

A IMPORTÂNCIA DO EXAME CRIMINOLÓGICO EM SEDE DE EXECUÇÃO DA PENA

Mônica Fernanda Ferreira dos SANTOS¹
Marcus Vinicius Feltrim Aquotti²

RESUMO: O presente trabalho abordará uma questão bastante discutida em nossa sociedade com relação à matéria criminal, mais precisamente com relação à execução penal. Na qual por meios de pesquisas em legislações, há de se demonstrar a importância do exame criminológico, bem com desde o início de cumprimento da pena, passando por análise a progressão, relacionando com faltas disciplinares, além da concessão do livramento condicional, indulto e por fim saída temporária buscando discutir a melhor alternativa em razão da segurança jurídica.

Palavras-chave: benefícios prisionais, exame criminológico, necessidade.

1 INTRODUÇÃO

Um das questões bastante discutidas nos dias atuais é qual mecanismo se deve ser aplicado em sede de execução penal. Ou seja, o que fazer para melhorar a segurança jurídica, respeitando se assim princípios que regem a execução da pena. Diante disto se faz necessário analisar a legislação penal, processual, penal, e lei de execução penal.

Sendo certo, que o modo de concessão de benefícios prisionais, vem a ser discutido, podendo servir como parâmetro de prova ou não para motivar as decisões do juiz, através do referido exame realizado denominado criminológico.

No presente trabalho se buscará a conscientização da necessidade do exame criminológico respeitados os limites legais com relação ao sentenciado.

Sendo assim este por sua vez por ser alvo de súmulas, discussões, ou até mesmo extinção ou não frente a sua realização, se faz presente à discussão, no tocante a este com relação ao cumprimento de pena e aos benefícios prisionais

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail monicafernanda@unitoledo.br

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Orientador do trabalho.

2.1 A aplicação do exame ao início da execução da pena

A possibilidade de verificação do exame criminológico no início da execução da pena seria uma forma de analisar, a característica criminosa do preso e acompanhar a sua evolução, ou não, diante do sistema carcerário. Pois assim sendo seria muito mais seguro conceder a progressão, daquele que demonstrou ao longo do processo de acompanhamento, estar apto para o convívio em sociedade.

Assim cabe ressaltar o disposto no Código Penal:

Art.34 O condenado será submetido, no início de cumprimento da pena a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

Portanto, diante do exposto no aludido diploma, não há que se falar em inconstitucionalidade, uma vez que está tipificado como norma, é o que se denota conforme Recurso Especial interposto para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (2007 s/ p.)

Devido ao alto índice de criminalidade e as falhas do sistema carcerário brasileiro, o exame criminológico passa por questões controvertidas onde, muitos estudiosos o abominam; fundamentando que este por sua vez traz transtornos, e até constrangimento ao preso. É o que dispõe Aline Kleer da Silva Martins “apud” Recurso Especial interposto para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (2007 s/ p.).

E, além disso, o sistema brasileiro não teria estrutura para comportar o aludido exame. Aqueles que defendem tal argumento pregam em favor dos sentenciados, para que estes obtenham os benefícios prisionais que por direito lhe são garantidos constitucionalmente.

Devido à demora da apreciação dos pedidos, causaria um caos ao sistema, pois não há prisão para todos. É o problema da superlotação dos presídios. Ocorre despreparo ou falta de aptidão dos profissionais, para que o exame seja realizado.

Mas fazendo uma ponderação de valores a de se verificar qual seria mais apropriado ao caso; bem como analisar se o princípio da dignidade humana do preso, deveria prevalecer com relação a um confronto, entre o princípio do estado

democrático de direito, que nele está embutido o princípio da segurança jurídica de todos os cidadãos. Por óbvio a de se observar a segurança jurídica, neste contexto. E com isso pode ser derrubada à tese daqueles que defendem a extinção, ou não realização do referido exame.

Por meio da ponderação de valores o sentenciado tem seus direitos, contudo a sociedade necessita de proteção; por meio da segurança denominada jurídica extraída do princípio do estado democrático de direito.

Cabe ressaltar o aludido diploma da Lei de Execuções Penais, cujo referido artigo fora revogado, obtendo nova redação com a lei 10.792/03:

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor a autoridade competente as progressões e regressões de regime bem como conversões.

Conforme exposto tal dispositivo foi revogado obtendo nova redação com a lei nº. 10.792/03 onde se verifica controvérsias.

Art. 6º A Classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou ao preso provisório.

Há quem entenda que a lei posterior por dizer menos que deveria, aboliu a atuação da Comissão Técnica de Classificação, no tocante a proposição de progressões e regressões, sendo assim esta só teria caráter superficial de modo que não estaria mais envolvida com relação ao benefício como no diploma anterior. Defendendo a tese de que mais uma vez o exame seria abolido do sistema. Conforme Recurso Especial interposto para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (2007 s/ p.)

Por outro lado, segundo Recurso Especial interposto para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (2007 s/ p.) cabe ressaltar que a norma disse menos do que deveria porque se a intenção concreta do legislador fosse revogar, ou realmente exterminar a exigência do exame ou atribuição anteriormente concedida a Comissão Técnica de Classificação o faria expressamente, revogando os demais dispositivos. Alguns estudiosos acreditam por não estar tipificada a atribuição, como no diploma anterior, deveria então prevalecer à regra de que lei especial prevalece sobre a

geral. E assim não acontece, porque conforme já analisado, o diploma do Código Penal viabiliza pela realização do exame criminológico. Cabendo salientar conforme Recurso Especial interposto para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (2007 s/ p.)

Assim, se a Comissão Técnica de Classificação incumbem elaborar o “programa individualizador da pena privativa de liberdade” como reza o novo diploma legal, é óbice que aquele órgão cabe, necessariamente, fazer o acompanhamento da execução das penas, de que falava o antigo art.6º da Lei nº7. 210/84

Tanto é verdade que está tipificado no artigo 8º da Lei de Execução Penal:

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido ao exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Contudo verifica-se ser possível a realização do exame criminológico no início de cumprimento da pena uma vez que no Art. 6º da Lei de Execução Penal está exposto que a Comissão Técnica de Classificação elaborará o programa individualizador da pena ao preso condenado a pena privativa de liberdade, ou preso provisório. Observe que a lei fala em provisório, ora, o preso provisório ainda não foi julgado com sentença penal condenatória podendo se a este também for considerado, com relação a casos de maior gravidade eventualmente aplicar o necessário exame criminológico. Pois o Juiz ao fundamentar suas decisões terá um relatório da conduta carcerária do indivíduo; obtendo assim a sua motivação em sentença penal condenatória.

Há entendimento divergente, nesse sentido, com o momento da realização do exame criminológico conforme descreve Julio Fabbrini Mirabete (1993 p.61):

Quanto ao momento de realização do exame criminológico, a doutrina cogita de um “exame prévio”, ou seja, antecedente a aplicação da pena ou medida de segurança. Poderia ser ele efetuado diante da afirmação da culpabilidade do acusado, mas antes da condenação ou da aplicação da sanção penal.

Nas palavras do referido autor é possível compreender, que a doutrina prega pela possibilidade de um exame antecipado, com relação aqueles acusados que ainda não foram condenados ou submetidos à sanção penal efetiva.

Contudo conforme já exposto há divergência, segundo o entendimento de Everaldo da Cunha Luna “apud” Julio Fabbrini Mirabete (1993 p.61) o legislador não seguiu o fundamento da doutrina; com isso verificou apenas a sua realização no tocante a presos condenados definitivamente, ante a afetação do princípio da presunção de inocência.

Segundo entendimento de Julio Fabbrini Mirabete (1993 p.61) a legislação agiu corretamente em não determinar o exame no preso que ainda não foi submetido à sentença condenatória; porém agiu erroneamente errou em privar o processo penal, de um exame que pela sua natureza poderia de fato, ajudar numa aplicação mais humanitária da pena com relação às provas periciais produzidas em relação ao preso.

Portanto há divergência, no tocante a sua verificação, aplicação, sendo mais evidente que se o mesmo for auferido desde o seu início, conforme já exposto daria parâmetros para uma sentença mais justa. Uma vez que ocorrendo um conflito entre o princípio da presunção de inocência frente à aplicação da pena ao sentenciado; mais correto se deveria ponderar, que a segunda questão deveria prevalecer em face de provas periciais produzidas através de uma sentença mais justa, e até mesmo mais humanitária ao preso de acordo com parâmetros produzidos. E assim também estaria favorecendo a segurança jurídica.

O Art. 8º da Lei de Execução Penal confirma a hipótese de que a lei disse menos do que deveria, portanto demonstrando que o sentenciado será submetido a exame criminológico, demonstrando elementos necessários para sua classificação e individualização. Fica mais uma vez comprovada que a Comissão Técnica de Classificação tem aptidão para a apuração do exame criminológico e com questões relacionadas à progressão. Porque a individualização é feita por esta. E se a esta foi atribuída à individualização do condenado, é presumível que a ela também foi concedido o seu acompanhamento, segundo entendimento Recurso Especial interposto para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (2007 s/ p.).

Nos jornais de TV obtemos diariamente notícias de preso que após ser concedido regime semi-aberto, ou qualquer outro benefício se evadiu, e após sua recaptura verifica-se que o mesmo praticou diversos crimes.

Como conceder um benefício prisional a um sentenciado, que não está apto ao convívio social, baseado somente no critério objetivo com relação ao lapso de critério da pena. Sendo assim por sua vez o critério subjetivo é de extrema necessidade, por revelar o seu instinto criminal.

2.2 Necessidade do exame criminológico frente á progressão de regime

No tocante ao benefício de progressão de regime, há de se ponderar, a realização do referido exame criminológico, por ser benefício de extrema preocupação; no caso em tela a sua concessão pode acarretar erro gravíssimo, irreversível, determinando uma onda de violência. Caso seja acolhido o pedido de sentenciados de alta periculosidade, ou que ainda não se encontram aptos para o convívio em sociedade.

Nas palavras de Julio Fabbini Mirabete (1996, p.255) passando por uma breve análise histórica do surgimento do semi-aberto: “A idéia de prisão semi-aberta surgiu na Suíça [...] O estabelecimento situava-se na zona rural abrigando-se sentenciados que trabalhavam como colonos de uma fazenda [...]

Por uma análise superficial histórica, é presumível perceber com base nas palavras do referido autor que não havia vigilância extrema por ser destinado o trabalho a zona rural, confiava-se no sentenciado. Conforme entendimento de Julio Fabbini Mirabete (1996, p.255).

Há, contudo benefícios por parte daquele preso, em que é acolhida progressão ao semi-aberto; cabendo descrever as palavras de Manoel Pedro Pimentel “apud” Julio Fabbini Mirabete (1996, p.255): “O trabalho ao ar livre, nos estabelecimentos semi-abertos, é muito gratificante ao preso, que assim retoma o gosto pela vida e cultiva os benefícios da convivência social”.

Ou seja, por mais degradante que o sistema penitenciário possa ser não se pode, generalizar que todo condenado, nunca voltará apto ao convívio social. Pois é necessário que se análise o condenado em seu aspecto biológico, social, criminal, de modo que se tenha a previsibilidade de sua conduta; ou de que o mesmo não voltará a delinqüir, obtendo assim uma nova chance de mudar sua vida.

Conforme descrição de Damásio Evangelista de Jesus (1995, p.461) “No regime semi-aberto, a execução da pena se faz em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar”. Ou seja, fica comprovada a relação com a evolução histórica perpetrada na Suíça, conforme já fora mencionado.

Quanto à hipótese de modo de trabalho realizado, salienta Jorge Vicente Silva (1997, p.33):

No regime semi-aberto o condenado deve trabalhar durante o período diurno, em colônia penal agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Também é admissível neste regime o trabalho externo [...] podendo ainda o apenado freqüentar cursos supletivos profissionalizantes de instrução de segundo grau ou superior.

Fica comprovada diante do exposto pelo referido autor que há possibilidade de reinserção do condenado a vida social, obtendo este uma adaptação novamente.

Conforme tipificado na Lei de Execução Penal, o Juiz deve esclarecer na sentença, qual regime mais apropriado ao cumprimento da pena privativa de liberdade. Para uma melhor fundamentação do magistrado, é necessário que se faça presente, o preenchimento de alguns requisitos com relação à conduta do sentenciado, ao início do cumprimento de pena cabendo salientar o artigo do Código Penal:

Art. 33 A pena de reclusão deve ser cumprida em regime, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo a necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, **segundo o mérito do condenado** observado os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferências a regime menos rigoroso (grifo da autora):

- a) O condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) anos deverá cumpri-la em regime semi-aberto.
- c) O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá desde o início cumpri-la em regime aberto.

Assim desde tempos atrás já se discutia sobre uma necessidade ou não de um simples exame, sendo objeto de várias discussões, correntes majoritárias, minoritárias, e de defensores; e atualmente passa por matéria de discussão, projetos de lei.

Sendo possível conclui em vista do referido artigo e suas alíneas, que aquele que for reincidente, independente da quantidade da pena, deverá iniciar o cumprimento em regime fechado. Há, contudo exceção cabendo lembrar as palavras de, Fernando Capez (2002, p.76).

Há, contudo uma possibilidade excepcional de o Juiz conceder o regime aberto ao sentenciado à reclusão mesmo que reincidente. O STF permitiu que, embora reincidente, o sentenciado anteriormente condenado a pena de multa pudesse iniciar o cumprimento de pena em regime aberto, desde que a sua pena fosse inferior ou igual há 4 anos. Baseou-se no art. 77§1º do Código Penal, que permite a concessão do sursis ao sentenciado que, embora reincidente, foi condenado anteriormente apenas à pena de multa (RT 651/360).

Ou seja, há de se verificar cada caso em concreto sendo esta por sua vez, uma exceção com relação aos reincidentes.

Descrito no Código Penal os requisitos para o cumprimento da pena privativa de liberdade, cabe salientar que o aludido diploma, expressamente descreve que as penas serão executadas na forma progressiva, segundo o mérito do condenado, mais uma vez uma implícita verificação de sua conduta, ou seja, obtida através de exame criminológico. Senão vejamos o que dispõe a Lei de Execução Penal:

Art.110 – O Juiz na sentença estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no art. 33. e seus parágrafos do Código Penal.

Com referência aos requisitos para a obtenção da progressão de regime é necessário se fazer uma ressalva, ressaltando um dispositivo da Lei de Execuções Penais:

Art. 112 A pena privativa de liberdade, será executada em forma progressiva, com a transferência para o 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.

Além dos critérios do quantum da pena para o início de cumprimento da pena o juiz também, deverá observar critérios tipificados no Art.59 do Código Penal como as circunstâncias judiciais favoráveis, ou desfavoráveis; se têm bons ou

maus antecedentes, se é primário, reincidente, além das qualificadoras do crime, agravantes ou atenuantes.

É possível perceber que o diploma exposto sofreu alteração; no que tange o dispositivo da Lei de Execuções Penais, fazendo uma comparação com o mesmo diploma anteriormente disserta Renato Flávio Marcão (2009, p.120):

Na redação antiga, além do requisito objetivo (cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior), o art. 112 exigia expressamente a comprovação de mérito para a progressão, devendo a decisão de o juízo ser motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico **quando necessário**. (grifo da autora)

Mesmo anteriormente conforme acrescentado pelo referido autor havia divergência, pois a lei expressamente mencionava a sua realização de “quando necessário”; e assim já se verificava divergência conforme dispõe Jorge Vicente Silva (1997, p.32):

“Apesar da lei expressamente o verificar a sua hipótese de realização somente quando necessário este era indispensável nos casos de progressão de regime fechado para o semi-aberto nos termos do art.34 do código penal e 8º da Lei de Execuções Penais”

E com isso, conforme a gravidade do delito há uma necessidade, de se apurar a conduta do preso, em casos de benefício para obtenção da progressão.

Disserta Renato Flavio Marcão no tocante ao problema da atualidade:

Embora a lei não mais exija expressamente a comprovação do mérito, tampouco condicione a progressão ao Parecer da Comissão Técnica de Classificação ou a exame criminológico, ao contrário do que muitas vezes se tem sustentado, mesmo após o advento da Lei nº 10.792/2003 continuamos entendendo que o **direito a progressão ainda repousa no binômio tempo e mérito** (grifo da autora)

Portanto, até os dias de hoje conforme mencionado pelo autor, há a necessidade dos requisitos objetivos e subjetivos, ou seja, o lapso temporal e o mérito do condenado.

Segundo acentua Renato Flávio Marcão (2009, p. 120) o requisito objetivo refere-se ao lapso temporal, ou seja, se cometeu crime comum 1/6, hediondo 2/5 primário, ou 3/5 reincidente, para que sua pretensão seja acolhida. Não bastando, pois somente o lapso; deve este estar em consonância com o critério

subjetivo que se refere ao mérito do condenado, ou seja, uma boa conduta carcerária.

Com relação ao mérito para progressão e o seu lapso temporal dispõe Paulo Lúcio Nogueira (1996, p.182):

Nem sempre, o simples cumprimento de um sexto da pena pode ensejar a progressão, pois o condenado deve cumprir pelo menos, esse lapso temporal, que nem sempre pode ser satisfatório, dado o montante da pena aplicada. E também deve revelar merecimento, o que deve ser apurado através de sua personalidade e não apenas do seu comportamento carcerário, pois existe tendência, de elementos perigosos demonstrarem bom comportamento na prisão, o que não deixa de ser verdadeira simulação.

Conforme disposto pelo referido autor, deve ser analisado o caráter do preso em sua personalidade criminal como um todo; pois não se pode basear numa conduta carcerária apenas; porque ao adentrar na prisão este pode obter um comportamento de forma simulada, de modo que demonstre estar apto ao convívio social; sendo disciplinado, com uma boa conduta, para manipular a sua pretensão de progressão de regime livramento condicional, indulto ou saída temporária.

Quanto à realização do exame criminológico cabe ressaltar o seu modo de realização seus parâmetros utilizados, pesquisas entrevistas segundo Sergio Marcos de Moraes Pitombo “apud” Julio Fabbrini Mirabete (2007, p.53):

Compõem o exame criminológico, como instrumento de verificação, “as informações jurídico-penais (como agiu o condenado, se registra reincidência etc.); o exame clínico (saúde individual, eventuais causas mórbidas, relacionadas com o comportamento delinquencial); o exame morfológico (sua constituição somatopsíquica); o exame neurológico (manifestações mórbidas do sistema nervoso); o exame eletrencefalográfico (não para só buscas de lesões focais ou difusas [...] entre alterações funcionais do encéfalo e do comportamento do condenado); o exame psicológico (nível mental, traços básicos da personalidade e de sua agressividade); o exame psiquiátrico (saber se o condenado é pessoa normal; ou perturbação mental); o exame social (informações familiares, condições sociais em que o fato foi praticado” etc.).

Conforme exposto pelo referido autor, o exame criminológico é apurado em consonância com diversas áreas, criminal (reincidência) fatores sociais, psiquiátrico; Ora se por mais apurado que seja não se é possível verificar, prever com certeza o futuro daquele que concede um benefício, como aceitar que o atestado de bom comportamento por si só seria suficiente.

O juiz segundo, Sidio Rosa de Mesquita Júnior (1999, p.220) ao decidir tem seu livre convencimento motivado; não fica o magistrado condicionado a perícia constada no exame; servindo este de embasamento probatório para sua decisão. E ainda segundo o referido autor, aquele que for indisciplinado, ou que tenha cometido faltas graves; mesmo que obtenha exame favorável o juiz pode decidir contrariamente, de acordo como já exposto pelo princípio do livre convencimento motivado.

3 Falta disciplinar de natureza grave frente ao benefício da progressão de regime

Dispõe a Lei de Execuções Penais dispositivos com relação à prática de falta disciplinar de natureza grave:

Art. 50 Comete falta grave o condenado a pena privativa de liberdade que:
I incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
II fugir;
III possui indevidamente instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
IV provocar acidente de trabalho;
V descumprir no regime aberto as condições impostas;
VI inobservar os deveres previstos, nos incisos II e V do art. 39 desta lei.
VII tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de radio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Diante do referido artigo segundo Renato Flavio Marcão (2009, p.36) “tentada ou consumada a conduta ensejadora de falta disciplinar de natureza grave, caberá a mesma sanção sem qualquer abrandamento. Pune-se a tentativa com a mesma sanção correspondente á forma consumada”.

No tocante a progressão de regime do sentenciado cabe ressaltar a Lei de Execução Penal:

Art. 112 §1º - A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

Portanto não é de qualquer modo, que a concessão de progressão de regime é conferida. Ficando evidente a preservação do Princípio do contraditório e

da ampla defesa, por meio do qual se abre vista para o representante do Ministério Público para que possa verificar se o sentenciado preenche os requisitos objetivos e subjetivos analisando no mérito se a pretensão merece ser acolhida ou não.

Em contrapartida a possibilidade de defesa; sendo realizado por meio do Defensor público com questionamentos caso a pretensão não seja acolhida pelo membro do Ministério Público. Cabendo assim o Defensor público, argumentar tese em favor do sentenciado de modo que assim é preservada, o contraditório e ampla defesa para ambas as partes.

Para a obtenção da progressão de regime para o menos gravoso, ou seja, do fechado para o semi-aberto ou do semi-aberto para o aberto, há a necessidade como já fora dito, de preencher os requisitos objetivos e subjetivos, sendo estes com relação ao mérito do condenado e a sua conduta carcerária; de modo que durante o tempo em que se iniciou o cumprimento de pena até o período em que faz jus a progressão.

Cabendo lembrar a Lei de execuções Penais:

Art.118 A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita á forma regressiva com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso, ou falta grave.

Numa nítida demonstração a Lei de Execuções Penais, é clara em dizer que será determinada a regressão de regime daquele que praticar falta grave. Observe que a lei fala em falta grave, conforme ensina Paulo Lúcio Nogueira Filho (1996, p.70) sendo possível dentro do sistema carcerário, analisar três tipos de falta sendo a falta grave, esta por sua vez interrompe a contagem do lapso para a progressão do benefício; falta média e leve, sendo que para estas será aplicada apenas advertência, por meio de autos de sindicância instaurada não obtendo maiores relevância jurídica. Sendo na hipótese do inciso um e demais casos, deverá ser ouvido o sentenciado e instaurado a sindicância. Preservando o principio do contraditório.

Conforme acentua, Renato Flavio Marcão (2001, p.88):

Além das repercussões que causa na vida do estabelecimento e no quadro da execução, a falta grave, justifica a regressão, consistente na transferência do condenado para o regime mais rigoroso. A falta grave, para tal efeito é equiparada á pratica de fato definido como crime (art.118 I)

e a sua existência obriga a autoridade administrativa a representar ao juiz da execução (parágrafo único artigo 48) para decidir sobre a regressão (itens 79 a 80 da Exposição de Motivos da LEP).

Os autos de sindicância são instaurados, ouvindo assim o sentenciado, e por intermédio do seu advogado apresentar defesa, sendo ouvidas testemunhas podendo ser agentes penitenciários, formando-se assim parecer técnico do diretor; e terminando com a reabilitação de sua conduta. E com isso os autos são remetidos a apreciação do Ministério Público e em contrapartida a Defensoria pública e logo após o juiz, para que se baseando nas provas colhidas, possa fundamentar a sentença, determinando ou não a regressão do sentenciado, para o regime mais gravoso. E ainda conforme o caso a perda dos dias remidos, por trabalho ou por estudo. Novamente presente o Princípio do contraditório e da ampla defesa.

Com relação à temporalidade da falta grave ensina Renato Flavio Marcão (2001, p.88):

“A evasão anterior do sentenciado não pode se constituir um obstáculo externo para novas promoções no futuro. Mas é preciso que esse fato tenha sido superado com o correr do tempo e com novas mostras do sentenciado de que se recuperou, fazendo novamente jus a promoção. Não fosse assim, seria letra morta à disposição do art.112 da Lei de execuções Penais” (TJSP, Ag. 225.277-3/5, 4ª Câmara, rel. Des. Bittencourt Rodrigues, j. em 19-8-1997, RT 750/615).

Conforme já fora dito, é necessário à reabilitação do sentenciado após prática de falta disciplinar de natureza grave.

Há quem entenda que o cometimento de falta disciplinar de natureza grave não interrompe a contagem do lapso para progressão de regime por se tratar de mero requisito objetivo. Nesse sentido, Renato Flavio Marcão (2001, p.89):

Não interrompe o lapso temporal:

“O cometimento de falta grave, não interrompe a contagem de tempo para a progressão de regime prisional, pois, sua consequência será considerada apenas no exame de mérito do sentenciado, não podendo repercutir na constatação do preenchimento do requisito objetivo” (TACrimSP, AE 1.119.579/4, 11ª Câmara, rel. Juiz Renato Nalini, j. em 23-11-1998, RT 763/600).

Para a concessão do benefício prisional, é necessária a demonstração dos requisitos objetivos e subjetivos.

Como não considerar a prática de falta grave como requisito objetivo para interrupção do lapso temporal de um sentenciado que ao se encontrar no sistema carcerário, prestes a uma progressão não será punido. Porque a interrupção seria uma forma de punição, daquele que praticou a falta de modo, que venha a ser reabilitado de sua conduta, e passe a obter disciplina.

Porque aquele que pratica falta grave no sistema penitenciário e não for punido, nunca obterá a reabilitação de sua conduta para o convívio em sociedade; sempre tendo em mente que ficará impune. Há necessidade de interrupção para que venha a se obter a disciplina do condenado. Senão vejamos ao sentenciado que praticar novo delito ou falta grave, não for punido; por cometer tais condutas haveria um desrespeito a norma penal que já fora analisada.

Com relação à interrupção do lapso temporal, para a obtenção do benefício, Renato Flavio Marcão (2001, p.89):

Interrompe o lapso temporal

“A prática de falta grave, pelo condenado, interrompe o lapso temporal para aquisição do direito objetivo à progressão de regime prisional” (TACrimSP, AE 1.094.581/7, 7ª Câmara, rel. Juiz S. C. Garcia, j. em 7-5-1998, v.u., RJTACrimSP 40/35).

O referido julgado confirma o entendimento da interrupção após prática de falta disciplinar de natureza grave.

Com relação à prática de falta disciplinar de natureza grave cabe citar um julgado no tocante a fuga, na obra de, Renato Flávio Marcão. (2001, p.89):

“O” condenado que, durante a execução da pena em regime fechado, foge do presídio, mesmo que tenha se apresentado; espontaneamente, dias após à autoridade policial, está sujeito, além de punição disciplinar, aos efeitos secundários da regressão; devendo cumprir mais um sexto do restante a partir da fuga para obtê-la, sem, no entanto, poder se falar em dupla punição na adoção de tais medidas”. (TJSP, Ag. 221.468-3/8, 4ª Câmara. Rel. Des. Bittencourt Rodrigues, j. em 1º -7-1997, v.u., RT 746/579).

Correto o entendimento, por verificar que não isenta o condenado de sanção disciplinar, pelo fato de ao fugir apresentar-se espontaneamente a autoridade policial. Pois se assim fosse aquele que comete um crime e o confessa perante a autoridade policial ficaria impune; e assim estaria instigando a conduta da impunidade, onde ao cometer o crime só se apresentar espontaneamente que estaria “perdoado”.

Tanto é verdade tal argumento que podemos relacionar com o Código de Processo Penal:

Art.317 A apresentação espontânea do acusado á autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva nos casos em que a lei autoriza.

O disposto no Código de Processo Penal refere-se à decretação da prisão preventiva; cabendo relacionarmos o referido artigo com o julgado acima por ser conveniente a sanção pela apresentação espontânea. Não configurando assim “bis idem” por sofrer os efeitos com relação à fuga, o cumprimento de 1/6 mais aos efeitos secundários da regressão.

Nesse sentido por fim o julgado referente à prática de falta grave no regime fechado: no livro de, Renato Flávio Marcão (2001, p.89):

“Se o condenado, que praticar falta grave, estiver no regime fechado, não se podendo fazê-lo regredir para o regime mais severo, inexistente, sujeitar-se-á ao efeito secundário da progressão devendo cumprir mais um sexto do restante da pena a partir da falta grave, para obtê-la” (TJSP, Ag. 221.468-3/8, 4ª Câm. Rel. Des. Bittencourt Rodrigues, j. em 1º -7-1997, v.u., RT 746/579).

Diante dos julgados narrados, é possível compreender que a interrupção do lapso temporal, para o benefício de progressão de regime é uma medida cabível disciplinar para o acolhimento da pretensão do benefício.

Sendo assim além da interrupção, mais sensato dizer a realização do exame criminológico após falta grave, para avaliar sua reabilitação social.

2.3 Livramento Condicional

O benefício do livramento condicional segundo Maurício Kuehne (1995, p.52) é direito subjetivo do preso. Desde que preenchidos os requisitos para seu acolhimento.

Para que o mesmo seja concedido, a de se obedecer algumas condições impostas no Código Penal; bem como segundo Paulo Lucio Nogueira

(1996, p.212) é possível encontrar seus requisitos na legislação no Código de Processo Penal, e na Lei de Execuções Penais.

Cabe ressaltar o entendimento de, Julio Fabbrini Mirabete. (1996, p.333):

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

Nas palavras do referido autor o instituto do Livramento Condicional deve ser concedido para aquele que já está apto ao convívio social. E o meio abrangente para verificação de tal conduta se faz através do critério utilizado da individualização da pena.

Nesse sentido vale relembrar seu conceito tipificado no Código Penal:

Art.83 O juiz poderá conceder o livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
I- Cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso;
II-Comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;
III-Tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração.
IV-Cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa mesma natureza. (grifo da autora)
Parágrafo único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Portanto o Código Penal ao descrever os requisitos expressamente, é possível verificar que o Livramento Condicional, não será concedido a todo e qualquer tipo de crime, de modo que há uma condição necessária para seu requerimento, desde que a pena seja igual ou superior a 2 anos, por óbvio penas inferiores há dois anos, não cabe livramento condicional.

O Código de Processo Penal confirma essa regra:

Art. 710 O livramento condicional poderá ser concedido ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que verifiquem as condições seguintes:

II - ausência ou cessação da periculosidade;

III-bom comportamento durante a vida carcerária; (grifo da autora)

O referido artigo do Código de Processo Penal descreve a verificação de certas condições para que o instituto possa ser concedido. Porém ainda cabe ressaltar a quem estas condições serão verificadas, sendo certo que dispõe novamente o Código de Processo Penal:

Art. 713 As condições de admissibilidade, conveniência e oportunidade da concessão do livramento condicional serão verificadas pelo Conselho Penitenciário, cujo parecer não ficará, entretanto adstrito o juiz.

Art. 714 O diretor do estabelecimento penal remeterá ao Conselho Penitenciário minucioso relatório sobre:

I - O caráter do sentenciado, revelado pelos seus antecedentes e conduta na prisão.

Para a obtenção do livramento condicional, é possível verificar que devem estar obrigatoriamente presentes, os requisitos objetivos e subjetivos.

No entanto os requisitos objetivos referem-se ao critério do “quantum” da pena conforme já analisado. Com relação ao critério do lapso objetivo disserta Paulo Lucio Nogueira (1996, p.212) [...] “ter o condenado cumprido 1/3 da pena se não for reincidente e metade se for reincidente em crime doloso; ter reparado o dano causado pelo crime”.

Com relação à possibilidade de livramento condicional no tocante a aplicação de crimes hediondos, há de se ressaltar as palavras de Paulo Lúcio Nogueira (1996, p.212):

Muito embora a lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) disponha que as penas impostas a esses crimes devam ser cumpridas integralmente em regime fechado, permite também o livramento condicional depois de cumprido 2/3 da pena, quando se tratar de condenado não reincidente específico em crime de natureza hedionda o inc. V ao art. 83 do Código Penal.

Portanto nas palavras do referido autor é possível compreender, que até mesmo nos crimes hediondos onde a sua legislação própria tipifica que a pena será cumprida em regime inicialmente fechado, também é permitido o benefício de progressão e de livramento condicional.

Cabe relatar de que diante da referida análise, segundo Julio Fabbrini Mirabete (1996, p.334) “Presentes os requisitos legais para a concessão do livramento condicional, não se exige que o sentenciado tenha passado, por todos os estágios da pena, ou seja, pelo regime semi-aberto ou aberto”.

Diante da afirmação do referido autor mais uma vez se demonstra a necessidade de uma análise psicológica, do mérito do condenado. Porque o sentenciado conforme já exposto pode ser beneficiado diretamente ao livramento condicional sem passar pelos demais regimes antecedentes.

Com relação aos requisitos subjetivos disserta Paulo Lúcio Nogueira (1996, p.213) se faz necessário uma boa conduta carcerária, um comportamento disciplinar, com relação aos demais detentos e funcionários; além de ordem e disciplina no trabalho.

Assim também pensa, Julio Fabbrini Mirabete (1996, p.335):

Prevê ainda a lei penal pressupostos subjetivos para a concessão do livramento condicional. O primeiro deles é ter o sentenciado “bons antecedentes” (Art. 83 I segunda parte) Já foi visto o que se deve entender bons antecedentes: não ser criminoso habitual, não ter sofrido outras condenações, não ter sido envolvido em outros inquéritos policiais [...] Como segundo requisito subjetivo, deve o sentenciado comprovar “comportamento satisfatório durante a execução da pena” (Art. 83 III 1ª parte) [...] O comportamento que se refere à lei é um índice importante da adaptação social que há de ser aferida por atos positivos do sentenciado, não bastando à simples abstenção das faltas disciplinares [...].

Os requisitos subjetivos ao contrário do que muitos pensam, tem grande papel na concessão do benefício. Porque assim diante da conduta que o sentenciado obtém, dentro do presídio é possível presumir a sua conduta em relação à coletividade.

Alem dos requisitos objetivos e subjetivos, nas palavras de José Costa Junior “apud” Paulo Lúcio Nogueira (1996, p.213) [...] “pressuposto específico, que se destina “ao condenado por crime violento, como homicídio, roubo, estupro” [...].

Podemos compreender que apenas em determinados crimes com violência ou grave ameaça, ainda atentam para a realização do exame; como se os outros crimes não fossem graves ou ainda não fossem considerados crimes. Como crítica a isso disserta, Julio Fabbrini Mirabete (1996, p. 336):

O dispositivo, porém não alcança o autor da prática de crime de roubo, por exemplo, quando não emprega violência ou grave ameaça, mas outro meio, o próprio homicídio praticado sem violência. Mais aconselhável seria a exigência do citado requisito para todos os condenados.

Ou seja, há uma preocupação excessiva ao pressuposto no tocante apenas, com relação aos crimes da natureza citada; ou seja, violência grave ameaça, no sentido de ser demonstrado o requisito subjetivo. Porém a lei está correta com relação à preocupação, mas pecou no sentido de não o assim considerar também, de extrema importância demais crimes sem que tenham natureza violenta aparente, ou fisicamente. De modo que todo e qualquer tipo de crime no seu contexto abalará a vítima, fisicamente, materialmente, e principalmente psicologicamente. Devendo assim a necessidade dos requisitos subjetivos nas mais variadas espécies de delitos.

Em sua obra descreve um julgado, Renato Flavio Marcão, (2001, p.345):

“A norma inscrita no parágrafo único do artigo 83 do Código Penal que faculta a realização da perícia médico-psiquiátrica do condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, para a obtenção do benefício do livramento condicional, revela-se materialmente compatível com a Carta política de 1988, achando-se conseqüentemente, em plena vigência. O magistrado, sempre que entender essencial ao deferimento do livramento condicional, a constatação de condições pessoais que façam presumir que o sentenciado não voltará a delinquir poderá para efeito de formação do seu próprio convencimento, ordenar a perícia médico psiquiátrica. O Supremo Tribunal Federal, muito embora acentue em seus pronunciamentos jurisprudenciais, que o art. 83 parágrafo único, do Código Penal não torna compulsória a perícia médica, adverte que esta não se acha vedada pela norma legal, submetendo-se, quanto à sua realização, à apreciação discricionária – e sempre motivada – do juiz”. (STF, 1ªT., rel. Min. Celso de Mello, DJU, 18 jun. 1993, p.12112).

Assim conforme já fora exposto se faz presente a necessidade do exame criminológico para aferir a conduta do sentenciado de acordo com a natureza do crime praticado.

Assim cabe ressaltar o Recurso Especial interposto para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (2007 s/ p.).

Então soa, como rematado absurdo, dizer-se que a nova lei aboliu o exame criminológico, posto que, só com a realização desta prova é que se poderá apreciar, se o sentenciado reúne, ou não mérito para conseguir progressão

de regime de cumprimento de pena ou parte para ser reposto em liberdade por via do livramento (grifo da autora)

Por mais que se discuta o exame criminológico se faz necessário, não apenas no tocante a progressão bem como na pratica disciplinar de natureza grave frente à progressão e assim como no livramento condicional.

No livramento condicional, soa a mesma controvérsia contra a interrupção ou não da falta grave para o benefício ser concedido. Em recente sumula editada com relação ao assunto, cabe descrever seu conteúdo, extraída de (Migalhas, pílulas de informação 2010, s/p):

Súmula 441

A falta grave não interrompe o prazo para a obtenção do livramento condicional. Esse é o teor da Súmula 441, aprovada pela 3ª Seção do STJ. O projeto foi relatado pelo ministro Felix Fischer e teve como referência o Código Penal, artigo 83, inciso II.

[...] Ao julgar o HC 145.217, a 6ª turma entendeu a gravidade abstrata do delito praticado e o cometimento de faltas graves, pelas quais o apenado já cumpriu as devidas punições, pois não constituem motivação concreta para o indeferimento do benefício. (grifo da autora)

Ao julgaram o HC 139.090, os ministros da 5ª turma destacaram que, para a concessão do benefício da progressão de regime e do livramento condicional, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário) podendo o magistrado, excepcionalmente, determinar a realização do exame criminológico, diante da peculiaridade da causa, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada.

Após a edição recente da referida sumula, podemos perceber que a mesma em seu conteúdo repete o que vem sendo discutido ao longo dos anos, sem dar uma solução efetiva. A mudança que podemos verificar é a constituição do benefício aquele que pratica falta grave. Ressalve que esta sumula por sua vez não tem caráter vinculante, e ainda num primeiro momento á de se pensar que a falta não impede o benefício; porém não é esse o entendimento porque a lei específica “faltas graves pelas quais o sentenciado já cumpriu as devidas punições”. Conforme entendimento da súmula 441 acima.

Sendo o exame criminológico desfavorável, ensina Renato Flavio Marcão com julgado em sua obra (2001, p.349):

“Não cabe o livramento condicional se o exame criminológico for desfavorável” (JUTACrimSP97/36).

O exame criminológico serve de parâmetro, para o juiz motivar suas decisões de acordo com o teor do seu parecer. Porém há exceção a regra de modo que o juiz como já analisado tem seu livre convencimento motivado, podendo optar por decidir em contrário; sendo o exame parâmetros para sua decisão.

Verifica-se que o exame criminológico deve se fazer presente, em todas as espécies de crimes para garantir a segurança jurídica de todos.

2.4 Indulto

O indulto assim como se refere Maurício Kuene (1995, p.46) “É uma causa extintiva da punibilidade prevista no Código Penal”.

Assim cabe verificar o artigo do Código Penal:

Art. 107 – Extingue-se a punibilidade:
II pela anistia, graça, indulto;

Conforme se denota no aludido diploma, é uma causa de extinção da punibilidade, sendo assim o condenado obtém o benefício estando livre para o convívio em sociedade.

Ora mais uma vez a crítica ao sistema se faz presente; como conceder um benefício deste onde o sentenciado terá sua pena extinta, sem o necessário exame criminológico para determinar seu caráter individual.

Há algumas espécies de concessão de indulto tendo por assim ressaltar as palavras de, Maurício Kuene (1995, p.48)

O indulto é um ato de clemência, do Poder Público em favor de um réu condenado ou de natureza coletiva quando abrange vários condenados que preenchem os requisitos exigidos. As disposições da LEP ajustam-se “a orientação segundo a qual instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo”.

O indulto assim como pensa, Maurício Kuene (1995, p.48) é um ato em favor do sentenciado podendo ser coletivo, ou seja, abrange um número de sentenciados ou de caráter individual.

Com relação ao indulto coletivo, dispõe Maurício Kuene (1995, p.48)

O indulto coletivo refere-se a um grupo de sentenciados que estejam na situação jurídica prevista no decreto concessivo, que normalmente se refere à duração da pena aplicada, embora exija requisitos objetivos e subjetivos (primariedade, boa conduta social) e objetivos (cumprimento de parte da pena, o não ter sido beneficiado anteriormente por outro indulto, o de não ter praticado certas espécies de crimes.

Denota-se, portanto com as palavras de, Maurício Kuene (1995, p.48) que o indulto coletivo pode ser concedido, a um grupo de sentenciados que esteja de acordo, com as condições do decreto, ou com base na sua pena; e ainda a comprovação de requisitos subjetivos, cuja fica expressamente prevista a necessidade do exame em que muitos pregam pela sua extinção; a sua realização aqui se faz presente, para demonstrar a boa conduta social.

Quanto à competência para concessão do indulto disserta Fernando Capez (2002, p.150) relata ser de competência privativa do Presidente da República.

No tocante o seu efeito, descreve Fernando Capez (2002, p.150) “só atingem os principais efeitos da condenação, subsistindo todos os efeitos secundários penais e extrapenais”.

Posto isto se faz presente analisar decretos legislativos com relação ao indulto:

Decreto nº 6.706, de 22 de dezembro de 2008.

Art.1º É concedido indulto:

I ao condenado a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa e não beneficiado com suspensão condicional da pena, que até 25 de dezembro de 2008, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade se reincidente.

Art.4º A concessão dos benefícios deste Decreto fica condicionada a inexistência de aplicação de sanção por falta disciplinar de natureza grave cometida, nos últimos 12 meses de cumprimento da pena [...] verificada nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados, em ambos os casos, retroativamente á publicação deste decreto.

Art.8º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os condenados: I por crime de tortura, terrorismo, ou tráfico ilícito de drogas, nos termos do art.33 lei 11.343/06, excetuadas as hipóteses previstas nos § 2º ao 4º do

artigo citado, desde que a conduta típica não tenha configurado a prática de mercancia.

II por crime hediondo, praticado após a edição da Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, observadas as alterações posteriores;

Assim no Decreto de 2008 conforme o seu enunciado é possível perceber que são determinadas condições para a concessão do indulto, sendo que ficando condicionada que não tenha ocorrido falta disciplinar de natureza grave cometida nos últimos 12 meses. Ora necessário se faz a ressalva por se tratar de tamanha gravidade a ocorrência de falta, daquele que está na iminência de voltar às ruas.

Por sua vez o decreto legislativo em seu artigo 8º ressalva a inaplicabilidade da concessão do indulto com relação aos crimes de tortura, terrorismo, hediondo e tráfico ilícito de entorpecente, sendo certo a não concessão para os mencionados crimes, mas deixando de analisar o mérito para concessão com relação aos demais crimes cometidos.

Ainda se questionando a concessão do indulto, cabe lembrar o Decreto legislativo de 2009:

Decreto nº 7.046 de 22 de dezembro de 2009.

Art.3º [...]

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

Art.4º A concessão dos benefícios deste Decreto fica condicionada a inexistência de aplicação de sanção, homologada pelo juízo competente, garantindo o contraditório e a ampla defesa por falta disciplinar de natureza grave, prevista na lei 7.210, de 1984, cometida nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à publicação deste Decreto.

Parágrafo único. A prática de falta grave, sem a devida apuração, nos termos do caput não impede a obtenção dos benefícios previstos neste Decreto.

É possível verificar com base no Decreto de 2009, que o legislador enfocou expressamente, que a aplicação de falta disciplinar não interrompe o prazo para obtenção dos benefícios.

Por fim cabe ressaltar a necessidade do exame criminológico, uma vez que o indulto está cada vez mais a favor do sentenciado; de modo que assim não caracterizando falta disciplinar como interrupção.

Como conceder, um benefício que extingirá a punibilidade do agente, ainda que tenha cometido falta disciplinar, (uma vez que esta não acarreta relevância jurídica dependendo das circunstâncias); de um sentenciado sem averiguação de sua personalidade, índice criminal.

Quanto ao momento para aferição dos critérios objetivos e subjetivos ensina Fernando Capez (2002, p.152):

Quanto ao momento para aferição dos requisitos objetivos e subjetivos do indulto, há posicionamento no sentido de que o exame dos mesmos deve ser feito com base na situação do sentenciado á época do decreto e não no momento da decisão concessiva do benefício do juiz. Há por outro lado, posicionamento no sentido de que a análise das condições deve ser feita por ocasião da sentença e abrange todo o período a ela antecedente antes e depois da publicação do decreto. Desse modo ao contrário do direito adquirido, o candidato ao indulto ou redução da pena tem somente expectativa de direito, devendo reunir todos os pressupostos legais no momento da decisão judicial.

Portanto conforme o entendimento do referido autor, há uma divergência, com relação à questão do momento para apuração, dos requisitos objetivos e subjetivos, sendo mais importante a verificação dos requisitos subjetivos, dentre eles, assim se faz presente o exame criminológico, diante de uma discussão determinando ou não, em qual momento mais apropriado; este poderia ser aplicado. Mais sensato se faz o entendimento de sua apreciação por ocasião da sentença abrangendo assim a sua conduta antes e após o decreto, sendo assim um sistema rígido, diante de seu efeito extintivo da punibilidade que pode acarretar.

2.5 Saída temporária

A saída temporária conforme entendimento de Julio Fabbrini Mirabete (2007, p.217) está prevista na Lei de Execução Penal, consolidada em benefício

para sair do sistema carcerário sem vigilância, de modo que cabe ao preso o retorno ao cárcere por livre e espontânea vontade; caso assim não o faça configura-se evasão.

Cabe uma ressalva com relação ao instituto tipificado na Lei de Execuções Penais:

Art.122 Os condenados que cumprirem pena em regime - semi-aberto poderão obter autorização da saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta nos seguintes casos:

I- Visita a família;

II-Freqüência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do juízo da Execução.

III-Participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Art.123 A autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependendo da satisfação dos seguintes requisitos:

I- Comportamento adequado;

II - Cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário ou um quarto, se reincidente;

III-Compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. (grifo da autora)

Art. 124 A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano.

Parágrafo único. Quando se tratar de freqüência a curso profissionalizante de instrução de segundo grau ou superior, o tempo de saída será necessário para o cumprimento de atividades discentes.

Art. 125 o benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

Parágrafo único. A recuperação do direito a saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado. (grifo da autora).

Conforme mencionado nos seguintes artigos da Lei de Execuções Penais, esta por sua vez se verifica aos condenados que cumprirem pena em regime semi-aberto poderá obter o benefício. Contudo há a exceção a este dispositivo, sendo entendimento de Julio Fabbrini Mirabete (2007, p.511):

Estando o condenado em regime semi-aberto – pressuposto indispensável para a saída temporária- o prazo que se refere o art.123, II é o de pena cumprida anteriormente ao pedido sem qualquer consideração quanto ao regime de cumprimento. No caso de progressão, satisfeito aquele período no regime fechado suprida está à exigência, dispensada, pois, no regime seguinte o mesmo resgate. Da súmula do STJ, nº 40, diz-se “Para a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo considera-se o tempo de cumprimento no regime fechado”.

Segundo o entendimento do referido autor acima, há possibilidade de saída daquele que cumprir os requisitos objetivos no tocante ao lapso temporal no regime fechado, vindo assim a progredir para o regime fechado satisfeito estará o requisito.

Os condenados, que obtiverem o benefício ainda terão, direito de visitar a família, participação de curso profissionalizante, bem como participação que o envolvam ao retorno ao convívio social, conforme entendimento do citado artigo.

A saída temporária, segundo entendimento de Julio Fabbrini Mirabete (2007, p.507) não se estende ao preso provisório, uma vez que seria incompatível; com o sistema, pois acarretaria insegurança jurídica; por não obter a certeza ou não de sua autoria.

Não figurando neste contexto, constrangimento ilegal por parte do preso provisório, pois a este é necessário ficar a disposição da justiça para maiores investigações. Sendo assim podemos lembrar, com base na prisão preventiva ou temporária, sendo institutos processuais para maiores investigações sendo a primeira decretada, quando há o “fumus boni juris” e o “periculum in mora” e a segunda para averiguações do suposto criminoso.

No que se configura com relação à competência para o benefício da saída temporária ensina Julio Fabbrini Mirabete (2007, p.509):

A concessão da saída temporária exige a previa manifestação do Ministério Público e da Administração Penitenciária, que opinarão pela existência ou não dos requisitos objetivos ou subjetivos necessários a concessão do benefício. Compete-lhes verificar, assim o cumprimento mínimo de parte da pena.

Assim conforme o entendimento do referido autor é necessário que a autorização do benefício de saída temporária seja motivada, decisão fundamentada, pelo juiz da vara de execuções criminais baseados nos pareceres do Ministério Público e Administração Penitenciária.

Segundo entendimento do referido autor Julio Fabbrini Mirabete, (2007, p.515) a hipóteses de revogação do benefício conforme exposto também no artigo 125 da Lei de Execuções Penais:

As primeiras causas de revogação são a prática de fato definido como crime doloso, e a punição por falta grave. Nesta parte o dispositivo é tautológico, já que tais fatos acarretam por si mesmos, a regressão ao regime fechado, com o qual é incompatível o benefício.

Também é revogado o benefício quando o preso desatende às condições impostas na saída temporária. Embora não determine a lei, expressamente, que o juiz impunha condições para esta autorização, é evidente que deverá estabelecer o prazo de sua duração, dos horários de saída e de retorno etc. Assim desobedecidas às limitações sobre duração do benefício ou dos horários de retorno ou ainda, desvirtuadas as finalidades da saída temporária pelo condenado, impõe-se a revogação.

O referido autor demonstra a aplicação da disposição que já por óbvio ocorre à interrupção no caso de falta disciplinar ou novo crime cometido, mas também analisa que ao preso e somente a este no seu aspecto individual cumprir determinadas condições impostas ao juiz da vara de execuções criminais, sob pena de revogação. Correta está à revogação nesse sentido, para estimular ao sentenciado a ordem e disciplina.

No tocante aos requisitos para a obtenção da saída temporária descreve Julio Fabbrini Mirabete (2007, p.511):

Exige-se em primeiro lugar, o comportamento adequado do condenado, ou seja, a comprovação de que não sofreu nenhuma sanção disciplinar, em época recente a que desempenha com propriedade as tarefas que lhe incumbem. Referindo-se a lei comportamento “adequado”, não basta que o condenado seja considerado de “bom” comportamento, mas é necessário, que demonstre senso de responsabilidade, disciplina superior a média para obter a autorização pretendida. A liberdade de locomoção sem vigilância, que pode durar até sete dias, só deve ser concedida quando, com base na vida carcerária do interessado, se puder fazer um prognóstico de que não irá furtar-se as obrigações decorrentes da condenação. Como o benefício

das visitas livres não constitui um direito absoluto do preso, mas estrita faculdade outorgada pelo magistrado, exigente de componentes subjetivos a serem aferidos pelo juiz, não deve ser concedido indiscriminadamente, possibilitando uma inusitada, oportunidade de fuga livre para condenados com larga pena a cumprir principalmente quando for autor de crime de maior gravidade. Não deve ser concedido o benefício também, por falta de requisito subjetivo, aquele que já se evadiu, se revela arredo ao cumprimento de pena e aos objetivos desta, é portador de comportamento inadequado, teve incidentes de faltas graves etc. (grifo da autora)

Diante dos fatos relatados conforme entendimento do autor, Julio Fabbrini Mirabete, (2007, p.511) é possível compreender que necessário se faz a verificação de um bom comportamento carcerário, de modo que o mesmo não tenha praticado falta disciplinar; sendo assim segundo o entendimento do referido autor o bom comportamento deve ser ponderado não bastando por si só, aparentar bom comportamento, mas sim demonstração de ausência de requisitos que façam presumir que o sentenciado não voltará a delinquir; por se tratar de um benefício na qual o sentenciado pode se aproveitar de sua condição e ocorrer em fuga.

Por se tratar de um benefício em que ao mesmo tempo tenta ressocializar, aquele que está apto ao convívio social, na reintegração aos poucos com sua família, pode também ocasionar uma elevada onda de violência devido à junção de facções criminosas como mostra a notícia (Jornal o Globo, 2006):

[...] A rebelião ocorre num momento em que a Justiça terá que decidir, quantos detentos serão beneficiados, com a saída temporária- o chamado indulto – do Dia dos Pais, no segundo domingo do mês de agosto. O problema é que ainda está na memória dos paulistanos a rebelião em mais de 70 presídios do Dia das Mães e os ataques do crime organizado, quando detentos que receberam indulto, foram acusados de passar ordens de atentados orientado por criminosos que estavam fora da cadeia. Além disso, em junho, pelo menos 15 agentes penitenciários foram mortos nas ruas por determinação do crime. Agora eles temem a saída de presos. (grifo da autora)

[...] Presos do IPA de São José do Rio Preto, liberados no Dia das Mães, por exemplo, foram flagrados em ataques a agências bancárias, prédios, públicos, e ônibus da cidade em maio. Um agente penitenciário foi atingido por um tiro na portaria, do instituto, enquanto trabalhava e morreu.

Para o promotor das execuções penais de Rio Preto, Antonio Baldin, a saída dos reeducandos deve ser analisada com cautela. (grifo da autora)

[...] No ultimo Dia das Mães, 965 não retornaram aos presídios depois do indulto- um índice que corresponde a 7,63 % ao total dos presos liberados, conforme informação divulgada pela secretaria de Administração Penitenciária (SAP). [...] (grifo da autora)

Por fim conforme se denota na referida notícia acima, há segundo pensamento do promotor Antonio Baldin de ser analisado, o benefício com as “devidas cautelas” de modo que não ocorra a onda de ataques assim como no ano de 2006 mencionado na reportagem.

Contudo mais uma vez se faz presente uma análise apurada do sentenciado para que o Brasil e seus estados, crianças, jovens, adultos trabalhadores, o cidadão em si não sofra a consequência de uma saída, de um indulto, que ao beneficiar o preso, pode lhe trazer muitos malefícios dentre eles, o medo e o mais irreversível no seu contexto: a morte.

Posto isto a realização do exame criminológico seria apropriada as circunstâncias do fato.

3 CONCLUSÃO

Denota-se que o presente trabalho abordou a necessidade do exame criminológico desde o seu inicio de cumprimento da pena, bem como em determinada hipótese a realização até daquele considerado provisório.

Uma vez que ficou demonstrado, que o exame criminológico, não afeta a presunção de inocência, aliás, dos parâmetros para uma decisão mais justa e humanitária com relação à condenação do sentenciado. Sendo certo que o exame não tem o condão de obter 100% de certeza de que o detento não voltará a delinquir; porém como já fora dito serve de parâmetro para motivação da decisão do juiz. Uma vez que há de se ponderar que não é porque o exame obteve parecer favorável ou contrariamente que se faz necessário o juiz ficar vinculado a este parecer.

No tocante conforme se verificou no presente trabalho se faz necessário justificar a individualização do condenado. Ora se a este é necessário a individualização de sua conduta seria presumível, que o mesmo deve obter um registro prisional de sua conduta desde a sua inserção ao sistema carcerário.

Sendo assim deveria, no entanto, passar por análise de sua conduta, por meio de exame criminológico para que conforme o seu cumprimento de pena, e ao obter o lapso temporal para os benefícios, pudesse afim auferir o seu caráter desde o início até aquele determinado dia para a concessão.

Fica evidente a necessidade de o detento se comportar disciplinadamente no sistema penitenciário de modo que possa manipular o resultado.

Mas no mais das vezes o exame criminológico deve ser considerado de ampla importância, uma vez que a nova lei 10.792/03 aboliu o exame criminológico do seu texto, não o mais tipificando expressamente, porém conforme já fora analisado no decorrer do trabalho este se faz presente explícita e implicitamente no código penal, e na lei de execuções penais.

Por determinar a concessão do benefício à lei julga necessário o lapso temporal o seja o requisito objetivo e o subjetivo, relacionado ao mérito do condenado.

O mérito do condenado está ligado a sua personalidade, seu psicológico, sua integração social, no âmbito com demais detentos, funcionários e seus familiares. De modo que a lei autoriza a concessão do benefício apenas com a apresentação de atestado de bom comportamento carcerário.

Ora, se faz necessário uma crítica, pois como um simples atestado pode ter o condão de averiguar se o sentenciado esta apto ao convívio social, de modo que o exame por ser mais abrangente, é questionado. Pois assim sendo estaria se concedendo benefício apenas com base na conduta carcerária do preso; de modo que não há segurança com relação a esse critério, porque conforme já fora exposto à necessidade do detento simular, manipular o seu comportamento.

Com relação à progressão de regime frente a pratica de falta disciplinar de natureza grave, ocorrem controvérsias a seu respeito no que tange a interrupção ou não para aquisição dos benefícios.

Mais sensato se faz o entendimento de que haja a interrupção para que o detento obtenha reabilitação de sua conduta e seja estimulado a manter a ordem e a disciplina.

No benefício de concessão ao livramento condicional, há entendimento divergentes frente à aplicação ou não da interrupção em caso de falta grave. Mais correto dizer que tanto no livramento quanto na progressão a prática de falta grave deve ser interrompida. Senão vejamos mesmo para aqueles que abominam o exame criminológico, a prática de falta disciplinar de falta grave em ambos os casos, como na progressão, no livramento, no indulto, deverá constar nos autos, a atribuição referente à sua conduta, ou seja, a falta grave que o mesmo praticou.

Ora, se os benefícios devem ser concedidos, de acordo com o mérito do condenado, por meio de atestado de bom comportamento, como entendimento da maioria dos estudiosos; não muda o entendimento; sendo tanto por exame criminológico ou atestado de bom comportamento deverá constar aos autos que o mesmo apresentou, ou apresenta, de acordo com o momento; má conduta carcerária diante da prática de falta disciplinar de natureza grave cometida.

Diante disso mais necessária se faz interrupção frente a prática de tais faltas cometidas, bem como a realização do exame criminológico para aferir mais precisamente a sua conduta, e buscando a sua reabilitação.

Cabe salientar que se faz necessário a verificação do exame criminológico em crimes de todas as espécies não só com relação à violência ou grave ameaça, como também as concessões de benefícios, prisionais bem como progressão de regime, livramento condicional indulto, e saída temporária; pois os citados benefícios têm o condão de reinserir o detento ao convívio social. Sendo assim dependendo do caso, ou do criminoso, pode por em risco a segurança social, fazendo com que os cidadãos em liberdade, passe a se aprisionar com relação ao medo, de ataques como assaltos, homicídios, latrocínios, furto, roubo, e demais crimes tipificados no Código Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. Recurso Especial para o Egrégio Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.077.377SP. **Exigência do exame criminológico não caracteriza ilegalidade**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Luciano Carlos Arruda Freixo. 3, out. 2007. Disponível em http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/habeas_corpus/jurisprudencias/juris_atualidade acesso em 1 maio. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 439. “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso desde que em decisão motivada”. Relator ministro Felix Fischer. **Migalhas: pílulas de informação**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/asp?cod=106550>. acesso em 9 maio. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 441. “a falta grave não interrompe o prazo para a obtenção do livramento condicional”. Relator ministro Arnaldo Esteves Lima. **Migalhas: pílulas de informação**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/asp?cod=106550>. acesso em 9 maio. 2010.

CAPEZ. Fernando. **Execução Penal**. 8ª ed. São Paulo: Paloma, 2001.

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

O GLOBO, Online. **Presos se rebelam em Hortolândia**. Editorial 03 de ago. 2006. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sp/mat/2006/08/03/285097970.asp> acesso em 4 maio 2010.

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

JÚNIOR. Sidio Rosa de Mesquita. **Manual de Execução Penal: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 1999.

KUEHNE, Maurício. **Doutrina e prática da Execução Penal**. 2ªed. Curitiba: Juruá, 1995.

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

MECUM, Vade. **Acadêmico de Direito**. 6ª ed. São Paulo: Rideel, 2008.

MECUM, Vade. **Compacto**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva,2009.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1996. v.1

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários a Lei de Execução Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Luis Inácio Lula da. Decreto nº 7.046 de 22 de dezembro de 2009. **Concede indulto natalino e comutação de penas, e outras providências**. Presidência da República. Brasília, DF 22 de dez. 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/Decreto/D7046.htm Acesso em 4 maio. 2010.

SILVA, Luis Inácio Lula da. Decreto nº 6.706 de 22 de dezembro de 2008. **Concede indulto natalino e comutação de penas, e outras providências**. Presidência da República. Brasília, DF 22 de dez. 2008. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/Decreto/D6706.htm Acesso em 4 maio. 2010.

SILVA, Jorge Vicente. **Execução Penal**. Curitiba: Juruá, 1997. v.22.