalidade – Momentos

É o conceito de pena no entendimento de Gonçalves (2003, p. 103):

Pena é a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação de bens jurídicos determinada pela lei, que visa a readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção em relação à prática de novas transgressões.

Esse conceito expressa a finalidade tríplice da pena: retributiva, reeducativa e preventiva.

A pena é retributiva, pois é um castigo pelo mal praticado: *punitur quia peccatum* (pune-se porque pecou).

Existe a idéia de reeducação do apenado para que ele possa voltar ao convívio social, já que no Brasil são proibidas as penas de morte e as penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, CF).

O caráter preventivo da pena divide-se em geral e especial. Geral: visa desestimular a prática de crimes por toda a sociedade. Especial: procura fazer com que o condenado não volte a delinquir.

A pena deve ser analisada em três momentos principais: fase legal, fase judicial e fase executória ou administrativa.

a) Fase Legal: ao editar normas penais incriminadoras, o legislador também edita a abstrata cominação da pena;

b) Fase Judicial: é quando o magistrado, por meio da sentença, determina a concreta aplicação da pena para aquela conduta típica, antijurídica e culpável;

c) Fase executória ou administrativa: é a fase do cumprimento da pena propriamente dita, ocorre depois da sentença e é quando o sentenciado vem a sofrer a perda ou diminuição de certos bens jurídicos.

## **5.2 Natureza Jurídica da Execução Penal**

Na execução da pena participam dois poderes estatais: o Judiciário, através dos órgãos jurisdicionais e o Executivo, através dos estabelecimentos penais. É, portanto, uma atividade complexa.

É o Judiciário que profere os comandos pertinentes à execução da pena, mas o efetivo cumprimento se dá em estabelecimentos administrados e sob a responsabilidade do Executivo. O juiz é o corregedor do presídio, a sua atividade é fiscalizatória, mas os presídios e hospitais de custódia e tratamento gozam de autonomia administrativa plena.

O Direito de Execução Penal não pode ser dissociado do Direito Penal e do Processo Penal, pois o Direito Penal regula vários institutos de individualização da pena, úteis e utilizados pela execução penal, enquanto o Processo Penal estabelece os princípios e formas fundamentais de se regular o procedimento de execução, impondo garantias processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outros.

Importante frisar que cabe à União, privativamente, a competência para legislar uma matéria de execução penal, quanto a regras concernentes à esfera penal ou processual penal (art. 22, I, CF), entretanto, a própria Constituição Federal no artigo 24, inciso I, estabelece a competência concorrente entre a União, Estados e o Distrito Federal para legislar sobre direito penitenciário, ou seja, regras vinculadas à organização e funcionamento de estabelecimentos prisionais, normas de assistência ao preso ou ao egresso, órgãos auxiliares da execução penal, entre outras.

## 5.3 Tipos de Penas

Os tipos de penas, conforme o artigo 32 do Código Penal, dividem-se em: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e penas de multa.

### 5.3.1 Penas privativas de liberdade

São três os tipos de penas privativas de liberdade:

- a) Reclusão: cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto;
- b) Detenção: cumprida em regime semi-aberto ou aberto, “salvo necessidade de transferência a regime fechado” (art. 33, 2ª parte, *in fine*);
- c) Prisão simples: prevista apenas para as contravenções penais (Dec.-lei n.º 3.688/41). Pouco utilizada. Pode ser cumprida no regime semi-aberto ou aberto.

O artigo 33 do Código Penal fala só em reclusão e detenção, sendo que não há grande diferença entre elas, pois a diferenciação é feita pelo regime de cumprimento da pena, enquanto a reclusão pode ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, a detenção será cumprida em regime semi-aberto ou aberto (salvo se houver necessidade de transferência para o regime fechado).

Basicamente a diferença entre elas está em outras conseqüências decorrentes do crime ser apenado com reclusão ou detenção, a saber:

- a) só poderá ser concedida fiança para casos apenados com detenção ou prisão simples (art. 322 do Código de Processo Penal);
- b) no caso de medida de segurança para o inimputável, prevista no art. 97 do CP, se o fato for crime punível por detenção o juiz poderá determinar tratamento ambulatorial ao invés de internação;



c) nos crimes apenados com reclusão há a perda do pátrio-poder se estes foram cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II do CP);

d) no caso de concurso material previsto no artigo 69 do Código Penal, executa-se primeiro a pena de reclusão, se tiverem sido previstas penas de reclusão e detenção;

e) em termos da prisão preventiva, o artigo 313 do Código de Processo Penal, prevê que ela pode ser aplicada para crimes punidos com reclusão, mas para crimes punidos com detenção deverão ser verificadas algumas ressalvas.

Relativamente ao regime de cumprimento da pena, o art. 33, § 1º do Código Penal define:

a) Regime fechado: o condenado cumpre a pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) Regime semi-aberto: a pena deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) Regime aberto: a execução da pena se dará em casa de albergado ou estabelecimento adequado, ou seja, o sentenciado deve trabalhar fora durante o dia e à noite deve se recolher ao albergue. Na inexistência de casa do albergado, há julgados que admitem o cumprimento do regime aberto em prisão albergue domiciliar.

### **5.3.2 Penas restritivas de direitos**

São substitutivas da pena privativa de liberdade e por isso não são previstas em abstrato no tipo penal e, assim, não podem ser aplicadas diretamente, por isso, o juiz deve aplicar a pena privativa de liberdade e se presentes os requisitos legais, substituí-la pela restritiva.

São elas: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços.

Segundo Mirabete (1998, p. 267) a tendência moderna é procurar substitutivos penais para a pena privativa de liberdade e restringi-la aos casos de absoluta necessidade, já que ela não atende aos anseios de ressocialização.

A Lei 7.209/84 inseriu no Código Penal o sistema de penas alternativas ou substitutivas, que foram denominadas “penas restritivas de direitos” e estabelecidas no artigo 43 do Código Penal. Cabe ressaltar que são penas autônomas e não acessórias, portanto não podem ser cumuladas com penas privativas de liberdade, na verdade substituem estas.

Conforme Prado (2001, p. 381-390), a rigor, a denominação penas restritivas de direito abriga somente a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, CP) e às interdições temporárias de direitos (art. 47, I, II, III, CP), sendo que as demais sanções previstas no artigo 43 constituem “penas restritivas de liberdade”: limitação de fins de semana (art. 43, VI, CP) e proibição de freqüentar determinados lugares (art. 47, IV, CP); e penas patrimoniais: prestação pecuniária de perda de bens e valores (art. 43, I e II, CP).

## 6 REGIMES PENITENCIÁRIOS

### 6.1 Regime Fechado

Conforme determinação do Código Penal no artigo 33, § 1º, alínea “a”:  
“Considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média”.

É a Lei de Execução Penal (LEP) que esclarece melhor o que é estabelecimento de segurança máxima ou média: a pena é cumprida em penitenciária (art. 87) afastada do centro urbano, porém à distância que não restrinja a visitação (art. 90) no caso dos homens, para as mulheres apenas diz no art. 89 que a penitenciária poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa. No artigo 88 diz que o condenado será alojado em cela individual com área mínima de seis metros quadrados, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, sendo necessária a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana.

O Código Penal estabelece as regras do regime fechado no artigo 34:  
“O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução” (grifo nosso), além disso: estará sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno (§ 1º); haverá trabalho comum dentro do estabelecimento, conforme as aptidões ou ocupações anteriores do condenado e desde que compatíveis com a execução da pena (§ 2º), sendo admissível trabalho externo em serviços ou obras públicas (§ 3º).

Apesar dessa previsão os estabelecimentos prisionais no Brasil não atendem às especificações da LEP conforme demonstra Marcão (2001, p. 181) através do seguinte julgado:

É público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade que, em face da carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro lado, é de sentir que, certamente, mal maior seria a reposição à convivência da sociedade de apenado não recuperado provavelmente, sem condições de com ela coexistir (TJRN, HC 14.467, TP, Rel. Des. Amaury Moura, j. em 7-8-1996, v.u., RT 736/685). (grifo nosso)

## 6.2 Regime Semi-aberto

A alínea b do parágrafo 1º do artigo 33 do Código Penal diz que a execução do regime semi-aberto se dará em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, o que é confirmado pelo artigo 91 da LEP.

O artigo 92 da LEP estabelece que o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, desde que observados os requisitos de salubridade previstos na letra a do parágrafo único do art. 88 da mesma lei, já supramencionados, sendo também requisitos básicos a seleção adequada dos presos e o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de *individualização da pena*.

A idéia do regime semi-aberto surgiu na Suíça, onde os sentenciados trabalhavam como colonos de uma fazenda com vigilância muito reduzida e confiando-se no sentenciado. No Brasil, porém, constatou-se que a maioria dos criminosos provém de grandes centros urbanos, o que levou o legislador pátrio optar pela diversidade de estabelecimentos semi-abertos, incluindo os industriais e similares.

O Código Penal no artigo 35 estabelece as regras do regime semi-aberto: No *caput* enfatiza que repete-se a norma do artigo 34, *caput*, para o condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto, ou seja, a exigência da realização do exame criminológico.

Ainda, o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno no estabelecimento em que estiver cumprindo a pena (§ 1º), sendo que é admissível o trabalho externo, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (§ 2º).

### **6.3 Regime Aberto**

O artigo 33, parágrafo 1º, alínea c, prevê que a execução da pena do regime aberto será em casa de albergado ou estabelecimento adequado. O artigo 36 estabelece que o regime aberto é fundado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado e que o condenado deverá freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (§1º), mas será transferido do regime aberto, se praticar crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada (§ 2º).

Na LEP define-se no artigo 93 que a Casa do Albergado destina-se ao cumprimento do regime aberto de pena privativa de liberdade e da pena de limitação de fim de semana e o artigo 94 define que o ela deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos e não conter obstáculos contra a fuga, e no artigo 95, diz que em cada região deverá haver, pelo menos, uma Casa do Albergado que deverá ter local adequado para cursos e palestras e instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

A LEP ainda prevê que a legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 119).

## 6.4 Regime Especial

O artigo 37 do Código Penal preconiza que as mulheres devem cumprir pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal e seguindo no que couber o disposto em termos de reclusão e detenção e os regimes: fechado, semi-aberto e aberto. Tal disposição é reforçada pelo parágrafo 1º do art. 82 da LEP. O artigo 83, § 2º da LEP diz que esses estabelecimentos penais serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos.

Além dos requisitos básicos de cada unidade celular (art. 88, LEP), o artigo 89 da mesma lei prevê nas penitenciárias femininas seções para gestantes, parturientes e creche.

A Lei n.º 9.460/97, modificando o § 1º do art. 82 da LEP acrescentou que também os maiores de sessenta anos deverão ser recolhidos a estabelecimentos próprios e adequados à sua condição pessoal. Atende-se assim o disposto no art. 5º, XLVIII da Constituição Federal que determina que o cumprimento da pena deverá ser feito em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito.

## 6.5 Regime Inicial

Os condenados à reclusão reincidentes ou cuja pena seja superior a oito anos (art. 33, § 2º, a) estão sujeitos obrigatoriamente ao regime fechado no início do cumprimento da pena. Também os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa (Lei n.º 9.034/95) e os condenados por crime de tortura (salvo no caso de omissão quando o agente tinha o dever de evitá-las ou apurá-las).

O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não excedente a oito, poderá, desde o princípio cumpri-la em regime semi-aberto (art. 33, § 2º, b, CP).

No caso dos condenados à detenção, tanto os reincidentes, como os não-reincidentes condenados a pena superior a quatro anos e inferior ou igual a oito anos, iniciam seu cumprimento em regime semi-aberto.

Começam em regime aberto os condenados não-reincidentes, cujas penas sejam iguais ou inferiores a quatro anos.

Cabe ao juiz prolator da sentença a opção pelo regime inicial, mas além dos critérios acima citados deverá observar os estabelecidos no art. 59 do CP, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, comportamento da vítima.

Quando o regime aberto for concedido desde o início da pena, o juiz terá que se limitar à observância das circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, porque não há a previsão da realização do exame criminológico.

Como ensina o doutrinador Noronha (2001, p. 161) o julgador tem que considerar a pessoa do criminoso para individualizar a pena; deve ter conhecimentos sociais, psicológicos e até antropológicos, aliados à intuição da realidade histórica, sem esquecer a periculosidade e a possibilidade dele tornar a delinqüir. A pena não tem em vista somente o delito.

Regime aberto em residência particular (prisão domiciliar) deveria ser só para condenado maior de setenta anos ou acometido por doença grave ou para condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou gestante, tal como prevê o artigo 117 da LEP, entretanto diante da quase ausência de casas de albergado, os tribunais têm admitido a concessão de prisão domiciliar.

## 7 PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME

Como já foi dito anteriormente, o Brasil adotou o sistema progressivo irlandês com algumas modificações. Ele passou por diversas fases, sendo que a Lei n.º 7.210/84 – Lei de Execução Penal o definia no artigo 112 e assim dispunha:

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 seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único – A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário. (grifo nosso)

Era necessário que se comprovasse concomitantemente os dois requisitos básicos: o objetivo: o cumprimento de pelo menos um sexto de pena no regime anterior e o subjetivo: mérito do condenado, indicativo da progressão.

Segundo Prado (2001, p. 359) para a segunda progressão seria suficiente o cumprimento de um sexto do restante da pena (ou das penas).

Com o advento da Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o art. 112 da LEP foi alterado e passou a vigorar da seguinte maneira:

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.

§ 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.

Existe também um sistema regressivo, no qual ocorre o contrário, ou seja, a transferência de um regime para outro mais rigoroso, assim quem estava no



regime aberto pode ser transferido para regime semi-aberto ou mesmo fechado, ou o sentenciado a regime semi-aberto pode passar para regime fechado.

O sistema regressivo é determinado pelo art. 118 da LEP que prevê a regressão para qualquer dos regimes mais rigorosos quando o condenado praticar crime doloso ou falta grave (incitar ou participar de movimento que subverter a ordem ou a disciplina; fugir; possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidentes de trabalho; descumprir, no regime aberto, as condições impostas; inobservar os deveres referentes à obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se e à execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; ter em sua posse ou utilizar aparelhos de comunicação, seja telefônico, rádio ou similar, que permita a comunicação com o ambiente externo ou com outros presos – art. 50 da LEP); sofre condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução torne incabível o regime (art. 111). O § 1º ainda se refere ao condenado ao regime aberto, que além das hipóteses já descritas, frustrar os fins da execução ou não pagar, se podendo, a multa aplicada cumulativamente. Nessas hipóteses do § 1º e no caso do crime doloso ou falta grave o condenado deve ser ouvido previamente.

## 8 CRIMINOLOGIA

“O crime não existe, o que existe é uma mera definição de uma conduta qualificada como crime”, conforme afirma Amaral (2005). Interessante consideração, tendo em vista que determinadas condutas que eram consideradas crimes até bastante recentemente no nosso Código Penal, já não o são mais, por exemplo, o adultério. Outras, como a bigamia, que são consideradas crimes no Ocidente, não o são em países muçulmanos. Então, o que é ou não considerado crime varia no tempo e no espaço, portanto, “crime é uma ficção e não uma realidade em si – só é crime porque se diz que é”.

A criminologia é uma ciência empírica, baseia-se na observação, nos fatos e na prática e se ocupa do crime, do criminoso, da vítima e do controle social dos delitos.

Até fatores aparentemente dissociados do crime como geografia, clima, temperatura, influem na natureza de alguns crimes, por isso a criminologia é interdisciplinar, formada por outra série de ciências e disciplinas, como a biologia, a psicopatologia, a sociologia, a geografia, a política, etc.

O objetivo principal da criminologia é responde a seguinte pergunta: – *Por que o crime acontece?* A partir deste conhecimento podem ser estabelecidas políticas de combate ao crime, com a proposição de novas leis, e isto é feito através do direito penal. Importante, é verificar o impacto dessas novas leis na criminalidade.

Quando nasceu, a criminologia buscava a causa do efeito produzido, ou seja, através do esquema causal e explicativo, buscava explicar a origem da delinqüência, a preocupação era com o delito que era visto como algo patológico e que deveria ser eliminado. A vítima não era considerada, nem para uma possível reparação do dano e o Estado não se preocupava com a ressocialização do infrator, sendo que academicamente a criminologia se inicia com a publicação, em 1876, da obra “L’Uomo Delinqüente” de Cesare Lombroso, que acreditava na existência do delinqüente nato.

Já existiram várias tendências causais na criminologia: sociológicas, baseadas em Rosseau, onde a causa do delito estava na sociedade e orgânicas, baseadas em Lombroso, onde a eventual causa estaria no próprio delinqüente e não no meio, sendo que todas essas fracassaram, fala-se hoje em elemento *bio-psico-social*, enfocando-se inclusive o estudo da endocrinologia, relacionando-se a testosterona (hormônio masculino) à agressividade, ou procurando-se através da genética o “gene da agressividade”, passando-se também a se analisar a violência urbana, a guerra, a fome, etc. Em suma a criminologia habita o universo da ação humana, ou seja, o crime é inevitável em qualquer sociedade.

Como ensina Barbosa Júnior (2000, p. 47), o Estado visa a ressocialização do infrator e a prevenção de novos crimes, por isso, deve-se estudar o criminoso, a vítima e a comunidade.

Segundo ensinamentos de Amaral (2005), os crimes podem ser praticados:

a) por razões exclusivamente do meio social, são os denominados fatores mesológicos ou exógenos;

b) por razões exclusivamente pessoais, íntimas (se devem a personalidade do criminoso), são os fatores biológicos ou endógenos;

c) por razões mistas, sociais e individuais: sendo que para a maioria dos criminosos, a causa do crime é a interação de fatores do meio com fatores pessoais (os traços da personalidade associados com a influência do meio).

*Exemplo de fatores exclusivamente exógenos:* numa localidade qualquer, começa a ocorrer assaltos às residências por marginais encapuzados, ocorrências estas amplamente divulgadas pela mídia. Um policial militar, dentro da sua casa, durante a madrugada, percebe que alguém está forçando a porta, corre para o quarto, pega a sua arma e atira, acertando o próprio filho. Embora tenha cometido um homicídio, tal pessoa não possui perfil criminoso, ou seja, reagiu exclusivamente em razão do meio. É, portanto, um criminoso exclusivamente exógeno ou mesológico.

*Exemplo de fatores exclusivamente endógenos:* uma pessoa é vítima de um surto psicótico. Começa a enxergar os que estão à sua volta como verdadeiras ameaças; ou seja, suas percepções sensoriais são distorcidas: as

peessoas que se preparam para atacá-lo; quem tenta se aproximar se transforma em monstros; conversas se tornam tramas para exterminá-lo; as pessoas se transformam em entes prestes a destruí-lo. Nesta situação, a pessoa parte para cima da pessoa mais próxima, atacando-a com uma faca que se encontra à mão. Este é o caso de crime praticado exclusivamente por fatores endógenos ou biológicos. O crime é apenas um sintoma da enfermidade mental que o acomete.

*Exemplo de fatores exógenos combinados com endógenos:* consideremos pessoas submetidas a todo tipo de carências: afetiva, emocional, financeira, familiar, social, física, etc. Alguns, em face das circunstâncias e de uma necessidade imediata, poderão reagir criminalmente, como furtar para poder comprar remédios. Porém, para que isto ocorra, é necessário que haja traços de criminalidade; ainda que leves, em sua estrutura mental, pois nem todas as pessoas, submetidas às mesmas circunstâncias externas, reagirão pela via criminal.

Os criminosos podem se divididos nas seguintes categorias:

- a) *Delinqüente Mesológico Puro* (somente causas exógenas);
- b) *Mesológico Preponderante*;
- c) *Meso-Biocriminosos* (causas exógenas e endógenas);
- d) *Biológico Preponderante*;
- e) *Delinqüente Biológico Puro* (somente causas endógenas).

Pode-se também fazer uma outra forma de classificação dentro dessa classificação criminológica:

- a) *Delinqüente Ocasional* (meso puro): é o meio (uma ocasião);
- b) *Delinqüente Caracteriológico* (meso bio): a sucessão de fatores do meio, determinantes da conduta criminal, associada aos traços da conduta do indivíduo, forma um caráter criminal;
- c) *Delinqüente Sintomático* (bio puro): o comportamento criminal não é nada além de um sintoma de uma patologia.

## 9 EXAME CRIMINOLÓGICO

Como os fatores variam de acordo com a pessoa, podemos afirmar que cada criminoso é diferente do outro, daí a importância do processo de individualização da pena, ou seja, o tratamento deve ser diferente, para que se consiga o melhor resultado em termos da reinserção ou não do criminoso na sociedade.

Tal tratamento deveria ser baseado no grau de periculosidade do indivíduo, ou seja, o grau de nocividade que tal indivíduo representa para a sociedade onde vive.

A periculosidade é avaliada por índices ou indícios de periculosidade, pois muitas condutas se repetem freqüentemente desde que o indivíduo nasceu até que vá para a penitenciária.

São três os grupos de índices:

I – *índices psico-evolutivos* – esta fase se inicia antes da concepção e se prolonga até os oito anos de idade, pois nesta fase o indivíduo recebe influências que serão determinantes na formação da sua personalidade: doenças maternas ou infanto-juvenis com grande repercussão no desenvolvimento físico ou mental, família desagregada, violência doméstica (espancamentos), fuga do lar, abandono da escola, ausência de aprendizado escolar e profissional, integração em grupos sem atividade construtiva, uso de álcool e drogas e orfandade precoce;

II – *índices jurídico-penais*: dizem respeito aos fatos jurídico-penais presentes na vida do indivíduo:

a) *número elevado de incidências criminais*: entre processos formalizados ou somente inquiridos, é uma demonstração que aquele crime não foi um fato isolado;

b) *crimes cometidos com os agravantes*;

c) *reincidência criminal*: pode ser *específica*, quando comete o mesmo tipo de crime ou *genérica*, quando comete qualquer tipo de crime e é mais perigosa, pois os criminosos costumam ter uma certa “ética”;

d) *crimes cometidos em grupos*: como o dinheiro não fica para uma pessoa só, logo há a necessidade da prática de outros crimes para se aumentar “os rendimentos”;

e) *reincidência rápida*: volta a cometer novo crime mal termina a pena.

III – *índices reeducativo-penais*: atitudes demonstradas durante o cumprimento da pena:

a) indiferença: não quer trabalhar, não quer fazer curso profissionalizante, não quer aprender nada;

b) criminalidade intraprisional – continua cometendo crimes dentro do presídio;

c) atitudes de liderança para arregimentar os presos para contestar o sistema prisional;

d) liderança em rebeliões;

e) prisonização – fenômeno no qual o preso ou os próprios funcionários adquirem toda a cultura do mundo do crime.

Interessante ressaltar que os índices mostram a periculosidade pretérita (o que o indivíduo foi), entretanto o mais importante é verificar o prognóstico futuro.

As pessoas mudam, tanto para melhor, como para pior. Com os criminosos acontece o mesmo. O importante no caso dos criminosos para se verificar se eles podem ser devolvidos ao convívio social e verificar, além da periculosidade, a capacidade de adaptação social, é o que se chama *estado perigoso*, que é a conjugação dos fatores: *periculosidade X capacidade de adaptação social*, através da verificação desses fatores, podemos definir um diagnóstico bastante provável da criminalidade futura do indivíduo:

a) – *GRANDE periculosidade + GRANDE capacidade de adaptação social*: embora o nível de periculosidade seja alto, a grande capacidade de

adaptação social faz com que esse indivíduo tenha chances de se adaptar e passar a ser uma pessoa produtiva e útil;

b) – *GRANDE periculosidade + NULA ou escassa capacidade de adaptação social*: esses provavelmente voltarão a delinquir. São perigosos e não se inserem no contexto social;

c) – *NULA ou escassa periculosidade + NULA ou escassa capacidade de adaptação social*: provavelmente continuarão a delinquir, mas em geral delitos de pouca gravidade;

d) – *NULA ou escassa periculosidade + GRANDE capacidade de adaptação social*: não deveriam ir para a prisão, pois pelo fenômeno da prisionização acima citado, pode adquirir uma cultura de crimes desnecessariamente. Esse é o delinqüente ocasional, para esses indivíduos caberiam as penas alternativas (ex.: serviços comunitários, reparação do dano, prisão de fim-de-semana, etc.).

O art. 5º da LEP preconiza que os condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da execução penal, o art. 6º diz que essa classificação será feita pela Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, *devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões*.

O art. 7º da mesma lei indica que deve existir uma Comissão Técnica de Classificação em cada estabelecimento e será presidida pelo Diretor e composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade, sendo que nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do Serviço Social.

O art. 8º estabelece que o condenado à pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução, sendo que para o condenado ao regime semi-aberto é facultativa a realização de tal exame (parágrafo único).

O art. 9º diz ainda que a Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá entrevistar pessoas; requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado; realizar diligências e exames necessários.

### **9.1 Diferença entre Exame de Classificação e Exame Criminológico**

Teoricamente o exame de classificação é mais amplo e genérico, envolvendo aspectos relacionados à personalidade do condenado, seus antecedentes, sua vida familiar e social, sua capacidade laborativa, entre outros fatores, aptos a demonstrar em qual regime deve se dar o cumprimento da pena (regime fechado ou semi-aberto), o exame criminológico é mais específico, abrangendo a parte psicológica e psiquiátrica do exame de classificação, pois se preocupa mais com a maturidade do condenado, sua disciplina, capacidade de suportar frustrações e estabelecer laços afetivos com a família ou terceiros, grau de agressividade, visando à composição de um conjunto de fatores destinados à construir um prognóstico de periculosidade, isto é, sua tendência a voltar à vida criminosa.

Na verdade, o exame de classificação, o exame criminológico e o parecer da Comissão Técnica de Classificação não diferem na prática, pois geralmente são feitos pelos mesmos profissionais em exercício no estabelecimento prisional. Cabe ao juiz extrair os aspectos importantes, relativos à tendência do sentenciado à delinqüência e avaliar o merecimento do condenado para efeito de progressão de regime e recebimento de outros benefícios.



## 9.2 Quesitos para o Exame Criminológico

Segundo Marcão no seu livro “Lei de Execução Penal Anotada” (2001, p. 39), os quesitos para o exame criminológico são:

- 1) O (A) condenado(a) apresenta, ainda, estereótipos comportamentais de que voltará a delinqüir?
- 2) Apresenta ele(a) características de periculosidade latente com manifestações atuais?
- 3) Está o(a) condenado(a) apto(a) a ser transferido(a) para regime prisional mais brando ou apresenta sinais de que voltará a delinqüir?
- 4) Tem o(a) condenado(a) consciência de que infringiu norma de conduta?
- 5) Tem ele(a) consciência da moral social?
- 6) Demonstra estar em condições de aceitar o convívio social e/ ou ambiente de trabalho, ou apresenta ainda sinais que demonstram não ser conveniente a sua adaptação ao meio social?
- 7) Demonstra-se psicologicamente capacitado(a) para o trabalho?
- 8) Estamos diante de uma personalidade perigosa ou agressiva para o convívio social?
- 9) Pelo exame feito e pelos critérios utilizados, pode-se informar que o(a) condenado(a) está em condições de merecer concessão de progressão de regime prisional?
- 10) É de ser guardada alguma cautela com relação ao (à) examinado(a)? Qual? Por quê?
- 11) Outras observações que se entender necessárias.

## 10 EXEMPLOS DE CRIMINOSOS PSICOPATAS FAMOSOS DO BRASIL

Jerônimo Neto, na sua matéria “Crueldade nas veias”, publicada na Revista Veja (edição 1990, de 10 de janeiro de 2007, p. 82- 85), escreve:

Francisco de Assis Pereira – Conhecido como “Maníaco do Parque”, foi condenado em 2002 a 274 anos de prisão por ter estuprado e assassinado onze mulheres no Parque do Estado, em São Paulo.

Eugênio Chipkevitch – Pediatra, abusava sexualmente de seus paciente e gravava as cenas em vídeo. Cumpre penas de 124 anos por atentado ao pudor e corrupção de menores.

Francisco Costa Rocha – Conhecido como “Chico Picadinho” matou e retalhou uma bailarina na década de 60. Condenado a vinte anos de prisão, cumpriu metade da pena. Solto por bom comportamento, esquartejou uma prostituta. (grifo nosso)

Pedro Rodrigues Filho – Oficialmente, “Pedrinho Matador” e responsável por 71 assassinatos, mas ele afirma que já matou mais de 100 pessoas, incluindo o próprio pai. Cumpre penas que totalizam 400 anos.

Roberto Peukert Valente – Em 1985, aos 18 anos, matou a tiros e facadas os próprios pais e três irmãos no sobrado onde viviam, em São Paulo, e abandonou os corpos em uma rua.

Fortunato Botton Neto – Garoto de programa, o “Maníaco do Trianon” confessou ter assassinado pelo menos dez homossexuais que o abordaram em um parque de São Paulo.

Adilson Espírito Santo – Matou quatro meninos de 10 anos, estrangulando-os e perfurando sua região pubiana. Os crimes aconteceram em 1984, na Bahia.

Champinha – Em 2003, aos 16 anos, assassinou a tiros e facadas o casal Liana Friedenbach e Felipe Caffé, no interior de São Paulo. Levado para a Febem, está hoje em uma clínica psiquiátrica.

Segundo Farias e Marra, na matéria da Folha On-line (in: <<http://www.folha.uol.com.br>>), do dia 03 de maio de 2007, intitulada “Juiz nega transferência e mantém na Fundação Casa assassino de Liana”, comentando sobre a periculosidade do “Champinha” e a sua situação jurídico-penal:

O juiz Trazíbulo José Ferreira da Silva, da Vara de Infância e Juventude, determinou, ainda, que o rapaz – atualmente com 20 anos – seja acompanhado por profissionais do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Psiquiatria Forense da USP (Universidade de São Paulo). Os especialistas terão de fornecer um relatório sobre a saúde mental do jovem a cada 20 dias [...].

[...] Em novembro do ano passado, a juíza Alena Cotrim Bizarro, da Vara de Embu-Guaçu (Grande São Paulo), determinou que o jovem fosse interditado. Com a sentença, ele fica considerado incapaz de cuidar de si mesmo depois de atingir a maioridade civil.

[...] Em seu despacho, a magistrada argumentou que "os laudos demonstram que não há condições de garantir a adaptação do rapaz à sociedade, medida que se mostra inviável". Com isso, mesmo que permaneça em tratamento em unidade destinada a infratores, o jovem não deverá ser libertado mesmo ao completar 21 anos – idade limite para permanecer na Fundação Casa.

Ainda, segundo Teixeira, na matéria “Ele matava, abusava e mutilava”, na mesma Revista Veja (edição 1990, de 10 de janeiro de 2007, p. 86), o maranhense Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, está entre os psicopatas mais temíveis já surgidos na história criminal brasileira. Deverá responder perante a Justiça por 42 mortes. Ele abusava de suas vítimas (meninos) e as mutilava: cortava dedos e orelhas e quase sempre retalhava o sexo dos meninos assassinados. Apesar de todas as evidências e confissões já feitas, Francisco volta e meia nega seus crimes. Sua negação revela muito da personalidade psicopata. “Como qualquer criminoso o psicopata faz de tudo para atenuar sua pena. Mente sem nenhum problema. Mas ele não consegue se manter consistente na mentira, e cai em contradições”, diz a psiquiatra forense Hilda Morana, citada na matéria. (grifo nosso)

Na mesma matéria de Jerônimo Neto:

O psicopata não é um deficiente mental e tampouco sofre de alucinações ou problemas de identidade, como pode ocorrer com as vítimas de esquizofrenia. É um sujeito, muitas vezes, com inteligência acima da média. Pode ainda ser simpático e sedutor – e usar essas qualidades para mentir e enganar os outros. Embora no plano intelectual entenda perfeitamente a diferença entre o certo e o errado, o psicopata não é dotado de emoções morais: não tem arrependimento, culpa, piedade, nem vergonha. É incapaz de nutrir qualquer empatia pelo próximo.

[...]

Nem todos os psicopatas derivam para o crime. Mas a ausência de qualquer escrúpulo e a habilidade para manipular e enganar suas vítimas transformam os portadores do distúrbio em criminosos especialmente perigosos. Assassinos seriais constituem a variedade mais chocante da psicopatia, mas não a mais comum. O distúrbio, tem uma incidência considerável também entre os crimes menos espetaculares. Ele afeta de 20% a 30% das populações carcerárias. Para a psiquiatra forense Hilda Morana, seria importante separar os portadores do distúrbio dos demais presos. Primeiro porque não existe cura para a psicopatia, o que torna irrecuperáveis – e, conseqüentemente, mais perigosos – os criminosos do gênero. Depois, porque psicopatas são manipuladores inatos. “O risco de eles usarem os outros presos em seu benefício ou passarem a comandá-los é grande” afirma a psiquiatra.

[...] (Revista Veja, edição 1990, de 10 de janeiro de 2007, p. 82- 85).

## 11 CONSEQÜÊNCIAS DA LEI N.º 10.792, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2003

Com a supressão do parágrafo único do art. 112 da LEP através do art. 1º da Lei 10.792/2003, muitos operadores do direito entenderam que estava imediatamente extinto o exame criminológico para a progressão do regime prisional, ou seja, a progressão do regime passou a ser automática se cumprido o lapso temporal de um sexto e o condenado conseguir atestado de bom comportamento carcerário, ficando o juiz de direito limitado a verificar a presença desses dois requisitos e daí obrigado a conceder o benefício.

Existe, entretanto, outra corrente que entende que o juiz das execuções continua podendo aferir o mérito do condenado para deferir ou não a progressão e o exame criminológico é um instrumento auxiliar de tal mister.

Defendendo a primeira posição temos os dizeres de Marcão (2007, p. 14):

Indeferir pedido de progressão com base em apontamento do laudo criminológico, se o executado cumpriu um sexto da pena no regime atual e juntou atestado de boa conduta carcerária, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, corresponde a indeferir pedido com base em requisito não exigido. É preciso enxergar a verdadeira intenção do legislador e admitir a mudança. A lei não muda para ficar tudo como estava.

Alguns, ainda, defendem que a extinção do exame criminológico é um avanço, como Pereira (2005, in: <<http://www.conjur.com.br>>) dizendo que este é “um grande passo rumo à implementação de um processo de execução penal efetivamente garantista, em consonância com as opções do constituinte de 1988”.

Para este autor, se o princípio da individualização da pena autorizasse tratamento diferenciado na execução da pena segundo a personalidade do condenado ele estaria entrando em confronto com o princípio da igualdade, da legalidade e da certeza da pena e que os princípios devem ser interpretados conjuntamente como parte de um sistema integrado.

Outro ponto explorado pelo autor é que a realização desses exames viola o princípio da liberdade de autodeterminação e a dignidade da pessoa humana, pois invadem a intimidade do condenado, não alienada pela sentença condenatória e que esse é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, direito este consagrado pela Convenção Americana de Direitos Humanos e incorporado ao sistema brasileiro, com status de norma constitucional, por força do disposto no artigo 5º, § 3º, da Constituição federal, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

E finalmente, para o mesmo autor:

A ressocialização do condenado não mais pode ser colocada como um fim a ser alcançado a qualquer preço. Deve ser entendida, tão somente, como o meio, colocado à disposição do condenado para respeitada a sua intimidade e vontade, desenvolver suas aptidões e personalidade e, assim, alcançar-se o fim maior, qual seja, o respeito a sua dignidade durante o processo de execução penal (PEREIRA, 2005, in: <<http://www.conjur.com.br>>).

Para os defensores da segunda corrente, como Maluly (in: <<http://www.google.com/search?q=cache:I52GNxVzbHoJ:www5.mp.sp.gov.br:8080>>), a primeira posição não pode ser acolhida por defender uma interpretação literal e limitada do art. 112 da LEP, sem considerar que o art. 2º da mesma lei diz que o processo de execução será exercido em conformidade com a LEP e com o Código de Processo Penal e que o artigo 66, inciso III, alínea “b”, da já citada lei estabelece que “compete ao juiz da execução decidir sobre progressão ou regressão nos regimes”. Sendo que as penas privativas de liberdade são executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado (art. 33, § 2º do CP). Por isso, “incumbido de decidir sobre a progressão de regimes, o juiz de direito é livre para formar o seu convencimento e, para tanto, deve se utilizar dos seus poderes instrutórios”. (grifo nosso)

Alinhado nessa segunda corrente está também Nucci (2005, p. 918-922), que salienta que se a progressão do regime prisional for baseada apenas no frágil atestado de conduta carcerária, estará havendo uma submissão do Poder Judiciário aos órgãos administrativos do Executivo, pois se um diretor de presídio tiver força suficiente para determinar os rumos da execução penal, a execução da pena perderia o seu aspecto jurisdicional, passando a ser uma execução

administrativa da pena. Segundo ele, “qualquer tentativa de engessar a atividade jurisdicional deve ser coibida”.

Como ele ensina em seu livro “Manual de Processo e Execução Penal”, as justificativas para a mudança partiram de vários setores, entre os quais o Poder Executivo, que arca com os custos das Comissões Técnicas de Classificação e dos presídios em geral, sob o argumento de que os laudos eram “padronizados” e que portanto, não ajudavam na individualização executória e que o excesso de subjetivismo nesses pareceres, acabavam por convencer o juiz a segurar o preso no regime mais severo (fechado ou semi-aberto) o que contribuía para a superlotação das cadeias e estabelecimentos penitenciários.

Para Nucci se os exames e os pareceres eram padronizados, não significa que eles não possam ser melhorados, ao contrário, com a sua extinção, aí é que o processo da individualização da pena ao longo da execução ficará prejudicado.

## **12 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS OPINIÕES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS À MANUTENÇÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO**

Nitidamente o objetivo do legislador pátrio ao alterar o art. 112 da LEP através da Lei n.º 10.792/2003 foi acelerar os procedimentos para concessão de progressão de regime prisional e com isso criar novas vagas nas prisões brasileiras que sempre estão super-lotadas. Infelizmente, mais uma vez, o bem-estar da sociedade não foi levado em consideração.

Sabemos que, na prática, no Brasil, tudo que não é obrigatório, acaba não sendo realizado. Sendo obrigatórias, estando previstas em lei, muitas coisas não são nunca colocadas em prática, são as conhecidas “letras mortas”, não estando expressamente previstas como obrigatórias, quando deixadas na condição de mera faculdade, dificilmente elas serão realizadas.

Gostaríamos de comentar as duas correntes.

Primeiramente, concordamos com Marcão quando diz que a lei não muda para ficar tudo como estava, entretanto, quando a lei muda uma situação para pior ela deve ser obrigatoriamente revista e deve ser editada nova lei, revogando a lei deletéria, sendo que o Jornal do Senado, em edição de 08 de maio de 2007, notícia que tramita na Comissão de Justiça, projeto de lei que reinstalou o exame criminológico como um dos critérios a serem utilizados pela Justiça nas decisões sobre progressão de pena (do regime fechado ao semi-aberto, e deste ao aberto), livramento condicional, indulto e comutação de pena. Tal projeto é o PLS 190/07 de autoria de Maria do Carmo Alves (DEM-SE), que entre outras justificativas ressalta o fato de que a extinção do exame criminológico “estimula a corrupção, com a ‘venda’ de atestados de bom comportamento carcerário”. Além da proposta apresentada por Maria do Carmo, há outra (PLS 75/07), de autoria de Gerson Camata (PMDB-ES), que determina o restabelecimento do exame criminológico quando se tratar de preso condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Aprovada em março pela CCJ, essa proposição deverá ser encaminhada ao exame da Câmara dos Deputados.



Mesmo assim, concordamos com a segunda corrente, ao entender que a primeira corrente faz uma interpretação “simplista” da mudança e que na verdade o exame deixou apenas de ser obrigatório, passando a ser facultativo, mas reforçando o que já dissemos acima, no Brasil, tudo o que não é obrigatório, acaba não sendo realizado. Para comprovar o entendimento da faculdade da realização do exame criminológico, trazemos o julgamento do HC n.º 86631, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 5.9.2006 (in: INFO 439 Progressão de Regime e Exame Criminológico, 1º de setembro de 2006):

A Turma, por maioria, indeferiu habeas corpus em que condenado a cumprimento de pena em regime fechado pleiteava a progressão de regime, sob a alegação de que, com a nova redação dada pela Lei 10.792/2003 ao art. 112 da Lei de Execução Penal, seria desnecessária a realização de exame criminológico (LEP, 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.”). Sustentava-se, na espécie, o preenchimento dos requisitos objetivos, quais sejam, cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena e a existência de bom comportamento carcerário, comprovado por declaração prestada pelo diretor do estabelecimento prisional.

Então, ficou claro, neste caso, que o entendimento que deve ser dado é que o art. 112 da LEP, em sua nova redação, admite a realização facultativa do exame criminológico, desde que esta seja fundamentada e necessária à avaliação do condenado e de seu mérito para a promoção a um regime mais brando. Foi ressaltado, ainda, que esse exame pode ser contestado, nos termos do § 1º do próprio art. 112, o qual prevê a instauração de contraditório sumário. A partir de interpretação sistemática do ordenamento (CP, art. 33, § 2º e LEP, art. 8º), concluiu-se, que a citada alteração não objetivou a supressão do exame criminológico para fins de progressão do regime, mas, ao contrário, introduziu critérios norteadores à decisão do juiz para dar concreção ao princípio da individualização da pena, de acordo com o INFO 439 Progressão de Regime e Exame Criminológico, de 2 de setembro de 2006.

Quanto à posição do autor Pereira, está correto quando diz que a Constituição é um sistema integrado, mas se equivoca ao dizer que o princípio da individualização da pena entra em confronto com o princípio da igualdade, já que as pessoas não são todas iguais e a interpretação correta de tal princípio é: tratar os

iguais de maneira igual e tratar os desiguais desigualmente, justamente para minimizar a diferença entre eles e garantir um tratamento mais justo e igualitário. Quanto à legalidade esta também não está sendo afrontada já que o princípio da individualização da pena está legalmente previsto na nossa Constituição (art. 5º, XLVI, da CF) e a execução da pena se faz sob a tutela de um juiz, sob o princípio da legalidade: “nulla pena sine lege” (art. 5º, inciso XXXIX, da CF). Quanto à certeza da pena, o condenado sabe qual é a pena total a qual foi condenado e a progressão do regime é um benefício ao condenado que tenha mérito para que ele seja ressocializado, pelo menos, historicamente foi assim que o sistema foi concebido, mas ironicamente, através dos tempos, a origem histórica foi esquecida e a progressão do regime passou a ser considerado como direito inalienável do condenado.

Evidentemente este autor se equivoca ao dizer que a realização dos exames viola o princípio da liberdade de autodeterminação, pois os exames não obrigam o condenado a se comportar de determinada maneira, apenas avaliam o comportamento passado e fazem uma projeção do nível de periculosidade e possível possibilidade de prejuízo à sociedade se estes condenados forem postos em liberdade.

Quanto ao fato de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, é de se supor que conscientemente ninguém o faça e justamente aí está a importância dos condenados serem avaliados por profissionais capacitados e não por leigos, desconhecedores de quanto a mente humana pode ser astuta, quando lhe é favorável a simulação de determinadas situações.

Parece, essencialmente, que tais autores desconhecem o fato que em sede de execução penal, vige, ou pelo menos deveria vigorar o princípio do “in dubio pro societate”, pois afinal, até que o indivíduo seja definitivamente condenado por sentença condenatória transitada em julgado, vige o princípio do “in dubio pro réu”. E que a pretensão executória do Estado só se inicia após esgotado o duplo grau de jurisdição, o que significa o uso do Princípio Constitucional da Inocência até o seu limite máximo, ou seja, o Estado só tem o direito de punir depois do condenado ter sido submetido ao devido processo legal com ampla defesa.

Finalmente, concordamos com este autor quando ele fala que não se pode tentar conseguir a ressocialização do preso a qualquer preço, só que damos

outro entendimento a suas palavras: temos que entender que existem condenados que não têm condições de ser ressocializados, estes não deveriam nunca ser devolvidos ao convívio social, mas como existe uma vedação constitucional à prisão perpétua, no mínimo, estes deveriam cumprir integralmente as suas penas.

Outro aspecto que os autores favoráveis à extinção do exame criminológico não consideram é justamente o fato de que o exame favoreceria àqueles condenados que não têm perfil de criminosos perigosos, já que o processo de individualização da pena se desenvolve em três fases:

a) *a legislativa*, que trata da previsão legal da pena para cada tipo penal, de forma proporcional ao bem juridicamente tutelado;

b) *a individualização judiciária*, que importa a cominação da pena ao caso concreto, assim como o seu modo de execução;

c) *e a executória*, quando se concretiza coação imposta na condenação, como ensina Maluly (in: <<http://www.google.com/search?q=cache:l52GNxVzbHoJ:www5.mp.sp.gov.br:8080>> ). Levando estes aspectos em consideração, além de ser considerado, para a progressão do regime o exame criminológico já deveria ser realizado antes mesmo da cominação da pena no caso concreto, assim aqueles criminosos ocasionais, não-perigosos, que muitas vezes são os criminosos mesológicos puros ou mesológicos preponderantes não deveriam ser condenados a penas privativas de liberdade e sim a penas restritivas de direitos.

A extinção do exame criminológico comentada pelo juiz-auxiliar da vara de execuções Sorci apud Diniz e Mendes, num artigo sobre mudanças na Lei de Crimes Hediondos, publicado no Jornal “O Estado de São Paulo”, em 13 de agosto de 2004, e reproduzido pelo Ministério Público do Estado do Paraná, é bastante ilustrativa: “Antes, o juiz contava com um laudo feito por um psicólogo, um psiquiatra e integrantes da direção do presídio. Não era perfeito, mas já era um norte”. Ora, se já é difícil para profissionais especializados, principalmente, em face dos criminosos psicopatas que são geralmente pessoas com inteligência acima da média, simpáticas, sedutoras, manipuladoras inatas, como se espera que leigos possam fazer uma avaliação melhor que profissionais, isso contraria qualquer lógica.

“O restabelecimento da obrigação do exame criminológico para a obtenção de benefícios por parte dos condenados reclusos, ao menos para aqueles condenados por prática de crimes hediondos” é uma das conclusões do Grupo de Estudos “Oscar Xavier de Freitas”, de Piracicaba, integrante da Associação Paulista do Ministério Público, em 28 de abril de 2007.

Importante ressaltar que exames de mérito permeiam a nossa vida social em vários níveis: o exame vestibular para ingresso em cursos de ensino superior, o exame da Ordem dos Advogados do Brasil para os bacharéis em Direito, exames para cursos de residência médica e outros mais. Se o cidadão comum, quando deseja determinado tipo de “progressão” na sua vida pessoal, precisa se submeter a determinados exames e isso não é considerado anormal, inconstitucional ou discriminatório, porque o exame criminológico o seria?

Concordamos também com Nucci (2005, p. 918-922), quando ele diz que se o exame criminológico é padronizado, ele deve ser melhorado e não extinto, pois deixar a critério do diretor do estabelecimento prisional é suprimir o caráter jurisdicional da execução da pena.

Considerar apenas o caráter temporal do cumprimento de pena é violar o princípio constitucional da individualização da pena e deturpar por completo a filosofia do sistema progressivo de cumprimento de pena, que é baseado no merecimento.

Interessante, entretanto, é trazer à baila, o tema da superlotação nas cadeias. Segundo reportagem de Aith, na Revista Veja (edição 1990, de 10 de janeiro de 2007, p. 46-47), intitulada “O Brasil que não pune... – ao contrário do que muitos pensam, existem mais criminosos que nunca foram presos do que presos que poderiam ser soltos”, é mito dizer que o país prende demais, na verdade existem prisões de menos e a solução é construir mais presídios.

Para exemplificar, a revista cita dados de um estudo feito em Minas Gerais pelo consultor Vicente Falconi, diretor do Instituto de Desenvolvimento Gerencial e conselheiro de companhias como AmBev e a Sadia, que analisou a população do estado: 19 milhões e com uma taxa de encarceramento de apenas 156 presos por 100.000 habitantes enquanto que no Chile, país com 16 milhões de habitantes e um histórico menor de criminalidade e problemas sociais, esse índice é

de 238. Em termos de Brasil, o índice é 191, atrás de México, Rússia e Estados Unidos.

Outros dados reforçam essa conclusão: uma pesquisa do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública da Universidade Federal de Minas Gerais, mostra que 73% das vítimas de roubo e 70,8% das vítimas de furto no estado não acionam a polícia. Em São Paulo, essas taxas são de 55% e 72% respectivamente. Ou seja, a maioria dos criminosos nem é investigada e mesmo assim as prisões estão lotadas.

Existem, também, segundo a reportagem, 570.000 mandados de prisão, expedidos, em todo o país, e ainda não cumpridos, número que supera em 100 vezes o de presos com direito a cumprir penas em regime semi-aberto e que só não o fazem por falta de vagas em estabelecimentos judiciais destinados a esse fim.

Também conforme a reportagem, a maioria dos presidiários brasileiros cometeu crimes graves e é pequena a parcela de pessoas encarceradas por crimes brandos. O que é fácil deduzir, já que existem leis especiais para crimes de menor potencial ofensivo cujas penas são iguais ou inferiores a dois anos, que tratam da transação penal e outros benefícios, ou seja, se analisarmos o Código Penal, verificamos que as condutas apenadas com penas mais graves são as mais deletérias à sociedade, e com a quantidade de recursos processuais à disposição do delinqüente, que possibilitam prolongar bastante o trâmite do processo penal e muitas vezes, quando ele chega ao seu final já foi atingido por qualquer um dos inúmeros tipos de prescrição previstas na nossa legislação penal, é de se concluir que só estão presos, salvo algum erro judicial, pessoas que cometeram crimes graves.

Paradoxalmente, a imprensa brasileira noticia sempre, que existe superlotação em presídios. Para exemplificar, citamos a reportagem publicada no jornal "O Imparcial", publicada no dia 24 de janeiro de 2007, cuja manchete em letras grandes trazia o seguinte título: "Superlotação em penitenciárias da região é de 24,68%" e com subtítulo "Das 19 unidades prisionais do oeste, 14 estão superlotadas; Osvaldo Cruz tem lotação 64% acima da capacidade".

Os dados trazidos pelas duas publicações parecem contraditórios, entretanto numa leitura mais acurada da mesma reportagem, verificamos que

segundo informações fornecidas pela Secretaria da Administração Penitenciária (SAP) “a superlotação da maioria dos presídios diz respeito à transferência de presos ocasionada por reformas efetuadas em 20 unidades destruídas em rebeliões simultâneas no ano passado”. Ou seja, confirma o que foi dito acima, que demonstra a periculosidade dos presos brasileiros que foram capazes de se articular, deflagrar rebeliões simultâneas e destruir vinte presídios. Entretanto, a mesma fonte destaca que o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, unidade de segurança máxima, tem capacidade para abrigar 160 detentos e na época da reportagem atendia somente 53 presos.

Isso demonstra a necessidade de se reorganizar a distribuição da população carcerária, claro, sem esquecer o fato que a Penitenciária de Presidente Bernardes é um tipo de presídio especial, que não é qualquer tipo de preso que pode ser para lá deslocado, face à especificidade do regime a que o preso é submetido, mas mostra que sobram lugares em alguns presídios, enquanto faltam em outros e que o Estado precisa construir mais presídios e de melhor qualidade, para não serem destruídos facilmente em rebeliões, no entanto, a contrário senso, no Brasil, sempre se opta pela solução mais simples: liberar os presos no tempo mais breve possível, sem avaliar a situação individual de periculosidade de cada um, com a finalidade de aumentar o número de vagas no sistema prisional, ao invés de investir na construção de mais presídios.

É claro que existem outras prioridades, que construir escolas em vez de presídios seria o ideal, mas essa é uma política que deveria sim, ser urgentemente implementada, mas para que os resultados sejam colhidos a longo prazo. Como, infelizmente, há anos não se adota essa política, hoje em dia a construção de novos presídios é imperativo, mas preferiu-se abrir uma brecha na legislação, estabelecendo que o exame criminológico pode ser facultativo, o que alguns autores já fizeram uma interpretação mais extensiva achando inclusive que ele foi abolido pela lei.

Duailibi, também na Revista Veja (edição 1990, de 10 de janeiro de 2007, p. 48-49), na matéria nominada “...e o Brasil que pune mal – a pretexto de ‘ressocializar’ os presos, benefícios da lei penal alimentam a criminalidade”:

Em março de 1993, Joabe Severino Ribeiro foi preso em flagrante em Guaianases, periferia de São Paulo, por roubo e tentativa de assassinato. Foi condenado a oito anos e dez meses de reclusão, mas não ficou tanto tempo preso. Um ano e meio depois, tendo cumprido apenas um sexto da pena, pulou para o regime semi-aberto. Em 1997, já estava totalmente livre. Ele foi premiado por um cardápio de benefícios destinado à ressocialização de presos, elaborado em 1984 como forma de "modernizar" e "humanizar" leis criminais. Em dezembro do ano passado, Joabe voltou ao crime. Foi autor de um dos atos mais desumanos da história criminal recente. Com um cúmplice, ateou fogo em quatro pessoas vivas, entre as quais uma criança de 5 anos, na cidade de Bragança Paulista, a cerca de 80 quilômetros de São Paulo. Todos morreram. A motivação de Ribeiro: o roubo de pouco mais de 15.000 reais, guardados num cofre de uma loja de roupas onde duas das vítimas trabalhavam.

Não há como saber se Joabe deixaria de praticar o segundo crime se tivesse sido rigorosamente punido pelo primeiro. Mesmo assim, o histórico acima revela o mecanismo pelo qual o sistema criminal brasileiro acaba premiando o criminoso a pretexto de ressocializá-lo. São duas as lógicas conflitantes dentro do sistema em vigor. A primeira lista crimes e penas correlatas. Foi ela que previu que Joabe ficaria preso por oito anos e dez meses. A segunda permite suavizar e encurtar punições. Por meio dela, Ribeiro ficou só três anos preso. Ele constatou, assim, que a pena por roubar e matar não é tão grande quanto o Código Penal determina. Que o sistema, enfim, é frouxo.

Até 2003, os juízes podiam exigir um exame criminológico, realizado por uma junta técnica, para avaliar se o histórico e as condições do preso possibilitavam sua remoção para um regime mais brando depois do cumprimento de um sexto da pena. Essa possibilidade foi retirada da lei porque essas juntas técnicas na prática não existiam – Ribeiro, por exemplo, não passou por nenhum exame rigoroso para ser solto. O resultado disso é que a progressão de pena é concedida automaticamente, às cegas. Outros benefícios também estão fora de controle. A lei prevê uma série de indultos: Páscoa, Dia das Mães, Dia dos Pais, Finados e Natal. Para cada um deles os presos ficam em liberdade por até sete dias. Somente em São Paulo costumam ser soltos até 13.000 presos de uma só vez. Muitos aproveitam a ocasião para praticar crimes. Outros, para fugir. "O fato é que a saída temporária não ressocializa, é apenas outra oportunidade para o crime. O Estado não tem nenhuma condição de fiscalizá-la", diz Fabíola Sucasas, a promotora de Bragança Paulista que denunciou Ribeiro. A lei brasileira também confere aos presos o direito a receber várias visitas íntimas – de suas mulheres ou prostitutas, como desejarem, e na frequência determinada pelo diretor de cada estabelecimento. Sem contar a possibilidade de terem sua pena reduzida por dias trabalhados. Para cada três dias em que limpam a própria unidade ou prestam serviços a empresas instaladas na prisão, eles têm um dia de redução da pena. Estimulá-los a trabalhar (e pagar a eles por isso) é uma medida correta. Mas não faz sentido anular parte da própria punição só por essa razão. Afinal de contas, a maioria das vítimas também trabalha fora da cadeia – e não ganha nada além de seus salários.

Os presos brasileiros conhecem a fundo o léxico das regras acima. Assim como funcionários públicos, dominam leis e manuais que os protegem. Servidores têm quinquênios, decênios e várias modalidades de aposentadoria. Condenados têm indultos, progressão de pena e visitas íntimas. Ribeiro conhece cada um desses benefícios. É um servidor do crime.

Como resolver o problema:

- Criar juntas técnicas e restabelecer a obrigatoriedade de um exame criminológico para avaliar se um preso tem direito a progressão de pena. (grifo nosso)
- Aprovar o projeto de lei que amplia o tempo mínimo de cumprimento de pena para a progressividade de pena.
- Extinguir a progressão de pena para assassinos cruéis.
- Reduzir drasticamente o número de indultos.
- Limitar ao máximo as visitas íntimas.

O que nos espanta quando se fala em sistema garantista da Constituição, é que grande parte dos autores não se deu conta que o tempo passou desde 1988, que as condições históricas presentes naquele momento não são mais as mesmas, que não vige mais no Brasil o regime de exceção, que não estamos mais falando de criminosos políticos, que estavam lutando pela redemocratização do país e sim que estamos lidando com criminosos comuns, cada vez mais violentos, cada vez mais ousados, estimulados pelo sentimento de impunidade que é divulgado pelo fato do sistema ser frouxo.

A história descrita acima ilustra perfeitamente o que acontece: quando o criminoso percebe que as penas não são aquelas previstas no Código Penal, que elas na verdade são muito mais brandas, eles verificam que não se tem muito a perder. Claro que este não é o raciocínio do cidadão comum, mas para aquelas pessoas que não têm valores morais e éticos bastante estabelecidos, a nossa legislação é um incentivo à prática de crimes.

É incrível, como certos defensores de mudanças tais como esta da extinção do exame criminológico, não se atentam para os aspectos científicos, históricos, lógicos e práticos do fato. Os jornais e revistas brasileiros trazem todos os dias histórias de criminosos reincidentes, relatos horripilantes, como o descrito acima, em que quatro pessoas foram queimadas vivas e nem isso é suficiente para sensibilizar essas pessoas. Parece que eles não conseguem se imaginar no lugar das vítimas e sim no lugar dos algozes e por isso estão sempre defendendo penas mais e mais brandas.



## 13 CONCLUSÃO

No Brasil, cada vez mais vale a frase que diz: “Nada é tão ruim que não dá para ser piorado” (autoria desconhecida). Achamos que a frase se encaixa perfeitamente no tratamento que foi dado ao exame criminológico para a progressão do regime prisional decorrente da Lei 10.792/2003.

Estamos vivendo uma época em que os crimes são cada vez mais bárbaros, a população está cada vez mais acuada e se auto encarcerando dentro de suas casas, com muros altos, cercas elétricas, condomínios fechados, circuitos internos de televisão, câmeras, carros blindados e toda uma parafernália de equipamentos, na tentativa vã de se proteger dos bandidos. Isto, claro, para as classes média-alta e alta. Para os menos afortunados: classe média e pobres, só podem contar mesmo com a sorte, de conseguirem voltar vivos para casa, principalmente nas grandes e médias cidades.

Existe no país, uma ideologia surgida aparentemente após o processo de redemocratização do país, de que são as distorções sociais que criam a criminalidade, e que enquanto não se mudar a realidade sócio-econômica e se diminuir as desigualdades sociais, nada se pode fazer e que a violência é um preço obrigatório a ser pago.

Claro que esse é um dos fatores do aumento da violência, mas não é o único, e pobreza não é sinônimo de criminalidade, pois a grande maioria dos pobres é honesta e mais sujeita à violência, são os que menos conseguem se defender.

Como temos que esperar as mudanças sociais (e todas elas levam um prazo longo para surtir qualquer efeito), não se faz nada.

Criou-se também em grande parte da mídia e entre grande a maioria dos doutrinadores de Direito, traumatizados com o governo militar, o mito que o Estado é o “vilão”, perseguidor implacável dos direitos humanos e que os réus, quaisquer que tenham sido os crimes, têm todos os direitos para se defender, inclusive mentir, e fazer tudo que estiver ao seu alcance para se safar. Com o passar do tempo, devido à indulgência com que a mídia trata os bandidos, parece

que a sociedade perdeu a capacidade de sentir a dor do seu semelhante e a culpa passou a ser da vítima. Incrível, como quando acontece uma história de violência, tenta-se culpar a vítima, achar alguma coisa no seu comportamento que explique porque ela foi a vítima: “O que ela estava fazendo lá aquela hora”, “Por que estava sozinha”, etc.

Com este discurso de desigualdade social e do “Estado-vilão”, grande parte da mídia tenta passar a idéia de que todos nós somos culpados pela violência urbana, o que não é absolutamente verdade. Somos na grande maioria contribuintes corretos dos nossos impostos, portanto nós somos “O Estado” e não somos vilões, somos vítimas, simples vítimas e não “vítimas culpadas”.

Como os crimes estão cada vez mais violentos, os “demagogos de plantão” logo se põem a falar em pena de morte e redução da maioria penal, cientes de que no caso da pena de morte, sua vedação é cláusula pétrea na Constituição e que a redução da maioria penal é também um assunto polêmico e que justamente por isso, não se chega a um consenso e fica aquelas discussões inócuas, por algum tempo na mídia, até que o tempo passe e tal idéia caia no vazio, até que novo crime bárbaro aconteça e recomece tudo novamente.

Pois bem, a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) anterior à Constituição de 1988, mas que foi por esta recepcionada, previa no seu art. 112 a existência do *exame criminológico*, através do qual, profissionais capacitados deveriam verificar o mérito dos condenados para a progressão do regime prisional, de acordo com o sistema progressivo penal adotado pelo Brasil.

Era um sistema não totalmente eficiente, afinal, o ser humano não é perfeito, mas era uma boa tentativa de separar e classificar aqueles condenados que cometeram algum crime, mas que por suas características pessoais inatas ou adquiridas poderiam voltar ao convívio social, contemplando assim o princípio constitucional da individualização da pena, o princípio constitucional da humanização da pena e que estavam amparados no princípio constitucional da legalidade e considerando implicitamente todos os outros princípios constitucionais penais, pois até o preso ser condenado e iniciar o cumprimento da pena ele teve direito ao devido processo legal e à ampla defesa, amparados no princípio constitucional da inocência. Além disso, em tese, era um sistema baseado em

regras científicas, já que a avaliação deveria ser feita por uma comissão multidisciplinar, com profissionais das áreas de interesse da matéria em questão.

Por vários motivos, dentre eles alegações de que o sistema não funcionava bem, e claro que também por motivos econômicos (não querer pagar os profissionais), achou-se por bem tornar o *exame criminológico* facultativo, através da Lei n.º 10.792/3003, o que no Brasil, na prática significou a sua extinção. Ao invés, de se tentar aprimorar o que não funciona muito bem, mas é importante, aqui adotou-se quase sempre a solução simplista de abolir o sistema.

Não se levou em consideração que devolver a sociedade criminosos que têm personalidade e periculosidade incompatíveis com a vida social, coloca a sociedade pagadora de impostos e portanto financiadora do Estado, em risco.

Em tempo, reiterando o que já dissemos antes, o *exame criminológico* serve para “separar o joio do trigo”, para os criminosos leves, ocasionais, não perigosos, para estes sim deve ser feito todo esforço para que eles possam se reabilitar, mas para aqueles que se recusam a se enquadrar na sociedade, que são perigosos, que representam uma permanente ameaça para a sociedade, estes precisam um tratamento mais duro.

Como naquela parábola:

Um homem na beira do mar jogava de volta na água algumas estrelas-do-mar que estavam presas na areia e iriam morrer secas. Aí alguém passou e criticou-o já que eram muitas as estrelas-do-mar e ele era um só e que, claro, ele não iria conseguir salvar todas elas. Ao que ele respondeu, jogando mais uma de volta ao mar: - Ao menos para essa, eu fiz a diferença! (autoria desconhecida)

Assim devemos pensar, *para aquela futura vítima*, se evitarmos libertar, indevidamente, um condenado que tem grande probabilidade de cometer um novo crime, *para ela faremos a diferença*.

## BIBLIOGRAFIA

AITH, Márcio. O Brasil que não pune... – ao contrário do que muitos pensam, existem mais criminosos que nunca foram presos do que presos que poderiam ser soltos. **Veja**, São Paulo, ano 40, n. 1, p. 46-47, jan. 2007.

AMARAL, José Hamilton do. **Anotações de aula de Medicina Legal**. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2005.

BALLONE, Geraldo J. Criminologia. **PsiquWeb, Portal da Psiquiatria** [s.l.]. Disponível em: <<http://www.sites.uol.com.br/gballone/forense/crimologia.html>>. Acesso em: 13 maio 2007.

BARBOSA JÚNIOR, Avelino Alves. **Criminologia**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

BARROS, Antonio Milton de. A reforma da Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execução Penal). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 590, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6322>>. Acesso em: 12 jul. 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. 6. ed. Bauru: Edipro, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Vade Mecum**. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 535-610.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Vade Mecum**. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 625-720.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 7.210, de 11 de junho de 1984. Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1334-1347.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.792/03. Altera a Lei n.º 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília/DF, 1º de dezembro de 2003. **Vade Mecum**. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1614.

BULFINCH, Thomas. **O Livro de Ouro da Mitologia**: história de deuses e heróis. Trad. David Jardim Júnior. 14. ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S/A, 2001.

CAMATA, Gerson; ALVES, Maria do Carmo. Exame Criminológico para progressão de pena. **Jornal do Senado**. Brasília, 08 maio 2007. Disponível em: <<http://www.google.com>>. Acesso em: 13 jul. 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I, 538 p.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do Injusto Penal da Tortura**. São Paulo: RT, 2002.

DINIZ, Laura. Lula sanciona lei que extingue o exame criminológico. **Consultor Jurídico**, São Paulo, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.conjur.uol.com.br/textos/>>. Acesso em: 12 maio 2007.

DINIZ, Laura; MENDES, Vannildo. Chefes do crime podem ser soltos, alerta juiz (CORRELATA: 1/3 tinha direito a pena alternativa em 97). In: **Ministério Público do Estado do Paraná**. Disponível em: <<http://www.google.com>>. Acesso em: 12 maio 2007.

DUAILIBI, Julia. ...e o Brasil que pune mal – a pretexto de ‘ressocializar’ os presos, benefícios da lei penal alimentam a criminalidade. **Veja**, São Paulo, ano 40, n. 1, p. 48-49, jan. 2007.

FARIAS, Carolina; MARRA, Livia. Juiz nega transferência e mantém na Fundação Casa assassino de Liana. **Folha On-line**, São Paulo, maio 2007. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Edson Bini. 3. ed. Bauru: Edipro, 2001.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: parte geral. Coleções Sinopses Jurídicas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. VII, 202 p.

GOULART, Henny. **Penologia I**. São Paulo: Editora Brasileira de Direito Ltda, [entre 1969 e 1978].

GRUPO DE ESTUDOS “OSCAR XAVIER DE FREITAS” – ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Conclusões da Reunião de 28 de abril de 2007** – Piracicaba, SP. Disponível em: <<http://www.google.com>>. Acesso em: 18 jul. 2007.

INFO 439 Progressão de Regime e Exame Criminológico, 1º set. 2006. Disponível em: <<http://www.google.com>>. Acesso em: 13 maio 2007.

INFO 439 Progressão de Regime e Exame Criminológico, 2 set. 2006. Disponível em: <<http://www.google.com>>. Acesso em: 13 maio 2007.

JERÔNIMO NETO. Crueldade nas veias. **Veja**, São Paulo, ano 40, n. 1, p. 82-85, jan. 2007.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. Barueri: Manole Ltda, 2004.

LAURIA, Thiago. É Necessário o Exame Criminológico Para a Concessão de Progressão de Regime e Livramento Condicional? **JurisWay**, [s.l.], [entre 2003 e 2007]. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2007.

MALULY, Jorge Assaf. **O Exame Criminológico e a sua exigência na Lei de Execução Penal**. Disponível em:

<<http://www.google.com/search?q=cache:l52GNxVzbHoJ:www5.mp.sp.gov.br:8080/caexcrim/artigos/anexos/O%2520EXAME%2520CRIMINOL%C3%93GICO.doc+exame+criminol%C3%B3gico&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=5&gl=br>>. Acesso em: 12 maio 2007.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

**O IMPARCIAL**. Superlotação em penitenciárias da região é de 24,68% – Das 19 unidades prisionais do oeste, 14 estão superlotadas; Osvaldo Cruz tem lotação 64% acima da capacidade. Presidente Prudente: Editora Imprensa Ltda., 24 jan. 2007.

PEREIRA, Edson. Progressão de Regime: Extinção de exame criminológico é um avanço. **Consultor Jurídico**, São Paulo, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 13 maio 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral: arts. 1º a 120. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. v. I, 629 p.

SILVA, Marcelo Gomes. Fim do Exame Criminológico? In: **Atuação**, Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, Florianópolis, n. 2, p. 183-189, jan./abr. 2004.

TEIXEIRA, Jerônimo. Ele matava, abusava e mutilava. **Veja**, São Paulo, ano 40, n. 1, p. 86, jan. 2007.

VALOIS, Luís Carlos. Documento. In: **Vara de Execuções Criminais do Amazonas**. Disponível em: <<http://www.internext.com.br/valois/vec>>. Acesso em: 12 jul. 2007.