

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATHEUS VIANNA BARRETO DE FRAIPONT

O EXAME CRIMINOLÓGICO E A ANÁLISE DE SUA
(I)LEGALIDADE COMO REQUISITO PARA FRUIÇÃO DE
DIREITOS EXECUTÓRIOS:
ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

VITÓRIA
2021

MATHEUS VIANNA BARRETO DE FRAIPONT

**O EXAME CRIMINOLÓGICO E A ANÁLISE DE SUA
(I)LEGALIDADE COMO REQUISITO PARA FRUIÇÃO DE
DIREITOS EXECUTÓRIOS:
ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do Grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Mestre Anderson Burke.

VITÓRIA
2021

RESUMO

O presente trabalho científico busca compreender a aplicação do exame criminológico como forma de melhor aferir a possibilidade de deferimento de direitos no decorrer do cumprimento da pena. Para tanto, realiza uma análise geral de sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro, com as alterações legislativas sobre o assunto, bem como a construção jurisprudencial sobre sua aplicabilidade, principalmente após a alteração na LEP promovida pela Lei 10.792, ainda em 2003. Após, busca estabelecer relação entre princípios constitucionais e legais possivelmente ligados à realização do exame criminológico. Com base nessas premissas, o presente estudo analisa doze julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na busca pelos principais argumentos usados pelos desembargadores para amparar suas decisões pela aplicabilidade do referido exame, com a consequente crítica à utilização deste como novo – e ilegal – requisito para a fruição de direitos executórios. Assim, são apresentadas reflexões sobre inconsistências e possíveis motivos para a determinação do exame criminológico antes de conceder os direitos pleiteados, a despeito da ausência de previsão legal.

Palavras-chave: Exame criminológico. Execução Penal. Direitos executórios. Jurisprudência. Princípios Constitucionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1 O EXAME CRIMINOLÓGICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	6
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS AO EXAME CRIMINOLÓGICO.....	12
2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	13
2.2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	21
2.3 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	26
2.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	28
3 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO.....	35
3.1 A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 10.792/2003 COMO DISPENSABILIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO: O UNÂNIME APELO À JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA.....	36
3.2 A DICOTOMIA ENTRE A GRAVIDADE ABSTRATA E A GRAVIDADE CONCRETA: UMA ABERTURA AO SUBJETIVISMO JUDICIAL.....	43
3.3 O RESULTADO DO EXAME: A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E A TRANSFORMAÇÃO DO JUIZ EM MERO HOMOLOGADOR DE LAUDOS PERICIAIS.....	50
3.4 O PERIGOSO ARGUMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DO <i>IN DUBIO PRO SOCIETATE</i>	54
3.5 O DISCURSO DA PERICULOSIDADE E O PERIGO DO RETORNO AO DIREITO PENAL DO AUTOR: A TENTATIVA DE MOLDAR O INTERIOR DOS INDIVÍDUOS PRESOS.....	63
4 CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

A execução da pena privativa de liberdade é possivelmente a face mais severa e visível da força punitiva do Estado, já que nesse momento o indivíduo já foi devidamente processado e condenado. Em tese, não há mais dúvidas sobre sua condenação, o que faz com que muitos, inclusive o Estado, já não vejam mais o condenado como detentor dos mesmos direitos e garantias da população em geral.

Nesse sentido, é válido investigar um dos mecanismos pelos quais esse excesso de punição pode estar sendo praticado: o exame criminológico.

A importância de tal investigação se deve principalmente ao fato de que, antes do advento da Lei 10.792/2003, que alterou a redação do artigo 112 da LEP, o exame era um requisito subjetivo previsto para a progressão de regime, como será explorado no tópico inicial. Entretanto, com a alteração, passou a ser requisito subjetivo tão somente o fato do apenado “ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento”, não sendo sequer mencionada a possibilidade da realização desse exame.

Assim, faz-se necessário estudar a forma como o referido exame vem sendo tratado pela jurisprudência e por parte da doutrina. Justamente por isso, o presente trabalho teve como objetivo a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, elencando os principais argumentos utilizados pelos desembargadores que compõem as duas câmaras criminais do tribunal para fundamentar a utilização do referido exame.

Então, foram selecionados doze julgados mais recentes sobre a aplicabilidade do exame criminológico, abarcando pelo menos um de cada desembargador, com o consequente estudos das razões de decidir empregados. No ponto, deve-se destacar que as decisões foram devidamente referenciadas ao final do presente trabalho, com acesso livre no banco de jurisprudência do tribunal capixaba.

Porém, antes de adentrar na análise específica dos julgados, é preciso inicialmente explicitar a forma como o exame criminológico é previsto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a evolução legislativa sobre o tema. Com isso, também será analisado o tratamento jurisprudencial dado pelos Tribunais Superiores à aplicabilidade desse exame ao longo do tempo, sendo importante destacar desde já tratar-se de matéria consolidada e, inclusive, sumulada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça como pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, serão elencados princípios constitucionais entendidos como relacionados à aplicação do exame criminológico, pelas mais diversas óticas possíveis. Por óbvio, a relação feita com princípios constitucionais afetos aos Direito Penal e à Execução Penal não pretende ser exaustiva, mas focar naqueles que podem ser mais atingidos – ou até, na ótica de alguns, efetivados – pela aplicação do exame e o consequente uso para a análise sobre o deferimento ou indeferimento de direitos executórios.

Com esses tópicos iniciais, pretende-se estabelecer premissas que auxiliarão o estudo e aprofundamento na argumentação dos desembargadores do TJES ao julgarem agravos de execução penal ou *habeas corpus* sobre a matéria.

A partir disso, buscou-se responder aos seguintes problemas de pesquisa: a jurisprudência do TJES caminha no sentido da criação de um novo (e ilegal) requisito subjetivo à fruição de direitos executórios, por meio da aplicação do exame criminológico? Considerando a forma como é aplicado o exame criminológico no Judiciário capixaba, é possível dizer que há violação a princípios legais e constitucionais pela grande abertura ao subjetivismo dos magistrados na escolha de quem será submetido ao exame? Quais as principais linhas argumentativas empregadas pelos desembargadores ao decidirem sobre o assunto?

1 O EXAME CRIMINOLÓGICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Previsto no art. 34 do Código Penal¹, o exame seria uma etapa do processo de individualização da pena, sendo o condenado à pena privativa de liberdade a ele submetido no início do cumprimento no regime fechado. Do mesmo modo, o art. 35² prevê a aplicação do exame, nos termos do artigo anterior, para os apenados que iniciem o cumprimento no regime semiaberto.

Neste momento, o exame criminológico seria realizado para aferir os antecedentes e a personalidade do sentenciado e, assim, auxiliar na classificação deste e na escolha do grau de severidade a ser aplicado durante a execução da pena, em decorrência da previsão constitucional de individualização da pena no art. 5º, XLVI, da CF/88³.

No mesmo sentido, a Lei de Execução Penal (LEP) prevê a realização do exame criminológico, considerando que ele será feito para “a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”, como disposto no artigo 8º.

Desse modo, verifica-se que as previsões legais relativas ao exame criminológico, ao menos em uma primeira análise, estão contidas neste momento inicial do cumprimento da pena, o que está de fato ligado ao mandamento de individualização. É dizer, não obstante a discutível importância do exame de classificação, que somente seria eficaz se na prática os estabelecimentos prisionais fossem capacitados e diferenciados para cada “perfil criminológico”, a própria legislação apenas traz a previsão para a sua realização no início do cumprimento da pena.

Entretanto, a questão que se pretende abordar no presente estudo é a que diz respeito ao exame criminológico no decorrer do cumprimento da pena, sendo um dos motivos

¹ Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

² Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

³ Art. 5º (...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

mais recorrentes a verificação do preenchimento do requisito subjetivo para a fruição de benefícios da execução, como a progressão de regime.

Nesse ponto, cabe ressaltar que, antes do advento da Lei 10.792/2003, que alterou a redação do artigo 112 da LEP, o exame era de fato um requisito subjetivo previsto para a progressão de regime. Contudo, com tal alteração, passou a ser requisito subjetivo tão somente o fato do sentenciado “ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento”, não sendo sequer mencionada a possibilidade da realização desse exame.

Na hipótese, válida a análise da redação do referido dispositivo desde a sua primeira versão até a referida Lei 10.792/2003:

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.

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. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

Desse modo, vê-se que o parágrafo único da redação original trazia expressamente a necessidade de aplicação do exame criminológico, quando necessário, e do parecer da Comissão Técnica de Classificação. Por sua vez, com a redação alterada em 2003, passou a bastar a comprovação de bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento.

Ou seja, o exame criminológico deixou de ser um requisito obrigatório para a concessão da progressão de regime prisional, como era antes da alteração legislativa.

Do mesmo modo, a não obrigatoriedade do exame criminológico foi mantida pelas alterações promovidas pela Lei 13.964, de 2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime. Neste caso, além das porcentagens detalhadas de tempo de pena

cumprida para a progressão, a nova redação mantém o comando legal relativo à suficiência, para preenchimento do requisito subjetivo, da comprovação de bom comportamento carcerário:

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:

(...)

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Dessa forma, verifica-se que, com as alterações promovidas na LEP ao longo dos anos, o referido exame de fato deixou de ser obrigatório para a fruição de direitos executórios, restando unicamente a previsão de sua realização no início do cumprimento de pena, o que, como citado, ainda assim é dotado de duvidosa eficácia.

Contudo, o que ocorre na prática é a determinação da realização do exame criminológico no curso da execução para aferir suposta aptidão do condenado à concessão de direitos inerentes à execução penal, como a progressão de regime, o livramento condicional e as saídas temporárias.

Então, na prática da execução penal, tem sido criado requisito para a fruição de direitos inerentes à execução penal, que tem sido ratificado não apenas pelo Ministério Público (enquanto órgão de execução) ou juízes de execução.

A propósito, há de se destacar trecho da Exposição de Motivos da LEP em que se discorreu sobre o então chamado “exame de personalidade”:

27. Reduzir-se-á mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do trigo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução.

Portanto, vê-se que o próprio autor do projeto de lei que deu origem à Lei de Execução Penal, à época o Ministro da Justiça, considerava que o exame criminológico apenas

seria útil à individualização da pena se realizado no início do cumprimento da pena e se fossem destacadas mudanças no perfil do apenado ao longo da execução.

No ponto, válido analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, onde desaguaram inúmeros recursos e *habeas corpus* com relação à aplicação do exame criminológico desde que feita a alteração do art. 112 da LEP, ainda em 2003. Para tanto, destaca-se os seguintes julgados:

De acordo com as alterações trazidas pela Lei 10.792/03, o exame criminológico deixa de ser requisito obrigatório para a progressão de regime, podendo, todavia, ser determinado de maneira fundamentada pelo juiz da execução de acordo com as peculiaridades do caso. Assim, mesmo que não tenha sido realizado em primeira instância, o exame criminológico pode ser determinado pelo tribunal a quo, desde que este se funde em elementos concretos (relativos sempre a fatos ocorridos no curso da execução penal) a apontar para a sua necessidade. No caso sob exame, considerando o histórico de fugas e participação em rebeliões apresentado pelo paciente, que apenas foi recapturado quando do cometimento de outro delito, é de se reconhecer a conveniência da realização do exame. (STJ, 2008)

[...] de acordo com o art. 112 da Lei nº 7.210/1984, com a redação dada pela Lei nº 10.792/2003, para a progressão de regime, não mais se exige seja o apenado submetido ao exame criminológico, cuja realização pode ser determinada, desde que devidamente motivada a decisão. 2. No caso, o Juiz singular disse desnecessário o exame criminológico, pois considerou suficiente para a progressão de regime o cumprimento de um sexto da pena e o bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do estabelecimento prisional, decisão mantida pelo Tribunal de origem. (STJ, 2008)

O exame criminológico constitui um instrumento necessário para a formação da convicção do Magistrado, de maneira que deve sempre ser realizada como forma de se obter uma avaliação mais aprofundada acerca dos riscos de se transferir um condenado à pena a ser cumprida em regime fechado, para um regime menos gravoso, no qual terá maior contato com a sociedade. De outra parte, é procedimento que não constrange quem a ele se submete, pois se trata de avaliação não-invasiva da pessoa, já que se efetiva por meio de entrevista com técnico ou especialista, não produzindo qualquer ofensa física ou moral. (STJ, 2008)

Nos julgados acima, vê-se que, de fato, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela possibilidade de aplicação do exame criminológico, a despeito da referida alteração legislativa. A partir desses precedentes, em 2010 a Corte editou a Súmula nº 439, que assim dispõe sobre a questão:

Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. (STJ, 2010)

No mesmo sentido já havia se manifestado o Supremo Tribunal Federal ainda em 2006, no HC 88.052-DF, de relatoria do ilustre ex-ministro Celso de Mello, que destacou que

(...) não obstante o advento da Lei nº 10.792/2003, que alterou o art. 112 da LEP – para dele excluir a referência ao exame criminológico -, que nada impede que os magistrados determinem a realização do mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada (...). A razão desse entendimento apoia-se na circunstância de que, embora não mais indispensável, o exame criminológico – cuja realização está sujeita à avaliação discricionária do magistrado competente – reveste-se de utilidade inquestionável (...) (STF, 2006).

Da leitura do julgado destacado, é possível concluir que o STF trilhou o mesmo caminho do STJ, admitindo o referido exame quando os magistrados entenderem necessário, considerando as circunstâncias do caso específico.

Posteriormente, no HC 108.804-SP a Corte Suprema voltou a afirmar que a realização do exame seria uma faculdade do juiz da execução, desde que se entenda necessário à aferição das características do preso e da possibilidade de “reinserção social”. Na ocasião, a relatora Ministra Carmen Lúcia apontou que, para aferir se o apenado teria “condições para a vida comunitária livre” (STF, 2011), não poderiam ser feitas apenas avaliações superficiais, justificando então a realização do exame, a despeito da alteração legislativa.

Além disso, há de se destacar a Súmula Vinculante 26⁴, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal destacou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos). No referido dispositivo, previa-se o cumprimento integral da pena em regime fechado para os casos de crimes hediondos ou equiparados.

No final da referida Súmula Vinculante, a Corte destaca a possibilidade de que o juízo da execução determine, de forma fundamentada, a realização do exame criminológico

⁴ Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

antes de decidir sobre a progressão de regime. No caso, ainda que essa se refira especificamente aos casos de condenados por crimes hediondos ou equiparados, em conjunto com os julgados citados anteriormente expõe a direção apontada pelos Tribunais Superiores.

Dessa forma, vê-se que os Tribunais Superiores firmaram o entendimento pela aplicabilidade do exame, mesmo que a legislação não traga mais qualquer menção a este no tocante à fruição de direitos executórios.

No entanto, demarcou-se a excepcionalidade da aplicação do exame criminológico, além da redundante exigência de motivação da decisão que o determinar, afinal toda decisão judicial deve ser motivada.

Ademais, a jurisprudência deixa claro que esta aplicação deve se basear em elementos concretos ocorridos no decorrer da execução da pena. Justamente por isso, não é possível que se leve em consideração a gravidade em abstrato do delito⁵, o que de fato tende a ser um problema, como será aprofundado a frente no presente trabalho.

A propósito, este é o ensinamento de Rodrigo Roig, em sua obra sobre a execução penal:

Ainda que considerada uma faculdade, fato é que a decisão pela requisição dos exames criminológicos não pode ser fundamentada na gravidade abstrata do crime praticado ou na longa pena a cumprir (STJ, HC 366253/SP, 6^a T., j. 13-9-2016), na alusão à prática de falta grave antiga ou sem a indicação de sua data (dado essencial para se aferir os efeitos da falta sobre o status libertatis do indivíduo), ou ainda, em alegações genéricas acerca do cabimento do exame criminológico. Nenhum destes elementos é idôneo a justificar a requisição do exame. (ROIG, 2018, p. 175)

⁵ (...) Na hipótese, o Tribunal de origem deu provimento ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público e reformou a decisão de primeiro grau que concedera a progressão de regime, sem indicar elementos concretos pelos quais o exame criminológico estaria justificado, fundamentando a determinação tão somente na gravidade em abstrato dos delitos cometidos e na longa pena a cumprir do agravado, o que não se coaduna com a jurisprudência desta Corte acerca do tema. (...) (STJ, 2019)

Para o autor, grande crítico da aplicação do exame criminológico, como será aprofundado adiante, de fato a jurisprudência entende a exigência de exame criminológico como uma faculdade do juízo de execução, mas que de forma alguma deve se basear na gravidade em abstrato do delito, na quantidade de pena aplicada ou alusões genéricas ao cabimento do exame.

Pelo exposto nesse capítulo, tem-se como premissa para o presente trabalho o atual estágio da jurisprudência dos Tribunais Superiores com relação à aplicabilidade do exame criminológico a depender de peculiaridades do caso, que devem ser fundamentadas pelo juízo que o determinar e devem ser relacionadas a fatos ocorridos na execução da pena, não à gravidade abstrata do delito. Ademais, também é premissa deste trabalho o fato de que os dispositivos legais que tratam do exame criminológico preveem sua aplicação no início do cumprimento da pena, para que sirva a sua individualização.

A partir disso, é necessário passar por princípios constitucionais ligados à aplicação do referido exame, visando a análise da jurisprudência específica do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, o que será realizado nos próximos capítulos.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS AO EXAME CRIMINOLÓGICO

Estabelecidas as premissas do capítulo anterior, vale no presente passar à análise de princípios constitucionais relacionados à aplicabilidade do exame criminológico no Brasil. Isto porque, como exposto até aqui, a determinação destes exames não decorre mais diretamente de preceitos legais expressos, mas sim de uma gama de argumentações doutrinárias, mas principalmente jurisprudenciais, que buscam dar legitimidade a tal aplicação.

Com isso, é necessário buscar no presente princípios constitucionais relativos ao exame, seja para embasar a sua aplicabilidade ou a inaplicabilidade, para que mais a

frente seja possível analisar detidamente os julgados provenientes do Tribunal de Justiça do Espírito Santo sobre o assunto.

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Em primeiro lugar, deve-se lançar um olhar detido ao princípio da legalidade, desde seu viés constitucional até a estrita aplicação na execução penal, que, por óbvio, decorre desta primeira previsão.

Inicialmente, ao abordar o princípio da legalidade, é necessário compreendê-lo como a “pedra angular do Estado de Direito”, consagrada a partir do ideário liberal na busca de conter o poder estatal, justamente em sua forma punitiva e arbitrária. Mais do que uma expressão consagrada, chamar tal princípio dessa maneira carrega um significado que expõe o tamanho de sua importância para que se considere o nível de democracia de determinado Estado.

No estágio de desenvolvimento atual da democracia, é impensável um Estado Democrático em que não exista o império da lei, sempre impondo limites às tendências autoritárias, que invariavelmente aparecerão. É necessário, por meio da legalidade, balizar a atuação estatal, principalmente no que diz respeito ao poder punitivo.

É neste ponto que se encontra a forma como consagrado o princípio da legalidade na Constituição Federal de 1988: a lei como instrumento de proteção das liberdades individuais, de modo que no Estado de Direito, sempre contraposto ao Estado absoluto ou ao Estado de Polícia, deve imperar o governo das leis (MENDES e BRANCO, 2018, p. 1370).

Portanto, a ideia é “submeter a intervenção do Estado ao império da lei inerente ao conceito mesmo de Estado de Direito” (QUEIROZ, 2015, p. 76). Assim, o “seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito” (PRADO, 2019, p. 155).

Na Carta de 1988, a previsão mais ampla está no inciso II, do artigo 5º, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esta previsão é irradiada para os mais diversos âmbitos do Estado de Direito no Brasil, desde previsões de como deve agir a Administração Pública, sempre pautada pelo que determina a lei, até previsões voltadas especificamente aos cidadãos, que apenas serão obrigados a algo em virtude de lei.

Contudo, para o contexto penal, o constituinte fez questão de deixar a legalidade ainda mais clara, de modo que no inciso XXXIX, também do artigo 5º, está a garantia constitucional das mais importantes do Direito Penal, a de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, que é repetida no artigo 1º do Código Penal.

Dessa forma, no âmbito penal, o princípio da legalidade se apresenta de diversas formas, como a reserva legal, a taxatividade da lei penal e a irretroatividade da lei mais severa.

Para o ilustre Nilo Batista, são quatro as funções nas quais se decompõe o princípio da legalidade. A primeira delas é a proibição da retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o acusado. A segunda é a proibição da criação de crimes e penas pelo costume, de modo que só a lei escrita pode fazê-lo. Como terceira função, tem-se a proibição do uso de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, salvo em benefício do réu. Por fim, a quarta função do princípio da legalidade seria proibir incriminações vagas e indeterminadas, sendo que a previsão constitucional cria um direito subjetivo público de conhecer previamente o crime, de modo que deve o Legislativo usar a maior clareza possível na seara penal (BATISTA, 2011, p. 66-77).

Neste ponto, voltando o olhar para a execução penal, o princípio da legalidade se expressa no sentido de que a sanção penal imposta será executada na forma prescrita em lei, respeitando não apenas os diplomas legais, mas, obviamente, a Constituição e os Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Além disso, mesmo que

este não seja o foco do presente trabalho, vale citar que dentro da execução penal o princípio da legalidade se aplica também às sanções disciplinares⁶.

Novamente, válidos os ensinamentos de Nilo Batista, que afirma que o princípio da legalidade abrange “a pena cominada pelo legislador, a pena aplicada pelo juiz e a pena executada pela administração, vedando-se que critérios de aplicação ou regimes de execução mais severos possam retroagir” (2011, p. 66). Portanto, vê-se que o postulado da legalidade não é restrito ao momento anterior à execução da pena, mas se aplica plenamente nesta fase, sendo, inclusive, a continuidade da legitimação dada para que o Estado possa executar as penas que aplicou a partir do poder a ele conferido pela sociedade que o compõe.

Este também é o ensinamento de Rodrigo Roig, para o qual, no âmbito da execução das penas,

“o princípio da legalidade representa afinal a grande amarra ao discricionarismo (...), no intuito de, por um lado, obstar a criação de um Direito próprio (dentro do espaço do não direito) às pessoas privadas de liberdade e, por outro, conter as tentações positivistas e inquisitoriais de reificação do ser humano em situação de encarceramento” (2018, p. 26).

Desde já, cabe aproveitar o ensejo dado por Roig ao citar o princípio da legalidade como “amarra ao discricionarismo”, pois, como veremos mais adiante, uma das grandes problemáticas da aplicação prática do exame criminológico é a perigosa abertura ao subjetivismo.

No mesmo sentido do já exposto, a própria Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, trouxe em seu item 19 que tal princípio o norteia, “de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometem a dignidade e a humanidade do Direito Penal”.

Além disso, é válida a análise sob o prisma da segurança jurídica, que tem como objetivo “repelir qualquer imprevisibilidade ou incerteza no que diz respeito ao controle formal-legal a que se encontra submetido” (PRADO, 2019, p. 180). A importância da

⁶ Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

previsibilidade é patente e ainda mais visível na execução penal, quando o indivíduo já está totalmente sob o controle do Estado em seu momento máximo de intervenção na liberdade individual e de poder.

É necessário que o cidadão em cumprimento de pena saiba a o que pode ser submetido e em relação a o que está protegido, bem como a forma como correrá a execução de sua pena e quando terá finalmente restaurada sua liberdade.

Diante do exposto até aqui, vale novamente citar que, com a alteração do artigo 112 da Lei de Execuções Penais pela lei 10.792/2003, o exame criminológico deixou de ser um requisito para a progressão de regime. No mesmo sentido, com a alteração promovida pela lei 13.964/2019, o exame também não é mais obrigatório.

Com isso, para o preenchimento do requisito subjetivo passou a ser necessário apenas a boa conduta carcerária, que deve ser comprovada pelo diretor do estabelecimento. Na prática, o que ocorre é a apresentação do atestado de conduta carcerária do preso, apresentado pela direção da unidade prisional em que se encontra, que normalmente aponta se este cometeu faltas no decorrer do cumprimento da pena, se responde ou já respondeu a procedimentos administrativos disciplinares enquanto custodiado.

De fato, a partir da citada alteração legislativa, o único fator que deve ser levado em consideração para aferir o requisito subjetivo é a existência ou não de faltas, devidamente reconhecidas, que desabonem a conduta carcerária do apenado. Nada mais do que isso, justamente em decorrência do princípio da legalidade, aqui visto sob o viés mais estrito possível.

Aliás, tão restrita deve ser a aferição do requisito objetivo que Alexandre Roig defende que, na realidade, o que deve ser considerado é a ausência de circunstâncias negativas, não a presença de circunstâncias positivas na conduta do apenado (2018, p. 175). É dizer, seria mais consentâneo com os ditames constitucionais a aferição do requisito subjetivo por meio da ausência de punição, não pela exigência de que o custodiado tenha uma conduta de fato boa ou exemplar, de modo que o autor defende que a conduta regular ou neutra também preencheria o exigido pela lei.

Neste ponto, válido destacar que as referidas faltas disciplinares, para serem aptas a desabonar a conduta do apenado a ponto de impedir o gozo de direitos executórios, devem ser reconhecidas judicialmente, tendo sido garantido o contraditório e a ampla defesa, e razoavelmente recentes (ROIG, 2018, p. 175).

Do mesmo modo se posiciona o Defensor Público do Estado da Bahia, Rafson Ximenes (2010, p. 37) em excelente trabalho publicado sobre o tema. Para o autor, o “comportamento é avaliado pela prática ou não de infrações disciplinares”, de modo que a “investigação da subjetividade é feita considerando somente a sua exteriorização”. Ou seja, Ximenes também defende que o mérito do apenado seja avaliado apenas pela presença ou ausência de circunstâncias negativas em seu histórico prisional recente.

Esta também foi a conclusão do ministro Marco Aurélio Mello no HC 83700/AC (STF, 2004), logo após a alteração legislativa, ao afirmar que, não havendo notícia de mau comportamento por parte do apenado durante o cumprimento da pena, também não há que se falar em óbice a fruição do direito. Para o relator, ausente tal notícia, é presumido “o que normalmente ocorre, não o teratológico, extravagante, que é o mau comportamento”. Logo, para desabonar a conduta do apenado, é necessário que conste expressamente seu mau comportamento.

Na ocasião, o Ministro destacou que a nova redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal afastou o exame criminológico, de modo que “incabível adentrar o campo do subjetivismo”, restando somente a perquirir “o atendimento ao fator objetivo, o cumprimento da parte da pena assinalada em lei e a existência de bom comportamento carcerário, comprovado pelo Diretor do estabelecimento”. Ou seja, para o agora decano, a alteração na LEP de fato fez com que o exame não seja mais um requisito, sendo cabível apenas a aferição objetiva quanto ao cometimento de faltas no decorrer do cumprimento da pena.

A propósito, o eminente ministro manteve firme seu posicionamento na votação que resultou na edição da Súmula Vinculante 26, já no final de 2009, mas foi voto vencido, tendo o verbete ficado com a seguinte redação:

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

Ou seja, para além de tornar vinculante o entendimento, bem no final da disposição, o STF abriu o caminho para a determinação do exame criminológico para que o juízo da execução pudesse analisar o preenchimento dos requisitos.

Naquele momento, Marco Aurélio teceu comentários importantíssimos quanto ao assunto abordado no presente trabalho, mostrando-se válida a transcrição quase integral de sua antecipação ao voto:

Quanto à parte final, conheço os pronunciamentos de ambas as Turmas da Corte, apenas ressaltaria certa modificação legislativa, que foi mencionada da tribuna, verificada em 2003. O que havia antes no artigo 112 da Lei de Execução Penal – LEP? Tinha-se parágrafo que direcionava no sentido de a progressão dar-se a partir do denominado exame criminológico. Editou-se a Lei nº 10.792, em 2003, e expungiu-se essa exigência. Indago: podemos partir para a interpretação analógica que acabe por prejudicar o réu? A resposta é desenganadamente negativa. Não podemos nos antecipar a projeto em tramitação no Congresso, para restabelecer – no campo jurisprudencial – o exame criminológico, que, sabidamente, dificulta a progressão. Como ressaltado da tribuna, em 2003, havia oitenta mil presos na fila de pedidos aguardando o exame. Por isso é que adianto o voto, e devo ter muito cuidado na edição de verbete vinculante, especialmente em matéria penal, no sentido de não aprová-lo, porque se o fizermos, restabelecendo a redação primitiva do artigo 112 da Lei de Execução Penal, estaremos atuando como legisladores.

Apesar de vencido, o voto do ministro Marco Aurélio expõe exatamente o que se aprofunda neste trabalho, principalmente pelo viés do princípio da legalidade. Ao dar abertura para que os juízes da execução exijam a realização de exame criminológico, por meio de súmula vinculante, a Corte Suprema de fato atuou como legisladora, ignorando o advento da Lei 10.792/03.

Isto porque, com a nova redação, os exames foram abolidos como forma de comprovar os requisitos legais para a fruição de direitos pelo apenado, de modo que “pensar o contrário é admitir a possibilidade de criação de requisitos extralegis para restringir a liberdade” (XIMENES, 2010, p. 37).

Entretanto, ainda há quem defenda na doutrina que, apesar da Lei 10.792/2003, continua sendo possível a determinação do exame criminológico para efeitos de progressão de regime, concessão de livramento condicional ou outros direitos executórios.

É o caso de Guilherme Nucci, que, em sua obra sobre execução penal, defende que essa exigência permanece, apesar de não mais destinada à totalidade dos casos, principalmente para os presos “não comuns”, isto é, aqueles condenados por crimes mais graves. Para o autor, o legislador retirou a exigência do exame criminológico para fins de progressão de regime para “afastar a realização de laudos e pareceres idênticos para casos similares, por excesso de serviço e falta de pessoal” (NUCCI, 2018, p. 158).

No entanto, apesar de não ser mais necessária a realização do exame em todo e qualquer caso,

a partir de agora, dentro do constitucional processo de individualização da pena, somente em situações necessárias, para a formação da convicção do julgador, poderá ser determinada a colheita de elementos junto à Comissão ou mesmo à Direção do Presídio. Outra não pode ser a interpretação a ser dada, uma vez que seria fazer letra morta da riqueza proporcionada pelo art. 5.º, XLVI, primeira parte, da Constituição Federal, consagrador do princípio constitucional da individualização da pena. (NUCCI, 2018, p. 157)

Portanto, Nucci entende que permanece a exigência do exame criminológico em situações específicas em que o juízo entenda necessário aprofundar a análise quanto ao mérito do apenado, que continua previsto no §2º, artigo 33 do Código Penal⁷.

Contudo, sob a ótica do princípio da legalidade, foco do presente capítulo, esta não é a posição mais acertada. Se a intenção do legislador fosse manter a obrigatoriedade do exame criminológico para a fruição de direitos, consagrando a aludida individualização da pena, principalmente em crimes tidos como mais graves, assim o teria feito. Ora, partindo do princípio da legalidade, aplicado aqui à execução penal,

⁷ Art. 33 (...) § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (...)

deve-se ater ao estritamente previsto na letra da lei, uma vez que se trata de impor prejuízo ao apenado, que obviamente permanecerá mais tempo preso a depender do resultado do exame.

No ponto, nota-se outra fragilidade deste argumento, pois os crimes graves têm tratamento diferenciado legalmente previsto no que tange à execução penal, como ocorre nas frações de 2/5 e 3/5 para a progressão de condenados por crimes hediondos, por exemplo, além de já terem tido tais circunstâncias levadas em consideração no momento da aplicação da pena. Justamente por isso, levar mais uma vez em conta tal gravidade no momento de determinar a realização de exames criminológicos para a concessão de direitos, além de não ser medida prevista em lei, também seria uma dupla punição pelos mesmos fatos.

Retornando aos argumentos encampados por Guilherme Nucci, de fato a individualização da pena é um mandamento constitucional da mais elevada importância, sendo o exame criminológico, quando realizado corretamente no início e no decorrer do cumprimento da pena, nos termos previstos em lei, uma forma defensável de se concretizar a individualização. Contudo, o que não pode ocorrer é a negativa de concessão de direitos do apenado por conta da determinação deste exame.

A nosso ver, embasar a admissibilidade do exame criminológico como forma de atender ao princípio da individualização da pena, por meio de gravames ao apenado não previstos em lei para essa finalidade, torna-se um discurso totalmente falacioso. Mais uma vez, se o que se pretende é retornar à aplicabilidade plena do exame criminológico como medida obrigatória para o gozo de direitos executórios, deve-se alterar o disposto em lei, não criar requisitos extraleais – logo, inconstitucionais – para tanto.

Para finalizar, cabe novamente visitar os ensinamentos de Roig, quando afirma corretamente que

em um sistema que prime pela absoluta segurança jurídica, que rechace a flexibilidade (negativa) da pena e que não se curve perante os discursos disciplinar (faltas) e criminológico (exames criminológicos), a avaliação

judicial dos direitos deveria se basear em elementos estritamente objetivos (fração de cumprimento de pena), restando a análise dos requisitos subjetivos apenas para efeito dos direitos domésticos do apenado. (2018, p. 174)

Esta parece a posição mais acertada sob a ótica da legalidade, coibindo ao máximo os subjetivismos na execução da pena e mantendo o respeito às garantias constitucionais dos apenados. Como explica o brilhante professor, em um sistema de execução imbuído de segurança jurídica, respeitando a legalidade, deve-se rechaçar a flexibilidade que prejudique o apenado, que infelizmente é o que ocorre ao se possibilitar a determinação do exame criminológico como forma de aferir o requisito subjetivo para a progressão de regime, a obtenção de livramento condicional, indulto ou anistia.

A execução da pena tende a ser a face mais presente do poder punitivo do Estado, o que faz com que toda cautela seja empenhada quando o resultado possa ser o prejuízo ao cidadão em cumprimento de pena.

2.2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Outro princípio intimamente ligado com a problemática desenvolvida pelo presente trabalho é o da individualização da pena, que merece também sérios apontamentos.

Na Constituição de 1988, a individualização da pena está prevista como um direito fundamental no inciso XLVI do artigo 5º, ao determinar que “a lei regulará a individualização da pena”. No caso, tem-se a referida individualização em três momentos: o legislativo, ao passo em que são criadas as leis que criminalizam determinadas condutas; o de aplicação da pena pelo Judiciário, quando decide na ação penal sobre a pena aplicável, a quantidade desta, o regime em que será cumprida e eventual substituição; por fim, o de execução da pena efetivamente aplicada ao indivíduo.

Sobre o direito à individualização da pena, Gonet Branco afirma que, ao julgar o HC 82.959/SP, a Corte Suprema ampliou o âmbito de proteção, de modo que este não mais está restrito à fixação abstrata da pena pelo legislador e concreta pelo juiz da ação penal, “mas abrange também a própria execução da pena” (2018, p. 798).

No ensinamento de Nilo Batista, o princípio da individualização da pena impõe que “a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina” (2011, p. 101). Mais do que isso, é necessário que se leve em consideração a pessoa que praticou o fato delituoso, mas também o contexto e as circunstâncias em que se deu o fato, bem como a magnitude do bem jurídico atingido. É a partir dessa consideração do caso concreto e do apenado que seria possível, em sede de execução, concluir pelo modo de cumprimento da pena, o local, o rigor disciplinar, dentre outros fatores.

Para Alexandre Roig, em uma ótica moderna, de início, é necessário entender a individualização, no que tange à execução da pena, como uma obrigação das autoridades responsáveis para que enxerguem o preso como verdadeiro indivíduo, “considerando suas reais necessidades como sujeito de direitos” (2018, p. 31). Ou seja, não há mais que se falar em individualização como sinônimo de classificação do apenado para que se chegue ao tratamento penitenciário que este receberá.

Guilherme Nucci, por sua vez, trata do princípio da individualização justamente em conjunto com a classificação do apenado, de modo que por meio da análise dos antecedentes e da personalidade deste, será possível chegar à maneira ideal de cumprimento da pena. Para o autor, a partir desta classificação é que se dará efetividade ao comando constitucional de individualização da pena em sede executória, de modo que “cabe ao juiz da execução penal determinar a realização do exame criminológico, quando entender necessário” (NUCCI, 2018, p. 35), considerando o referido exame como algo que contribui para a riqueza do processo de individualização ao longo da execução.

Em uma primeira análise, tal posicionamento até pareceria aceitável, sem levar em consideração aspectos que levam à conclusão pela imprestabilidade destes exames e sua afronta a diversos outros princípios constitucionais, como será explorado mais a frente. No entanto, ainda que se aceitasse a importância do exame criminológico realizado no início e ao longo da execução da pena, a sua utilização como requisito extralegal – judicial – para a fruição de direitos afetos à execução seria indefensável.

É incomparável sua utilização a título de classificação do apenado para que este possa cumprir pena em um local e com regras disciplinares específicas para o seu “perfil criminológico” – se é que o exame é de fato capaz de identificar este perfil – com sua aplicação para obstar a obtenção de direitos a que legalmente o apenado já faz jus.

No ponto, há de se destacar que, muito embora faça sentido a necessidade de classificar os apenados para dar tratamento diferenciado a casos também diferenciados, a realidade do sistema penitenciário não aponta para a possibilidade prática dessa distinção. Quando muito, há unidades prisionais de diferentes níveis de segurança, mas a título de programas e tratamento de apenados especificamente com relação aos crimes praticados e suas circunstâncias concretas, bem como sua personalidade, os presídios brasileiros, em regra, não têm se mostrado preparados para a efetiva individualização da pena.

Ainda assim, Nucci entende que a determinação do exame criminológico por parte do juiz da execução deve continuar a ser feita, justamente para que se possa, dando efetividade à individualização da pena, proceder à avaliação do mérito do sentenciado. Para o autor, seria inútil realizar um programa individualizador e um exame criminológico no início da execução sem que haja continuidade, avaliando ao longo do cumprimento da pena o resultado concreto no apenado. Ademais, a comprovação de bom comportamento carcerário, exigido pelo artigo 112 da LEP, não poderia se dar apenas por meio de um mero atestado (NUCCI, 2018, p. 158).

Como dito, o princípio constitucional da individualização da pena foi debatido pelo STF no já citado HC 82.959, quando se declarou inconstitucional a norma que previa o cumprimento de pena por crime hediondo em regime integralmente fechado, por violação à individualização da pena. Na ocasião, o Supremo entendeu que, ao proibir a progressão de regime para condenados por crimes hediondos, ainda que o tratamento diferenciado para estes também tenha previsão constitucional, o legislador feria o núcleo essencial da individualização da pena.

Isto porque, ao determinar que todos os apenados por cometimento de crime hediondo cumprissem a pena integralmente em regime fechado, não há como as

características e circunstâncias de cada caso serem levados em consideração, restando claramente violado o referido direito fundamental. Ademais, há de se lembrar que o modelo progressivo também encontra previsão constitucional no inciso XLVIII.

A partir do entendimento exposto pelo STF, com a ampliação do âmbito de proteção do direito à individualização previsto no inciso XLVI, artigo 5º, CF/88 (MENDES e BRANCO, 2018, p. 798), é até possível dizer que, ao determinar consecutivos exames criminológicos, atrasando – ou mesmo impedindo, na prática – a fruição de direitos executórios, os juízes da execução estariam subvertendo o próprio núcleo essencial deste direito. Ou seja, valendo-se de aplicação subvertida do referido princípio – que, como vimos, é um direito fundamental – ao atuar dessa forma os juízes da execução estariam, em verdade, negando a individualização da pena a seu bel prazer, de forma completamente subjetiva e sem previsão legal, obstando a progressão de regime ou a concessão do livramento condicional.

A partir disso, restaria clara a aplicação de um direito fundamental do apenado, que deve também ser respeitado na execução da pena, em seu desfavor. Isto é, usa-se como argumento a necessidade de individualização da pena para restringir justamente os direitos executórios previstos ao apenado.

Sobre o tema, mais uma vez são de grandíssima relevância os ensinamentos de Rodrigo Roig:

(...) partindo das premissas de que o princípio individualizador possui assento constitucional e que a Constituição de 1988 instituiu o dever jurídico-constitucional de minimização de danos, faz-se necessário concluir que a individualização da execução somente se mostra constitucional quando operada no sentido redutor de danos (como, por exemplo, a flexibilização das regras do regime de cumprimento de pena, permitindo a imposição de regime menos gravoso não em função do texto de lei, mas em virtude da necessidade de individualização). De fato, como excepcionalização do princípio da legalidade, a individualização da pena não pode ser empregada em prejuízo do condenado (tal como ocorre na requisição de exames criminológicos). (2018, p. 32)

O entendimento exposto acima, além de esclarecedor sobre o tema e de citar especificamente a problemática tratada neste trabalho, mostra-se de fato completamente aplicável ao que foi exposto até aqui. Ao embasarem a determinação do exame criminológico na suposta necessidade de se proceder à individualização da

pena, como se este fosse, por si só, capaz de fazê-lo, os juízes da execução acabam ferindo de morte a própria razão de ser do direito à individualização da pena.

Da análise do referido núcleo essencial do direito fundamental à individualização da pena, vê-se na realidade uma proteção ao apenado, que deve ter um cumprimento de pena adequado às circunstâncias específicas do caso e a sua personalidade. O que se pretende impedir com este direito fundamental é a padronização da execução da pena para presos com diferentes características, afinal, não haveria qualquer sentido em se impor o mesmo modo de cumprimento ao condenado por furto e ao condenado por chefiar uma organização criminosa.

Claramente estes não devem sequer cumprir sua pena no mesmo estabelecimento, muito menos ter o mesmo nível de rigor no que diz respeito a liberdade de trânsito entre as celas, contato com demais presos ou até a questão da visitação. Mas também é óbvio que essa proteção à padronização do cumprimento de pena não deve servir como empecilho, como uma arma contra o apenado, mesmo que condenado por crimes mais graves.

Seguindo no exemplo dado, mesmo que o tratamento deva ser diferenciado para o apenado chefe de organização criminosa, isso não quer dizer que seus direitos expressamente previstos e devidamente alcançados possam ser afastados com base na necessidade de individualização da pena.

Mesmo que isso fosse aceitável, como será exposto neste trabalho, trata-se de uma perigosa abertura ao subjetivismo judicial. Afinal, não há como saber especificamente quando a execução da pena aplicada está corretamente individualizada.

Justamente por isso, utilizar-se da necessidade de individualizar a pena para claramente prejudicar o condenado – afinal, além de não vincular o juízo, o resultado do exame apenas servirá para obstar a fruição do direito pelo apenado, vez que o requisito subjetivo legalmente previsto já estaria preenchido – seria clara subversão à razão de ser deste direito fundamental.

2.3 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Nos termos do inciso LV, do artigo 5º, da Constituição de 1988, é garantido o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos e judiciais, de modo que, por óbvio, tal garantia se expande ao processo de execução penal. Por meio destes direitos constitucionais, deve-se garantir a possibilidade de manifestação, de efetiva informação no curso do processo e de paridade de armas entre as partes.

Para Nestor Távora e Rosmar Alencar, o contraditório impõe que seja dada às partes a possibilidade de influenciar o convencimento do juiz, por meio de sua participação e manifestação no decorrer da marcha processual (2016, p. 50). Contudo, não basta pura e simplesmente possibilitar a ciência e manifestação para ambas as partes de modo protocolar, mas estas devem ser efetivas, fundamentadas e com a garantia de que sejam levadas a sério.

De acordo com Aury Lopes Jr., é possível tratar o contraditório como um “método de confrontação da prova e comprovação da verdade” (2020, p. 112), sendo por meio dele que os litigantes poderão contradizer as afirmações feitas pelo outro. Mais especificamente quanto ao processo de execução, o mestre processualista afirma que o direito ao contraditório se consubstancia no direito à informação e à participação nas decisões judiciais, bem como à igualdade de tratamento jurídico entre as partes (LOPES JR., 2003, p. 1).

Nas palavras de Salo de Carvalho, para que se possa diferenciar o modelo inquisitorial de um garantista, é necessário verificar a “existência de possibilidades concretas de refutação das hipóteses probatórias trazidas ao processo” (2002, p. 151). Na realidade, “no Estado Democrático de Direito, o contraditório passa a ser percebido como direito de influência (e efetiva participação) das partes na formação da decisão” (PRESOTI e NETO, 2013, p. 300).

Justamente por isso é possível dizer que não há possibilidade de se alcançar o exercício pleno do contraditório frente ao exame criminológico, que, além de ser feito por técnicos, trata de questões como a personalidade, periculosidade e a possibilidade de reincidência, constatações que até para técnicos são de extrema complexidade e muito pouco demonstráveis.

Trata-se de uma análise extremamente subjetiva, para a qual a defesa técnica mais aguerrida não terá condições de, em situação de amplo acesso à informação e igualdade, refutar de maneira convincente, “pois o discurso jurídico é refutável, mas o da psiquiatria não” (LOPES JR., 2003, p. 1). Não há como a defesa combater os dados e análises extraídos de um exame feito por uma equipe de especialistas – em geral formada apenas por assistente social e psicólogo –, que, quando usado para obstar a obtenção de direitos, traz consigo juízos negativos de valoração.

Em verdade, mesmo outro psicólogo possivelmente teria dificuldades para contradizer os resultados específicos de um exame tão íntimo e subjetivo, além de que, quanto à propensão para a reincidência, trata-se de um absurdo exercício de futurologia.

Ademais, deve-se destacar a violação ao direito à autodefesa negativa, isto é, o de permanecer em silêncio, sem produzir provas contra si mesmo, expressamente previsto no rol do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal. Infelizmente, por meio do exame criminológico este direito também é frontalmente atacado, uma vez que o apenado é praticamente obrigado a depor contra si mesmo.

Por mais que não haja de fato uma obrigação de que o condenado se manifeste frente aos profissionais durante o exame ou sequer que colabore para sua elaboração, até porque o que há é um direito fundamental de não se autoincriminar, caso este se mantenha calado será valorado negativamente. Isto porque a comissão concluirá pela sua negativa em ajudar na realização do exame, ou até em aceitar ajuda de profissionais, apontando eventual imaturidade, indisciplina, negação quanto aos fatos praticados ou ausência de arrependimento.

Para Aury Lopes Jr., na verdade, o direito de silêncio é manifestação de uma garantia bem mais ampla, não podendo o apenado “sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-

se de colaborar em uma atividade probatória da acusação” (LOPES JR., 2003, p. 1). Contudo, como visto acima, a própria realização do exame, além afrontar o contraditório, fere de morte o direito de silêncio, já que mesmo que não se obrigue fisicamente o apenado a não depor contra si mesmo, seu silêncio na realização do exame pode e será usado contra ele.

Além disso, não há que se argumentar que, por outro lado, a depender do que o apenado disser ou demonstrar perante os técnicos, poderá ser valorado positivamente. Na prática, se foi determinada a realização do exame criminológico para “complementar” os requisitos legais já preenchidos, o que se busca na realidade são caracteres negativos que subsidiem uma decisão negativa por parte do juízo da execução. Caso contrário, bastaria se ater ao previsto em lei, lapso temporal de pena cumprida e a ausência de faltas recentes, com o atestado do diretor do estabelecimento, para conceder o direito ali pleiteado.

Assim, se o juízo entendeu pela necessidade de realização do exame para melhor aferir a capacidade de obtenção dos direitos por parte do apenado, se este último se mantiver em silêncio, com a consequente e inescapável valoração negativa pelos técnicos, é claro que também será negativa a valoração por parte do juízo, ainda que não declare expressamente em sua decisão.

Portanto, é possível relacionar também os princípios do contraditório e da ampla defesa, verdadeiras garantias constitucionais, com a aplicação do exame criminológico para que o juízo da execução decida sobre a concessão ou não de direitos executórios ao apenado.

2.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana também pode e deve ser relacionada ao objeto deste trabalho.

Nas palavras de Ingo Sarlet, a forma como foi consagrada a dignidade humana na Constituição brasileira “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (2017, p. 285). Justamente por isso o Estado é tido como instrumento de garantia e de promoção da dignidade das pessoas.

Por sua vez, Israel Jorio aponta a dignidade humana como mais do que um direito fundamental, mas como “um atributo que confere ao indivíduo a titularidade de uma série de bens que perfazem uma condição existencial qualificada” (2014, p. 265). A partir da noção de que todo humano deve ser dotado dignidade, entendê-la como um atributo leva à conclusão de que “os direitos fundamentais decorrem da dignidade da pessoa humana, que é, na verdade, seu fundamento (sua razão de existir). É exatamente porque a pessoa goza do atributo de dignidade que se lhe afirma a titularidade de direitos fundamentais” (JORIO, 2015, p. 266).

Dessa forma, há de se compreender que, ao ser alçada à condição de fundamento do Estado brasileiro, a dignidade humana não apenas representa um direito fundamental por si só, mas também dá base para outros destes direitos e funciona como parâmetro para a consideração de outros como fundamentais, por decorrerem da dignidade. Para Sarlet, é exatamente a partir dessa compreensão que se pode concluir que a dignidade humana não se resume a um princípio de conteúdo moral, apesar de funcionar fortemente dessa forma, mas também “constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material” (2017, p. 287).

Contudo, não é objeto deste trabalho o aprofundamento nas questões dogmáticas que envolvem a dignidade da pessoa humana. Aqui, vale buscar uma “conceituação” que possibilite a análise da (in)aplicabilidade do exame criminológico à luz da dignidade humana, o que não é tarefa fácil.

Conceituar a dignidade humana dá espaço a diversos debates, que acabam permeando todo o curso de Direito, desde o início do estudo constitucional, até os mais elevados níveis de estudos acadêmicos. Logo, há inúmeros autores que estudam profundamente o tema sob as mais diversas óticas, mas no presente estudo

são de suma importância os ensinamentos de Oscar Vilhena Vieira, além dos já apontados até aqui.

Ao analisar a dignidade humana como uma construção moral, Vieira aponta a capacidade desenvolvida pelos humanos de “fazer escolhas sobre qual direção querem dar às suas ações”, sendo esta a principal característica que os diferencia do restante dos animais, que agem quase exclusivamente de forma instintiva. Para o autor “a ideia de dignidade humana está, portanto, vinculada à nossa capacidade de nos conduzirmos pela nossa razão e não nos deixarmos arrastar apenas pelas nossas paixões” (VIEIRA, 2006, p. 65).

A partir dessa capacidade de condução pela racionalidade e das relações entre si, os seres humanos foram capazes de uma construção moral que leva à conclusão de que todos tem um valor intrínseco pelo simples fato de serem humanos. Este valor seria justamente a ideia da dignidade humana, isto é, de que, por serem humanos, os indivíduos teriam intrinsecamente algo a ser respeitado, de onde são fundamentados diversos outros direitos fundamentais.

Firme nestas premissas, a principal conclusão de Vieira é de que o “direito à dignidade está associado à proteção daquelas condições indispensáveis para a realização de uma existência que faça sentido para cada pessoa” (VIEIRA, 2006, p. 66). Então, um parâmetro para aferir o nível de respeito ou desrespeito à dignidade humana é a possibilidade de autodeterminação de que são dotados os indivíduos, isto é, se detém as condições que tornam possível uma existência que tenha sentido.

É neste ponto que um Estado como o brasileiro, que tem fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana, deve se ater, possibilitando a autodeterminação de seus cidadãos, por meio não apenas de deveres negativos de não intervenção, mas também positivos, com a prestação de serviços essenciais que possibilitem um desenvolvimento calcada na existência digna. Justamente por isso, “quando se fala em direito à dignidade, se está (...) a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade” (SARLET, 2017, p. 287).

No ponto, Jorio afirma que “o reconhecimento da dignidade se faz acompanhar da exigência de condições existenciais favoráveis ao desenvolvimento e à realização do indivíduo na maior medida possível”. Então, ao se ter a dignidade como fundamento do Estado, é necessário dotar os cidadãos de “condições que sejam capazes de proporcionar uma vida em níveis de qualidade condizentes com suas prerrogativas enquanto ser digno” (JORIO, 2015, p. 266).

Prosseguindo em suas formulações sobre a dignidade humana, Vieira retorna às lições do imperativo categórico, mais especificamente em sua segunda formulação, estando ligada à “esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros”. Portanto, sob essa ótica, “a dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios”, impondo “constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim” (2006, p. 67).

Desse modo, voltando à temática específica do trabalho, pode-se dizer que a própria submissão a um exame não previsto em lei, em que não será possível o exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo negado também o efetivo direito ao silêncio, quando basicamente se exige uma confissão e arrependimento por parte do apenado, por si só deve ser considerada como um atentado à dignidade dos apenados.

Ao buscar o arrependimento e a confissão a qualquer custo, a equipe que realiza o exame criminológico nega o direito à autodeterminação do apenado, tratando-o como um meio para a dita “finalidade social” de resguardar a segurança pública, ferramenta de forte apelo emocional e retórico muito utilizado.

No ponto, vale lembrar que seus atos delituosos já estão sendo punidos por meio do cumprimento da pena, de modo que a busca por moldar a mente do apenado não apenas extrapola os limites da pena, como viola sua integridade moral e sua garantia de autodeterminação, uma das muitas facetas da dignidade da pessoa humana. E não se fale, aqui, em dignidade das vítimas ou garantia de resguardo da ordem pública, pois um não exclui o outro, até porque o indivíduo na execução penal já está respondendo por seus delitos com a privação de sua liberdade, um dos direitos fundamentais mais caros.

Justamente por isso existem limites e regramentos legais que permeiam o cumprimento de pena, sendo que o respeito à dignidade dos apenados não é afastado pela pena a eles imposta.

No caso, já há pena em cumprimento, aplicada por meio de um processo legitimado pelo ordenamento jurídico, de modo que não há qualquer utilidade prática para a confissão e arrependimento por parte do cidadão apenado. O arrependimento pelos crimes cometidos não é requisito legal para absolutamente nada, sendo que a única utilidade possível é justamente a violação de sua integridade moral, de sua dignidade, em uma tentativa inconstitucional de moldar o que se passa no âmbito mais íntimo da pessoa.

O indivíduo tem o direito de não reconhecer o cometimento do crime pelo qual foi condenado, seja por efetivamente negar a autoria ou por simplesmente não querer revisitar esse trecho de seu passado. Isto é, mesmo que tenha eventualmente confessado o crime ou até se arrependido, é absurdo que, por meio do exame criminológico, o apenado seja, na prática, obrigado a revisitar e reconhecer essa parte do seu passado, pela qual paga com a privação de sua liberdade.

No caso, diz-se que o apenado é obrigado na prática justamente porque, caso não reconheça ou demonstre arrependimento pelo crime, tal fator será levado em consideração pela equipe que realiza o exame para fundamentar eventual negativa de direitos, mesmo que de forma velada.

Ao analisar o exame criminológico como mecanismo de biopolítica, Flávia Penido e Jordânia Gonçalves apontam para sentido similar ao que se pretende neste trabalho. Mesmo que aqui a intenção não seja aprofundar na complexa temática da biopolítica foucaultiana, válidos alguns ensinamentos dados pelas autoras.

Para estas, “a exigência do exame criminológico faz parte de um plano de gestão da vida através dos mecanismos de segurança, uma vez que o poder político é estrategicamente direcionado à neutralização do indesejável” (PENIDO e

GONÇALVES, 2015, p. 42), que no caso são os apenados que se pretende manter longe do convívio social, ainda que por meio da burla aos ditames legais.

A sistemática da execução passa – ou volta – a ser guiada pelo direito penal do autor, analisando sua subjetividade, isto é, a periculosidade, por meio do exame criminológico, para verificar sua propensão à reincidência. Então, essa punição a maior, mantendo o apenado em regime mais severo do que o que tem direito, deixa de basear-se em critérios fáticos para se basear em critérios subjetivos do autor, em um exame de questionável plausibilidade, eis que verdadeiro exercício de “futurologia” (PENIDO e GONÇALVES, 2015, p. 48).

Justamente neste ponto Penido e Gonçalves traçam a relação com a biopolítica, pois, por meio da abertura dada pelo STF à determinação do exame criminológico para aferir a possibilidade de progressão, é feito o controle social. Assim, a exigência do laudo criminológico permite esse mecanismo de segurança, de poder e de gestão da vida, por meio do “controle daquele que permanece no cárcere ou retorna à liberdade ou semiliberdade, de acordo com o que determina a estratégia das políticas públicas vigentes” (PENIDO e GONÇALVES, 2015, p. 53).

Paralelo similar é o traçado por Ximenes, que, mesmo sem utilizar-se do mesmo arcabouço teórico das autoras acima citadas, aponta para a repentina mudança de posicionamento do STF sobre a determinação do exame criminológico, que antes entendia abolido. Tal mudança ocorreu quando da declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos, ocasião em que, mesmo sem qualquer conexão jurídica entre as questões tratadas, a Corte determinou a possibilidade de exigência do exame.

Para Ximenes, o motivador dessa “guinada de pensamento” foi justamente o medo (2010, p. 49), calcado na necessidade de se manter o direito penal do inimigo, mantendo os indesejáveis o maior tempo possível afastados do convívio social, ainda que para isso seja necessário realizar verdadeiras manobras jurídicas. Então, no mesmo momento em que o STF reconheceu ser inconstitucional a vedação à progressão de regime para os crimes hediondos, deixou em aberto a possibilidade quase que indiscriminada de que os juízes de todo o país resolvam pela necessidade

do exame criminológico para o caso concreto, outra maneira de obstar a fruição de direitos executórios.

Logo, se o que se pretende é a manutenção da política de encarceramento em massa, com a manutenção dos apenados pinçados como mais merecedores de atenção por parte do Estado – diagnóstico normalmente feito com base na gravidade abstrata do delito que o colocou ali – o maior tempo possível no cárcere, o exame criminológico mostra-se é um ótimo artifício. Isto porque, além de carregado de aparente rigor científico, também é mergulhado em um nível de subjetividade que sempre deixará dentro do controle dos órgãos estatais a decisão sobre quem deve se submeter ou não ao exame, e, por consequência, quem poderá voltar à liberdade e quando isso ocorrerá.

Neste ponto, é clara a relação com o objeto deste estudo, pois a busca pela satisfação do controle social pelo Estado se dá em detrimento dos indivíduos privados de liberdade, que não são tratados como um fim em si mesmos, mas sim como um objeto para o alcance de um projeto alheio.

Ademais, como exposto, o foco do presente trabalho não é discutir especificamente a validade técnico-científica do exame criminológico, de modo que não haverá aprofundamento neste ponto. No entanto, não devem passar em branco algumas críticas, sendo a primeira delas a relativa ao grau de profundidade atingido pelo exame no modo em que é feito.

Ora, temos um sistema prisional em que faltam itens básicos para a sobrevivência digna dos apenados, desde o espaço físico necessário a cada cidadão, sendo que a quase totalidade dos presídios está superlotada, até a disponibilidade de água, já que não são raros os relatos de racionamento. Se o sistema prisional é incapaz de solucionar tais problemas e proporcionar uma estrutura básica para o cumprimento de pena, não há como esperar que possua um corpo técnico em quantidade e disponibilidade de tempo suficiente para aprofundar a avaliação dos presos por meio do exame criminológico.

Desse modo, é claro que os exames serão superficiais, não por falta de competência por parte dos técnicos, mas por impossibilidade de fazê-lo da forma como deveria ser feito, o que gera sua padronização, ambiguidade e inconclusão.

Não há como esperar que um exame feito nessas condições seja capaz de aferir o nível de periculosidade do apenado, bem como sua aptidão para o convívio social amplo e a possibilidade de reincidência, mesmo que se aceite que algum exame fosse capaz de chegar a tais conclusões. Assim, o que se faz é submeter o indivíduo preso a um exame de pouca valia técnica, além das violações já debatidas neste trabalho, tudo na aludida intenção de munir o Judiciário de elementos informativos quanto ao subjetivo do apenado, para que possa concluir pela concessão de seus direitos executórios.

3 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

Após a exposição detalhada de diversos princípios e direitos fundamentais relacionados à aplicação do exame criminológico no curso da execução penal, neste capítulo busca-se analisar como tem se comportado o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) quanto ao assunto.

Para tanto, serão elencados os julgados mais recentes de cada desembargador das duas Câmaras Criminais em recursos de agravo em execução interpostos contra decisões que determinam a realização do exame criminológico para a análise de preenchimento do requisito subjetivo para a concessão de diversos direitos executórios, desde a progressão de regime até as saídas temporárias. No caso, foram analisados pelo menos um julgado de cada um dos sete desembargadores, sendo que alguns tiveram mais de um voto analisado por certas peculiaridades, que tornam relevante abarcar neste trabalho os argumentos ali elencados pelo desembargador.

Antes de prosseguir, destaca-se a importante participação da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, que em quase todos os julgados representava a defesa dos

apenados, e de onde surgiu o interesse pelo objeto de estudo do presente trabalho. Não fosse a árdua atuação deste órgão, milhares de condenados seriam simplesmente esquecidos no sistema carcerário capixaba.

A partir dessa análise, foi possível elencar os principais argumentos utilizados pelos desembargadores para fundamentar a viabilidade da aplicação do exame criminológico, confrontando com o que já foi exposto até aqui no presente trabalho e, se for o caso, aprofundando no debate. Assim, será aberto um subtópico para cada um desses argumentos mais recorrentes ou pelo menos mais curiosos para o estudo aqui pretendido.

Desde já, vale apontar que a todos os doze acórdãos estudados tiveram votação unânime, o que tanto pode demonstrar o nível de consolidação da jurisprudência do TJES com relação à aplicabilidade do exame criminológico, como pode deixar clara a ausência de confrontação de posicionamentos no âmbito do Tribunal capixaba. Ademais, destaca-se que todos os julgados aceitaram a aplicação e/ou o resultado do exame como forma de indeferir os direitos pleiteados pelo apenado, variando, quando muito, os argumentos utilizados para tanto.

Feitos os apontamentos iniciais, a seguir serão feitas as análises sobre os principais fundamentos da jurisprudência atual do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

3.1 A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 10.792/2003 COMO DISPENSABILIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO: O UNÂNIME APELO À JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA

Em primeiro lugar, deve ser destacado o argumento presente em todos os julgados, ainda que sob roupagens diversas aqui ou ali, de que a alteração legal promovida pela Lei 10.792 em 2003 teria apenas suprimido a obrigatoriedade da realização do exame criminológico para a progressão de regime. Ou seja, com a mudança, na visão dos desembargadores do TJES, tornou-se dispensável o exame, mas nada impediria que o juiz determine sua realização.

Como exposto no início deste trabalho, antes da referida lei, o exame criminológico era um requisito subjetivo previsto expressamente para a progressão de regime na antiga redação do art. 112, parágrafo único, da LEP. Por sua vez, com a alteração promovida em 2003, o exame deixou de ser um requisito obrigatório, bastando a comprovação do bom comportamento carcerário pelo diretor do estabelecimento prisional, criando toda a celeuma aqui estudada.

Analisando especificamente julgado em que a defesa aponta justamente a ausência de previsão legal para o exame, verificou-se que a desembargadora Elizabeth Lordes tem posição no sentido de que a legislação não mais obriga a realização do exame, mas é possível que o magistrado determine, citando o permissivo jurisprudencial e a Súmula 439 do STJ (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0008190-47.2020.8.08.0035, 2020).

Do mesmo modo, o desembargador Sérgio Gama aponta que o art. 112 da LEP “não estabelece a obrigatoriedade do exame criminológico para a determinação da progressão de regime, facultando a sua determinação ao julgador” (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0001532-59.2020.8.08.0050, 2020). Ou seja, da supressão da obrigatoriedade feita pela Lei 10.792/03, o magistrado entende que surge uma faculdade ao juízo da execução para a realização do exame, sem citar de onde viria tal faculdade ou ao menos melhor fundamentar seu entendimento. Isto porque, mais uma vez, o desembargador se apoia no permissivo jurisprudencial, que é o principal, quando não único, argumento utilizado, como será visto.

Em verdade, o desembargador Willian Silva chega a afirmar que o exame “constitui ferramenta legal colocada à disposição do magistrado quando da análise da progressão de regime, mesmo quando preenchidos os requisitos objetivo e subjetivo”, também sem citar em que dispositivo seria prevista tal ferramenta legal (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0002076-56.2020.8.08.0047, 2020). Ainda assim, o desembargador aponta que a realização é excepcional, a ser feita quando as peculiaridades do caso demandarem, mas também não explicita quais seriam os parâmetros para tanto, o que deixa uma tremenda abertura para casuísmos.

É dizer, o desembargador entende como possível essa realização em casos excepcionais, apontando no processo específico em julgamento o que entende como peculiaridades, mas sem deixar minimamente expressas barreiras para essas determinações. Então, aparentemente a disponibilidade dada aos juízes é quase ilimitada, criando uma situação em que a exceção tende a se tornar regra, a depender das convicções do juízo da execução a cada caso.

Por sua vez, o desembargador Sérgio Bizzotto afirma que a Lei 10.792/03 “não dispensou, mas apenas tornou facultativa a realização do exame criminológico”, desde que o juízo determine em decisão fundamentada e baseada em peculiaridades do caso concreto que apontem para a necessidade de “aferição da personalidade e do grau de periculosidade do apenado” (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0026715-14.2019.8.08.0035, 2020).

Do mesmo modo, o desembargador Pedro Valls afirma que alteração legislativa “tornou prescindíveis os exames periciais”, o que não impede a determinação do exame em decisão fundamentada do juízo de execução, nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0008376-70.2020.8.08.0035, 2020).

Portanto, é consolidado no Tribunal capixaba o entendimento de que a alteração promovida pela Lei 10.792/03 no art. 112 da LEP tornou facultativo, dispensável ou até uma ferramenta legal à disposição do magistrado o exame criminológico, havendo votos de todos os desembargadores das Câmaras Criminais neste sentido. Por óbvio, este entendimento não é original do TJES, seguindo de maneira quase cega o que foi traçado nos Tribunais Superiores sobre o assunto.

Ainda assim, há de se apontar que a argumentação quase exclusivamente baseada na jurisprudência consolidada tem seus perigos e defeitos, como será aprofundado mais à frente.

Neste tópico, o que merece destaque é o desvirtuamento da alteração legal trazida pela Lei 10.792/03. Se antes havia expressamente a obrigação de se realizar o exame criminológico para aferir a possibilidade de progressão do apenado, bem como para

a concessão de outros direitos executórios, com a alteração legislativa essa obrigatoriedade desaparece, mas não leva necessariamente à conclusão de que surgiu uma facultatividade, a não ser que sejam colocadas palavras na boca do legislador, “fingindo que a nova regra não existe” (XIMENES, 2010, p. 42).

A propósito, deve-se destacar que a redação original do parágrafo único, art. 112, da LEP⁸, já deixava margem para interpretação de que havia naquele momento certa facultatividade, uma vez que o trecho final do dispositivo trazia a expressão “quando necessário”. Ou seja, antes da alteração legal em comento já se podia inferir pela dispensabilidade do exame criminológico quando não fosse necessário.

Aliás, aparentemente essa é a posição de Ximenes ao afirmar que, quando entendesse necessário, “o julgador deveria explicar a razão pela qual, naquela hipótese excepcional, os exames se fizeram indispensáveis” (2010, p. 42), nos termos da antiga redação. Ou seja, se antigamente já havia esta facultatividade ao julgador, entender por essa faculdade após o advento da Lei 10.792/03 é simplesmente ignorar a alteração pretendida pelo legislador por meio de construção jurisprudencial.

Ainda assim, era mais do que consagrado tratar-se de uma obrigação, a despeito da clara dicção legal, sendo que a jurisprudência até hoje cita a alteração legal como o fim da obrigatoriedade.

Entretanto, mesmo que se entenda que antes o exame era obrigatório, não faria qualquer sentido a alteração legal, retirando o parágrafo único do dispositivo e passando a exigir tão somente o atestado de conduta carcerária, se a ideia fosse tornar facultativo o exame. Aliás, se a facultatividade fosse a intenção do legislador, bastaria alterar o dispositivo para fazer constar ali o que a jurisprudência fez questão de firmar posteriormente, no sentido de que “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”. É dizer, “não há qualquer

⁸ 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**. (grifamos)

diferença entre o que é proposto agora, pelos defensores da sobrevida da exigência, e o que existia antes e foi extirpado por lei” (XIMENES, 2010, p. 42).

Dessa forma, é possível dizer que o Judiciário, por meio da jurisprudência consolidada desde o Tribunais Superiores até o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, atuou como verdadeiro legislador, não por meio da interpretação do texto, mas pela adição de algo não pretendido pelo legislador formal. Na realidade, como demonstrado, a construção acerca da facultatividade vai no sentido contrário da modificação legal feita em 2003.

No ponto, válida a crítica tecida por Ximenes sobre a distorção jurisprudencial ao interpretar a alteração promovida pela Lei 10.792/03:

Se alguém ainda pensa que o exame tem algum valor para o julgamento de pedidos de progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação, só tem duas opções: conseguir politicamente nova reforma da LEP ou alegar a inconstitucionalidade do seu artigo 112, o que seria difícilimo. Fora dessas alternativas, ocorreria puro desrespeito à lei. (XIMENES, 2010, p. 39)

Da leitura do trecho acima, extrai-se importante posicionamento que se coaduna com o do presente trabalho, pois se entende a jurisprudência atual sobre o ponto como uma distorção do que pretendido com a Lei 10.792/03. Aliás, pode-se dizer que, além de distorcido, o entendimento estudado neste tópico chega a ferir o princípio da legalidade.

Se o princípio constitucional da legalidade tem fundamento político “na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito” (PRADO, 2019, p. 155), quando a jurisprudência distorce o que é expresso na lei, abrindo espaço para casuísmos, há clara violação à legalidade. Por óbvio, não se trata de defender o engessamento completo da jurisprudência, no entanto, há limites para o que é aceitável dentro das normas emanadas do legislador e o que é usurpação do Judiciário de função que não é sua.

Por mais alta que seja a instância da qual emana esse tipo de entendimento, como é o caso aqui estudado, a academia não pode se furtar de tecer críticas. Então, com a devida vênia, o entendimento do então ministro Celso de Mello no já citado HC 88.052-DF, ainda em 2006, seguido pelas demais instâncias, no sentido de que “nada impede

que os magistrados determinem a realização” do exame criminológico, acaba por distorcer a alteração promovida pela lei.

Como dito, se o que se pretende é manter o rigor com que é analisada a concessão de direitos executórios em casos peculiares, o que em certos casos pode até decorrer de preocupação legítima, deve ser promovida alteração legislativa neste sentido, por meio do Poder dotado de legitimidade democrática para tanto. O que é inaceitável é a (re)criação de um requisito que já não é mais previsto em lei por meio do Judiciário.

Portanto, dentre os principais fundamentos utilizados pelos desembargadores do TJES nos julgados analisados neste trabalho, o de que a alteração feita pela Lei 10.792/03 tornou facultativo, dispensável ou até uma ferramenta legal à disposição do magistrado o exame criminológico é um dos mais marcantes e recorrentes. No entanto, tal interpretação, a despeito de estar em consonância com os Tribunais Superiores, esvazia a alteração legislativa promovida, em mais uma clara tentativa do Judiciário de colocar palavras na boca do legislador.

Em conjunto e complementando o argumento estudado até aqui, é unânime o apoio dos desembargadores do TJES na jurisprudência amplamente consolidada com relação à aplicabilidade do exame criminológico. Sem exceção, os julgadores apontam o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, com a citação de julgados sobre o assunto e a colação da Súmula Vinculante 26 e da Súmula 439 do STJ.

Como explorado, os julgados estudados no presente trabalho apontam de maneira uníssona o entendimento de que a alteração da LEP em 2003 tornou dispensável a realização do exame criminológico para a concessão de direitos executórios, mas não impediu que os juízes determinassem tal realização, desde que pelas peculiaridades do caso e em decisão motivada. Assim, do mesmo modo como foi visto esse apelo ao permissivo jurisprudencial como fundamentação, outras críticas à aplicação em si da jurisprudência serão feitas nos próximos tópicos.

Aqui, mais do que as críticas já tecidas quanto ao fato de o entendimento consolidado ir de encontro à razão de ser da alteração promovida pela Lei 10.792/03, vale ressaltar

a maneira como o amparo na jurisprudência se dá. Isso porque o uso do argumento de autoridade ocorreu nas decisões estudadas de forma totalmente acrítica, muito mais como um argumento de autoridade puro e simples do que como um dos argumentos que auxiliam na formação daquela convicção.

É dizer, tem-se o amparo jurisprudencial como algo que se basta, deixando de lado qualquer outro motivo que, na visão dos julgadores, fizesse com que fosse necessário, excepcionalmente, obstar a fruição de direitos executórios pelo apenado para fins de realização do exame criminológico. Os julgadores praticamente afirmam que, a despeito da legislação expressa, como a jurisprudência Superior e do próprio TJES entende pela aplicabilidade, deve-se aceitar isso no caso concreto ali analisado sem maiores discussões.

No ponto, ainda que se aceite a óbvia importância da jurisprudência, é inviável que ela vá justamente o sentido oposto do que prevê a lei, que, essa sim, é fonte imediata do Direito Penal. Aliás, aceitar pura e simplesmente essa jurisprudência é afirmar que teria ocorrido “uma grande mudança, mas que teria deixado tudo exatamente como estava” (XIMENES, 2010, p. 42), o que claramente é inaceitável.

No mínimo, seria necessária uma forte fundamentação das razões específicas do caso concreto que levassem à necessidade de se abrir uma exceção para realizar o exame, o que ainda assim seria discutível, pois seria criada situação gravosa ao apenado sem previsão legal para tanto.

A partir do momento em que os julgadores se amparam quase exclusivamente no permissivo jurisprudencial, praticamente ignorando os argumentos defensivos contra a aplicabilidade do exame, seja em geral ou nos casos concretos, verifica-se certa apatia ou até “servilismo dos operadores do direito à jurisprudência”, uma vez que “muitos magistrados costumam aceitar como argumento inafastável o fato de que a instância superior já decidiu de certo modo” (XIMENES, 2010, p. 48). Agindo assim, além de contrariarem diversos princípios e direitos constitucionais, os magistrados acabam por sepultar a ideia de sua própria independência para julgar os casos de sua competência.

3.2 A DICOTOMIA ENTRE A GRAVIDADE ABSTRATA E A GRAVIDADE CONCRETA: UMA ABERTURA AO SUBJETIVISMO JUDICIAL

Nos julgados estudados, verificou-se a argumentação das defesas sobre a falta de fundamentação ou a fundamentação unicamente baseada na gravidade do delito cometido nas decisões que determinam a realização do exame criminológico. Ainda assim, em todos os casos os desembargadores rechaçavam a tese defensiva, entendendo que havia fundamentação com base no que entendiam como gravidade concreta da conduta dos apenados, a despertar a necessidade de se realizar o exame antes de conceder os direitos pleiteados em primeiro grau.

No ponto, vale recordar uma das premissas do presente trabalho com relação à jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o assunto. Como destacado, o entendimento consagrado é o de que, além de devidamente fundamentada, a decisão que determina a realização do exame deve se basear em elementos concretos ocorridos no decorrer da execução da pena, não na gravidade abstrata dos delitos pelo qual o apenado já foi condenado. Ou seja, caso seguida a jurisprudência do STJ e do STF, o juízo da execução não poderia afirmar a necessidade do exame antes de conceder – ou negar – os direitos pleiteados com base na gravidade dos crimes cometidos pelo apenado.

Em verdade, é possível afirmar que este entendimento chega a ser redundante, tamanha a obviedade de não se poder fazer tal consideração para agravar ainda mais a situação do indivíduo condenado. Se ele já está ali em cumprimento da pena justamente pelos crimes que cometeu, por mais graves, desumanos e cruéis que sejam, usar essa gravidade para impossibilitar a fruição de direitos é claramente dupla punição pelos mesmos fatos.

A crueldade ou desumanidade dos crimes já foi devidamente levada em consideração no momento devido, quando da aplicação da pena no juízo condenatório. Justamente por isso, cabe ao juiz da execução o zelo pelo cumprimento da pena nos termos da sentença condenatória, respeitando os direitos do apenado, dentre eles os direitos

executórios e o direito de não ser eternamente punido pelos mesmos fatos que o levaram até ali.

Recordada uma das premissas estabelecidas no presente trabalho, vale voltar o olhar aos julgados do TJES aqui estudados. Como dito, em todos há o apoio no permissivo jurisprudencial para a realização do exame criminológico, o que demonstra, ao menos em tese, a consonância dos desembargadores com o entendimento consolidado, o que inclui a vedação à aplicação do exame levando em consideração a gravidade em abstrato do delito.

No entanto, ao verificar a fundamentação dos julgadores, fica claro o desvirtuamento deste ponto do entendimento, em evidente uso da jurisprudência apenas no que interessa no momento de decidir, sem se importar com as balizas traçadas pelos Tribunais Superiores. Isto porque por diversas vezes vê-se a justificação para a necessidade de realização do exame criminológico justamente baseada na gravidade dos delitos praticados.

Em um dos votos estudados, o desembargador Sérgio Gama deixa claro o que expusemos acima, ao apontar que, apesar de a gravidade dos crimes não impor ou autorizar por si só a realização do exame, a “periculosidade extrema diante do desvirtuamento de valores e da violência com que os delitos foram praticados” tornou necessário no caso concreto uma averiguação mais profunda do requisito subjetivo (TJES, Agravo de Execução Penal 0001532-59.2020.8.08.0050, 2020). Ou seja, tem-se uma fundamentação extremamente contraditória, já que o julgador afirma que a gravidade dos crimes praticados não autoriza a realização do exame, mas a utiliza justamente para afirmar a necessidade deste exame, sem apontar qualquer outro elemento concreto que levaria à conclusão pela periculosidade do apenado.

Ademais, deve-se destacar que o julgado em comento na realidade foi interposto pelo Ministério Público contra a decisão do juízo de execução que progrediu o apenado, a despeito do parecer negativo dado pela Comissão Técnica de Classificação. No caso, o julgador fez questão de citar diversos trechos do laudo criminológico, todos tratando da gravidade dos crimes cometidos e da necessidade de arrependimento por parte do

apenado, o que já foi comentado em tópico anterior e será mais bem aprofundado a seguir.

Apesar de muito longos, vale transcrever trechos do laudo e da manifestação ministerial usados pelo desembargador para fundamentar a reforma da decisão que progrediu o apenado, eis que deixam muito evidente o que se afirma neste tópico. Vejamos:

Neste particular, ao justificar a necessidade de novo Exame Criminológico no caso concreto, fundamentou o representante do Ministério Público da seguinte forma:

“...No presente caso o agravado praticou crimes hediondos gravíssimos, contra 06 (seis) vítimas diferentes, com uma pena total de 102 anos de reclusão, por motivos banais, demonstrando o seu alto grau de periculosidade, devendo o juízo, ad cautelam, não ter concedido a progressão de regime sem antes determinar novo exame criminológico para constatar se os requisitos subjetivos se encontravam ou não preenchidos, com a demonstração da ressocialização ou não do epigrafado. (...)”

Ademais, consta do Exame Criminológico do apenado, acostado aos autos eletrônicos, informações que não recomendam a progressão do regime de cumprimento da pena do reeducando. Neste ponto específico, consta do Relatório da Segurança, emitido no bojo do Exame Criminológico do apenado, as seguintes informações:

“...é um preso que no momento, pode encontrar no regime semiaberto uma oportunidade para se evadir. Não demonstra remorso pelos seus crimes, e ao mesmo tempo, tenta transferir a sua culpa, para pessoas que faziam parte do meio criminoso no qual convivia. É um preso que se vê como herói e não como alguém que cometeu crimes, pois os crimes (homicídios) que assume se vangloria, pois, na visão do mesmo, assassinou pessoas que também cometiam crimes. (...)”

Já no Relatório do Serviço Social emitido no âmbito do Exame Criminológico, foi registrado que:

“(...) Considerando que o interno possui uma condenação muito alta e que conforme seu relato ceifou vidas por motivos banais, se faz necessário prudência na tomada de decisão quando se trata de progressão/livramento condicional, não sendo possível atestar o grau de ameaça que o ser humano poderá apresentar no cotidiano.”
(grifos nossos)

Dos trechos destacados, vê-se de forma muito evidente o desvirtuamento da aludida premissa para a aplicação do exame em casos específicos, uma vez que o relator deixa claro que é justamente a gravidade dos crimes cometidos e a quantidade de pena aplicada que o leva a concluir pela necessidade de novo exame. O ilustre desembargador cita os relatórios do exame criminológico anteriormente feito que

tratam especificamente da gravidade dos homicídios que levaram o apenado àquela situação, sem apontar qualquer evento no transcorrer da execução da pena que levasse a tal necessidade.

Mesmo que se pudesse aceitar a dita periculosidade extrema e desvirtuamento dos valores do apenado especificamente pelos crimes cometidos, seria indispensável a demonstração de fatos novos no cumprimento da pena que levassem à necessidade de melhor aferir o preenchimento do requisito subjetivo. Até porque todo o rigor da pena aplicada, seja na quantidade e no regime inicial fechado, decorre da gravidade e das circunstâncias em que o crime foi praticado, de modo que utilizar tais fatores para impedir a fruição de direitos executórios configura claro *bis in idem*.

Outro julgado em que se verificou o ponto abordado neste tópico foi o de relatoria do desembargador Sérgio Bizzotto, que também argumenta que “o que a jurisprudência nacional busca afastar é a determinação da realização de exames criminológicos e psicossociais com fulcro somente na gravidade abstrata dos crimes praticados pelo apenado e na longevidade da pena que lhe foi imposta” (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0026715-14.2019.8.08.0035, 2020). Aliás, essa foi justamente a argumentação da Defensoria Pública no recurso interposto, ao afirmar a ausência de fundamentação concreta para a determinação do exame e que a justificativa deveria se basear em fatos ocorridos no decorrer da execução da pena.

Ainda assim, o desembargador entende que a decisão que negou a progressão e determinou a realização do exame teria fundamentação nas particularidades do caso, não na gravidade abstrata dos crimes pelos quais o agravante foi condenado. Como forma de apontar seu entendimento, o relator faz uso do mesmo expediente do anteriormente analisado, transcrevendo trecho da decisão agravada em que entende encontrar as particularidades do caso, escrita da seguinte forma:

“[...] Depreende-se dos autos que o apenado agrediu com socos a vítima que, chorando, caiu ao solo, quando o segundo denunciado arrancou-lhe a calcinha que esta usava. A seguir, cada um dos homens, um após o outro, enquanto os demais imobilizavam a vítima, mantiveram com a mesma conjunção carnal. Extrai-se do inquérito policial que, para assegurar a impunidade do delito então cometido, o segundo denunciado, com animus necandi, com a anuência dos demais denunciados, estrangulou a vítima com o cinto que retirou de suas vezes, produzindo-lhe lesões corporais e

asfixiando-a, causando-lhe assim a morte. [...] Diante disso, resta demonstrada a periculosidade do apenado, bem como sua insensibilidade moral e personalidade desvirtuada, de forma que, além do atestado de conduta, entendo que se faz necessária a realização de exame criminológico para aferição do requisito subjetivo à concessão de progressão de regime.”

Do trecho acima, vê-se a atrocidade do crime cometido pelo apenado, cuja lei penal e o decreto condenatório agora em execução já tiveram o condão de penalizar fortemente, e realmente assim deveriam agir. Contudo, da fundamentação para a necessidade do exame extrai-se que o juízo de origem, em decisão mantida pelo TJES, utiliza especificamente a gravidade absurda do delito praticado pelo preso, ou seja, não cita quaisquer peculiaridades ou acontecimentos no decorrer da execução que demonstrem a dita imprescindibilidade do exame criminológico antes da progressão.

Essa argumentação também aparece no julgado de relatoria da desembargadora Elizabeth Lordes, em que se aponta que “diante da peculiaridade do crime praticado (teve como vítima pessoas de sua família, registra-se, seus sobrinhos) e em razão de no exame anterior o apenado relatar que quer voltar a frequentar o seio familiar”, seria “necessário e prudente a realização do exame” (TJES, 0008190-47.2020.8.08.0035, 2020). Novamente, trata-se de um crime extremamente grave cometido pelo apenado, mas que também já foi devidamente levado em consideração para a aplicação da pena que está em cumprimento, sendo inaceitável o uso desses mesmos fatos para impedir a fruição de direitos pelo apenado, que já preenchia os requisitos legais para a saída temporária.

Curiosamente, foi encontrada situação em que, mesmo que o crime cometido pelo apenado não fosse grave, o fato foi utilizado para fundamentar a necessidade de se realizar o exame. Trata-se de outro voto da desembargadora Elizabeth Lordes no Agravo de Execução Penal Nº 0007282-87.2020.8.08.0035 (TJES, 2020), em que o agravante foi condenado pelo crime de furto, em que, como cediço, não há utilização de violência ou grave ameaça.

Aqui, por mais que se defenda que a aplicação do exame não deva levar em conta a gravidade em abstrato do delito, ao verificar a determinação para um condenado por crime “leve”, vê-se que na verdade a utilização do exame tornou-se totalmente

desenfreada, e não restrita a casos que indiquem realmente maior cautela. Em suma, tornou-se praxe obstar a fruição de direitos com base na determinação do exame sem que circunstâncias específicas sejam usadas para fundamentá-lo.

Não são apontadas peculiaridades que levem à conclusão pela elevada periculosidade do apenado, que daria suporte ao condicionamento do gozo do direito a uma análise profunda do requisito subjetivo. Na realidade, o que foi usado como argumento pela relatora foi a informação trazida na manifestação do Ministério Público, no sentido de que o condicionamento das saídas temporárias à realização do exame decorria do fato de que o apenado deixou de retornar após o último benefício, tendo admitido comportamento indisciplinado no período, com envolvimento em brigas e consumo de bebida alcoólica.

Contudo, nesse particular, ignorou-se o fato de que a conduta indisciplinada do apenado também já deveria ter sido punida por meio de processo administrativo disciplinar, afinal, a evasão é uma das hipóteses de cometimento de falta grave no decorrer da execução. Com isso, a punição devida viria pela mácula no atestado de conduta carcerária por certo período e pela eventual alteração da data base para a concessão de novos benefícios. Ou seja, a evasão e indisciplina do condenado em sua última saída temporária já é reprimida por outros meios, estes sim previstos em lei, de modo que indeferir as saídas temporárias por conta do resultado do exame que leva tais fatores em consideração configura claro *bis in idem*.

Sobre o princípio *ne bis in idem*, Luiz Regis Prado afirmar tratar-se de uma “proibição de sancionar ou punir alguém duas vezes ou mais pelo mesmo fato”, constituindo um “infranqueável limite ao poder punitivo do Estado” (2019, p. 178). É exatamente essa a situação estudada no presente tópico, em que se verifica a normalidade com que o TJES procede à eterna valoração negativa dos fatos que levaram o apenado ao cumprimento de pena.

Ao tratar do princípio da culpabilidade na execução penal, Roig aponta a violação perpetrada quando ocorre negativa da concessão de direitos fundada na gravidade abstrata dos crimes ou na quantidade de pena imposta, justamente o tema estudado nesse tópico. Para o autor, quando o juízo da execução atua dessa forma, está

impondo ao apenado a responsabilidade por fatores ligados “à cominação legal e à esfera do injusto penal, portanto absolutamente externos à discussão concreta da execução penal, além de naturalmente produzir dupla valoração negativa (*bis in idem*) e vulneração da separação das funções do Poder” (ROIG, 2018, p. 36).

De fato, este é o posicionamento seguido pelo presente estudo, pois é inaceitável que se continue em todo o decorrer do cumprimento de pena prejudicando o apenado pelos mesmos fatos que o levaram até ali, sem que se aponte fatos no decorrer da execução que demonstrem a necessidade de atenção maior do que a lei já estabelece. Mais uma vez, se o que se pretende é tornar ainda mais rigoroso o tratamento dado aos encarcerados no país, o que também não faz parte do posicionamento deste estudo, que se faça pelos meios constitucionalmente previstos, e não por intermédio do Poder Judiciário, sem legitimidade democrática para tanto.

Além do flagrante *bis in idem*, a negativa de direitos com base na gravidade dos crimes que geraram a condenação ali executada também demonstra outro fator preocupante: a aparente descrença do próprio Poder Judiciário na capacidade do sistema prisional de agir para os fins pelos quais oficialmente foi criado, que envolvem a ressocialização do apenado. Isto porque, ao atuar dessa forma, se pressupõe que em todo o decorrer da pena nada foi feito para alterar o dito alto grau de periculosidade do indivíduo, que o teria levado a cometer crimes tão graves.

De todo modo, cabe por fim apontar a abertura dada ao subjetivismo judicial para que se valore a gravidade ou eventuais peculiaridades do caso que fundamentem a necessidade do exame criminológico a cada caso. Como visto, apesar de reconhecerem a impossibilidade de fazer uso da gravidade abstrata dos delitos para tanto, os desembargadores não raramente procedem justamente dessa forma, indicando o quão graves foram os crimes cometidos como peculiaridade que leve à correção de se determinar o exame.

Em nosso ver, esse é um dos grandes problemas da jurisprudência dos Tribunais Superiores, seguida de forma acrítica e muitas vezes até preguiçosa por parte dos demais tribunais. Afinal, deixar aberto à fundamentação com base nas peculiaridades do caso é manter “uma porta aberta para o subjetivismo incontável” (LOPES JR.,

2003, p.1), ao passo em que absolutamente qualquer fundamentação tem sido aceita como peculiaridade passível de justificara necessidade do exame criminológico.

Nesse contexto, mesmo que uma das bases da jurisprudência superior seja a impossibilidade de se utilizar a gravidade abstrata do delito para fundamentar a realização do exame, aqui foi vista a simples distorção praticada pelo TJES. Apesar de reconhecerem tal impossibilidade, os julgadores utilizam justamente esses fatos para fundamentar suas decisões, deixando claro que o que importa na realidade é se eles acreditam que os crimes graves praticados pelos apenados levam à conclusão pela sua periculosidade extrema.

No ponto, o subjetivismo reside justamente nessa suposta diferenciação entre o que seria a gravidade abstrata do delito e a gravidade concreta, que seria capaz de fundamentar a necessidade do exame criminológico. Em verdade, o que se viu foi a confusão, deliberada ou não, entre o que seria a gravidade abstrata do delito cometido pelo apenado, mesmo que leve em conta as circunstâncias concretas da prática – até porque já houve punição sobre aqueles fatos –, e o que seria a gravidade concreta da conduta do preso no decorrer da execução da pena, capaz de embasar a determinação do exame.

Assim, tudo passa a ser possível e passível de fundamentar decisões que denegam ou protelam a fruição de direitos pelos apenados, que já cumpriram com os requisitos legais e aguardam o devido cumprimento de sua pena.

3.3 O RESULTADO DO EXAME: A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E A TRANSFORMAÇÃO DO JUIZ EM MERO HOMOLOGADOR DE LAUDOS PERICIAIS

Além dos argumentos abordados até aqui, encontrou-se outro argumento que chamou bastante atenção, mesmo que não seja tão recorrente nas decisões analisadas. Na realidade, a ideia por trás dessa argumentação já era algo a se imaginar, mas o que chamou atenção foi o fato de constar expressamente na fundamentação de alguns desembargadores.

Trata-se do entendimento sobre o resultado do exame criminológico quando este é realizado, isto é, como o juízo da execução deve agir quando emitido o laudo pela Comissão Técnica de Classificação. Seria o magistrado obrigado a acatar a recomendação dada pela equipe técnica?

Em nosso ver, parece óbvio que não, pelos mais diversos motivos, desde a violação ao contraditório e à ampla defesa até a garantia de fundamentação das decisões judiciais. Contudo, em um dos julgados analisados encontrou-se o contrário, com entendimento de que, uma vez realizado o exame, não há como o juízo da execução ignorar seu resultado, no mais das vezes desfavorável, para conceder o benefício pleiteado.

É o caso do voto do desembargador Sérgio Gama, quando afirma que “a gravidade dos delitos praticados não impõe nem autoriza a obrigatoriedade do exame ou sua renovação, mas, uma vez realizado o exame, se for desfavorável, deve ser considerado como fator para a denegação do benefício” (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0001532-59.2020.8.08.0050, 2020). No julgado, a decisão agravada pelo Ministério Público havia progredido o apenado, a despeito do parecer desfavorável, uma vez que os requisitos legais para a progressão ao semiaberto haviam sido preenchidos.

Ou seja, apesar de ter determinado a realização do exame criminológico antes de decidir sobre a progressão, o que por si só já protelou a fruição do direito pelo apenado, o juízo da execução entendeu que o resultado não era suficiente para impedir sua colocação em regime menos gravoso. Porém, tendo o órgão ministerial agravado a decisão, o desembargador afirmou o que foi transcrito acima, demonstrando seu claro posicionamento no sentido da vinculação do juízo da execução ao resultado do exame criminológico.

No ponto, destaca-se que não se trata de possibilitar o uso do resultado do exame para a denegação de direitos, mas de negar que o juízo utilize do livre convencimento motivado para decidir de forma diversa ao parecer técnico. Mesmo que seja importante apontar a impossibilidade técnica de se aferir, na forma precária e

padronizada como são feitos os exames criminológicos, os elementos buscados para fins de análise do dito requisito subjetivo, há de se admitir que, quando feito o exame, deve-se possibilitar que o magistrado valore o laudo de acordo com o livre convencimento motivado.

Com relação ao livre convencimento motivado, não se trata de afirmar a liberdade total do juiz na valoração da prova – se é que se pode chamar o exame criminológico de prova, já que não há efetivação do contraditório –, até porque, “o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre” (LOPES JR., 2019, p. 423). Por meio dele, mesmo não estando limitado a um sistema tarifado de valoração das provas, o magistrado deve “julgar conforme a prova e o sistema jurídico penal e processual penal, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional” (LOPES JR., 2019, p. 423).

Ainda assim, deve-se possibilitar que o juízo da execução analise o resultado do exame criminológico e decida sobre os direitos pleiteados pelo réu de acordo com o convencimento a partir das tão citadas particularidades do caso, mesmo que vá no sentido contrário deste resultado. Impossibilitar tal valoração representa a submissão do juiz a um laudo feito por uma equipe que, mesmo que técnica, não tem competência para decidir sobre a concessão de direitos executórios, que é privativa dos magistrados da execução, nos termos da LEP⁹. Mais do que isso, trata-se de transformar o juiz da execução em mero homologador dos pareceres técnicos produzidos, de modo que “a função do juiz fica reduzida a acolher os laudos” (LOPES JR., 2003, p.1).

Aqui, não se está a tratar os magistrados como pobres coitados submetidos a tal função de homologadores dos laudos técnicos, até porque eles mesmos o determinaram, ainda que com o advento da Lei 10.792/2003 não exista mais a

⁹ Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...)

III - decidir sobre:

- a) soma ou unificação de penas;
- b) progressão ou regressão nos regimes;
- c) detração e remição da pena;
- d) suspensão condicional da pena;
- e) livramento condicional;
- f) incidentes da execução.

IV - autorizar saídas temporárias; (...)

exigência dessa realização. Mais do que isso, pode-se dizer até que se trata de uma situação muito cômoda para os juízes de execução, principalmente quando o apenado em questão é aquele etiquetado por todos como de extrema periculosidade. Muito mais simples é deixar a “decisão” de progredir ou possibilitar a saída temporária desse preso para as comissões técnicas do que tomar a responsabilidade para si.

Nas palavras do ilustre Aury Lopes Jr., a partir dessa situação, “existe uma pulverização da responsabilidade de decidir”, uma vez que o magistrado acaba “‘lavando as mãos’, pois a decisão punitiva passa a ser reflexo de um juízo que não é feito por ele, mas pelo psicólogo ou psiquiatra de plantão” (2003, p.1). Esse também é o entendimento de Ximenes, para quem a decisão baseada nos resultados dos pareceres aparenta uma tentativa de tranquilidade do julgador, de modo que “a responsabilidade pelo erro ou acerto (...) e, principalmente, sobre as consequências da soltura ou da prisão não seria do jurista, mas do psicólogo e do assistente social que confeccionaram o parecer” (2010, p. 50).

Ademais, com essa forma de submissão ou apoio do magistrado no resultado dos exames, dá-se mais uma vez abertura à ausência de fundamentação e ao excesso de subjetivismo, “pois o discurso jurídico é refutável, mas o da psiquiatria não” (LOPES JR., 2003, p.1).

No ensinamento de Rodrigo Roig, apesar de contrário à realização do exame para a progressão de regime, o juízo deve atender minimamente a algumas regras caso entenda pela viabilidade e necessidade do exame na ocasião. Dentre essas regras, está a de que

o juiz não está adstrito ao resultado negativo do exame, sob pena de supressão da jurisdicionalidade pelo ‘discurso científico’, nem pode apoiar sua motivação em fórmulas vagas, genéricas, etiquetadas, ou ainda, emprestadas do corpo técnico penitenciário ou do Ministério Público, sob pena de afetação do princípio da fundamentação das decisões judiciais

Em nosso ver, o posicionamento acima é o mais coerente e consentâneo com os princípios constitucionais atinentes à execução penal aqui estudados. Então, mesmo que a própria determinação do exame criminológico para os fins debatidos não esteja em conformidade com o que entendemos correto, há de se permitir que, quando

realizado o exame nas ditas hipóteses excepcionais, o juízo tenha liberdade de não se submeter ao resultado quando desfavorável.

Por outro lado, quando favorável o resultado do exame criminológico, não há que se aceitar que o juízo da execução continue denegando os direitos pleiteados pelo apenado e cujos requisitos legais já foram devidamente preenchidos. Aliás, isso não significa desrespeitar o livre convencimento motivado com relação ao laudo pericial realizado, uma vez que, ao indeferir o benefício a que o preso tem direito ignorando o resultado favorável do exame, o juiz estaria prejudicando-o em detrimento do expressamente previsto em lei.

Se a própria realização do exame não é mais prevista como requisito para a fruição de direitos executórios, o resultado favorável, esse sim, deve vincular o juízo. Não pelo resultado em si, mas porque os requisitos legais para tal fruição foram devidamente preenchidos, sendo o resultado do laudo nada mais do que o ato fulminador de qualquer dúvida – ainda que infundada – a respeito do preenchimento do requisito subjetivo. Então, caso mesmo após protelar o gozo de direitos pelo apenado para a realização do exame “para melhor aferir o preenchimento do requisito subjetivo” o juízo desconsidere o resultado favorável haverá uma violação ainda maior aos direitos em questão.

3.4 O PERIGOSO ARGUMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

Além do exposto até aqui, chamou atenção no estudo a recorrente fundamentação dos votos na necessidade de garantia da ordem pública, de modo que para determinados presos, normalmente levando em consideração a gravidade do delito cometido, seria necessário aprofundar a análise sobre sua personalidade. De acordo com o argumento, seria possível ter maior controle sobre o que o apenado faria quando solto, isto é, se voltaria a cometer delitos, o que faz com que a aplicação do exame ajude a garantir a ordem pública.

Neste sentido, a desembargadora Elizabeth Lordes aponta a realização do exame como forme de “aferir o estado de periculosidade do apenado, a fim de constatar a sua real possibilidade de reingresso social – buscando-se, dessa forma, proteger a sociedade” (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0008190-47.2020.8.08.0035, 2020). Ou seja, a julgadora entende o exame como capaz de analisar de maneira mais profunda o íntimo do apenado, impedindo que aqueles que representem perigo à ordem pública recebam benefícios com certo grau de liberdade apenas por terem cumprido os requisitos legais expressos.

Do mesmo modo, o desembargador Adalto Tristão aponta em seu voto que, ao passo em que a progressão pleiteada ensejará a liberação do apenado, necessário se faz a “verificação de autodisciplina, senso de responsabilidade e capacidade de ressocialização do reeducando” (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0011345-19.2020.8.08.0048, 2020). Este posicionamento é repetido pelo julgador em outro voto analisado, em que concorda com o juízo de origem quando determinou a realização do exame antes de conceder a progressão, “diante da deformação da personalidade e relevante insensibilidade moral do reeducando, bem como diante do risco que a sua liberdade pode representar para a sociedade” (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0012394-70.2020.8.08.0024, 2020).

O desembargador Pedro Feu Rosa também deixa transparecer referido argumento em seu voto, quando afirma a necessidade do exame antes de conceder a saída temporária ao apenado, pois será momento em que “não estará sob vigilância direta do Estado”. Ademais, ao afirmar a correta fundamentação da magistrada de origem, o desembargador aponta a gravidade do crime pelo qual o apenado foi condenado para fundamentar a exigência de boa avaliação do requisito subjetivo do mesmo “antes que seja exposto ao mundo externo e possivelmente à vítima” (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0008376-70.2020.8.08.0035, 2020).

Também foi encontrada em determinado julgado a ideia de que a periculosidade demonstrada pelo apenado, pela violência dos crimes praticados – mais uma vez, vê-se a utilização da gravidade do delito pelo qual foi condenado – o benefício pleiteado pela defesa poderia “ocasionar algum tipo de risco à ordem pública” (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0001532-59.2020.8.08.0050, 2020).

Dessa forma, vê-se que os desembargadores têm como um dos principais fundamentos para aceitar a determinação do exame criminológico essa necessidade de garantia da ordem pública, isto é, de proteção da sociedade frente ao apenado que, apesar de preencher os requisitos legalmente impostos, necessita ser melhor avaliado por especialistas para que possa retornar ao convívio social. Um ponto que merece destaque neste tópico é que, sem exceção, os recursos ao TJES ocorrem quando o apenado já preencheu os requisitos para os direitos pleiteados.

Ou seja, a prática é que se deixe atrasar a fruição dos direitos e, com isso, se determine a realização do exame para a aludida melhor verificação da personalidade do apenado e a possibilidade de retorno ao convívio social. Mesmo que se aceite tal argumento, chama atenção a normalização de se manter o indivíduo em regime mais gravoso ou desrespeitar seu direito a benefícios executórios sob o pretexto de proteger a sociedade pela realização do exame.

Em outras palavras, ainda que fosse razoável a exigência de algo retirado da lei desde 2003, para que se pudesse em casos peculiares verificar o grau de periculosidade do apenado para, só assim, permitir seu retorno gradual à liberdade, isso deveria ser feito antes que fossem cumpridos os requisitos legais. Caso contrário, além da violação aos direitos cujos requisitos já foram preenchidos, há uma protelação ainda maior dessa situação de desrespeito ao apenado.

De todo modo, vale prosseguir na análise do argumento da garantia da ordem pública, partindo das críticas feitas pelo ilustre Aury Lopes Jr., quando da análise do mesmo fundamento para embasar a decretação de prisões preventivas. Para o autor, quando se decreta a prisão preventiva com o intuito de prevenir alegada reiteração delitiva “está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal”, além de entender o dito risco de reiteração como um “diagnóstico absolutamente impossível” (2020, p. 707).

O mesmo raciocínio pode ser transportado para o uso desse argumento em sede de execução, uma vez que, se já é impossível o juiz aferir a possibilidade de reiteração

delitiva, mais difícil ainda é fazê-lo por intermédio de um laudo técnico mal aplicado. Portanto, manter encarcerado ou em regime mais gravoso o apenado que já cumpriu os requisitos legais com base na necessidade de garantia da ordem pública mostra-se no mínimo discutível.

Outro ponto discutível do argumento aqui analisado é a forma pela qual o cerceamento da liberdade daquele apenado específico é capaz de manter suposta ordem pública, evitando a reiteração delitiva. Isto porque, mesmo que o tão citado posicionamento dos Tribunais Superiores vede a utilização da gravidade em abstrato dos crimes como fundamentos para a determinação do exame, verificou-se que os magistrados tendem a justificar o risco da liberdade do apenado com base na forma como o crime foi praticado.

É claro que completamente diferente seria a situação em que, baseando-se na conduta carcerária do preso, que tenha muitas faltas disciplinares, por exemplo, o magistrado entenda ser necessária maior cautela na análise do efetivo preenchimento do requisito subjetivo para a fruição dos direitos. Contudo, essa não é a argumentação corriqueira encontrada nos julgados aqui analisados.

Em verdade, encontrou-se em apenas dois dos julgados estudados referências a comportamento do apenado no decorrer da execução da pena. Em um deles, a relatora Elizabeth Lordes cita que o Ministério Público apontou que o condicionamento das saídas temporárias à realização do exame decorria do fato de que o apenado deixou de retornar após sua última saída, tendo este admitido o consumo de bebidas alcoólicas e que se envolveu em brigas no período (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0007282-87.2020.8.08.0035, 2020).

Em outro caso, ao citar a decisão agravada, o desembargador Adalto Tristão aponta o cometimento de novo crime pelo apenado durante o livramento condicional, anterior ao pedido de progressão então analisado (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0012394-70.2020.8.08.0024, 2020).

Entretanto, ambos parecem ignorar que os comportamentos inadequados descritos podem e devem ser punidos por meio de processo administrativo disciplinar, que por

si só já tem como resultado a mácula no comportamento carcerário dos apenados, obstando a fruição de direitos por pelo menos 12 meses, além de reiniciar o marco inicial para a contagem destes.

Ademais, também se encontrou em um dos julgados a assunção de que não foram constatados fatos novos no decorrer da execução da pena que pudessem embasar a necessidade do exame. Mesmo assim, o julgador aponta que a legislação e a jurisprudência não impediriam a exigência do exame criminológico, entendendo ser necessária uma “avaliação mais profunda sobre sua personalidade e grau de periculosidade antes de receber o benefício” (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0008376-70.2020.8.08.0035, 2020).

No ponto, ao verificar o uso do argumento da garantia da ordem pública, atendendo a “uma função de polícia do Estado” (LOPES JR., 2020, p. 707), também é possível apontar violação à dignidade do cidadão preso, nos termos estudados em tópico anterior. Isto não necessariamente na ótica de se negar a autodeterminação do indivíduo, mas de utilizá-lo como ferramenta da política de segurança do Estado, esquecendo que este deve ser tratado como fim em si mesmo (VIEIRA, 2006, p. 67).

Por meio desse argumento, os juízes aproveitam que o indivíduo já está sob a custódia do Estado para, além de negar os direitos que já deveria fruir, supostamente proteger a sociedade de eventuais delitos que este venha a cometer se libertado. Obviamente, esse “encargo” de manter a ordem pública não pode se dar com o custo do desrespeito aos direitos de quem o Estado escolheu aprisionar.

No ponto, vale recordar que a LEP aponta como uma das competências do juízo da execução o zelo pelo correto cumprimento da pena¹⁰, que, por óbvio, deve incluir a proteção e o respeito aos direitos e garantias constitucionais dos cidadãos presos. Contudo, o uso do argumento aqui estudado mostra-se como uma forte ferramenta justamente para o desrespeito desses direitos e garantias.

¹⁰ Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

(...) VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

Desse modo, fica clara a preponderância do dever do juiz da execução de garantir os direitos do apenado no decorrer do cumprimento de sua pena. Já havendo condenação transitada em julgado, o que resta é garantir que o cumprimento se dê com respeito às garantias constitucionais e legais conferidas ao preso. Portanto, não cabe ao juiz da execução essa suposta garantia da ordem pública (caso se considere que a prisão de alguém seja capaz de tanto), mas sim a proteção do apenado frente ao sempre possível agigantamento do poder punitivo.

Em seu estudo sobre o uso da mídia como mecanismo de propagação de discursos de hipertrofia do sistema penal e do punitivismo para a solução de diversos problemas sociais, Raphael Boldt (2009) aponta a abertura dada ao desrespeito dos direitos fundamentais. Isto é, com um discurso que propaga o medo e o pânico massivamente na sociedade, a mídia trabalha como legitimadora para diversos absurdos no campo da legislação penal e sua aplicação, como a urgência para o recrudescimento e agigantamento do poder punitivo do Estado.

Especificamente sobre o argumento estudado neste tópico, Boldt entende estar “em curso a construção de um quadro normativo emergencial de marca autoritária que comporta graves perigos para as garantias constitucionais e para o Estado de direito” (2009, p. 96), tudo em nome da ordem pública e da segurança, apresentadas pelo discurso midiático hegemônico como diariamente atacadas pela criminalidade.

Em crítica similar ao fundamento da garantia da ordem pública, Tourinho Filho afirma o seguinte:

“Quando se decreta a prisão preventiva como ‘garantia da ordem pública’, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada” (TOURINHO FILHO, 2003, p. 510).

De fato, como afirma o autor, o termo “garantia da ordem pública” pode ser usado de diversas formas, de modo que, quando também utilizado para a determinação dos exames criminológicos, é capaz de gerar graves prejuízos às pessoas presas.

No caso, voltando à questão acima exposta sobre a função de garantia exercida pelo juiz da execução, brilhantes são as considerações de Rodrigo Duque Estrada Roig, em sua obra crítica com relação à Execução Penal, quando trata do princípio da não marginalização dos presos:

“A situação de encarceramento não apenas não retira das pessoas presas ou internadas seus direitos fundamentais, como, pelo contrário, as torna carecedoras de maior tutela, discriminação positiva e segurança por parte do Estado, considerando o estado de absoluta vulnerabilidade em que se encontram e a responsabilidade estatal pela guarda de seres humanos em suas instituições asilares” (ROIG, 2018, p. 31).

Assim, de suma importância são os apontamentos de Roig, de modo que o tratamento das pessoas presas, em verdade, merece até mais cuidado, uma vez que a punição e sua forma foram escolhas do Estado. Dessa forma, é dever do Estado, nesse caso por meio dos órgãos de execução, a prática dentro dos limites legais, para que de fato tenha alguma autoridade para punir, até porque careceria de sentido o Estado cobrar respeito à lei, quando ele mesmo não a cumpre.

No entanto, a jurisprudência do TJES, que segue de maneira acomodada a dos Tribunais Superiores, deixa em aberto a possibilidade de utilizar um termo tão vago como a “garantia da ordem pública”, capaz de resultar nas mais diversas e abrangentes interpretações. Mais uma vez, há uma porta escancarada para o subjetivismo judicial, gerando mais uma situação de grande insegurança jurídica e desrespeito aos direitos dos apenados.

Para finalizar o presente tópico, merece transcrição trecho de um dos votos estudados, em que a desembargadora Elizabeth Lordes fala sobre os objetivos da realização do exame criminológico:

A verdade é que a realização do exame visa aferir o estado de periculosidade do apenado, a fim de constatar a sua real possibilidade de reingresso social – buscando-se, dessa forma, proteger a sociedade em respeito ao princípio do in dubio pro sociedade que permeia o processo de execução penal (TJES, Agravo de Execução Penal Nº 0008190-47.2020.8.08.0035, 2020).

Ou seja, além de afirmar o objetivo de aferir o estado de periculosidade do apenado, a julgadora lança mão do argumento da proteção da sociedade, o que autorizaria a realização do exame. É dizer, na visão da desembargadora, ao protelar as saídas

temporárias por meio da submissão do apenado ao exame criminológico, o juízo da execução penal estaria dando eficácia ao princípio do *in dubio pro societate*, protegendo a sociedade ao não permitir que este fosse posto em liberdade, ainda que tenha preenchido os requisitos para tanto.

No ponto, cabe destacar que a utilização explícita do argumento do *in dubio pro societate* para legitimar o feito chegou a surpreender quando do estudo dos julgados. Isto porque, apesar de ser um discurso até batido, como quando os julgadores afirmam a necessidade de um poder geral de cautela ao reintegrar certos presos à sociedade, a fraca fundamentação com base neste princípio de aplicabilidade tão duvidosa – e que na realidade pode fundamentar inúmeros absurdos e violações de direitos dos presos – deixa claro o imaginário dos atores jurídicos envolvidos, capazes de ignorar o que está expressamente previsto em lei em nome da pretensa defesa da sociedade.

Em geral, o suposto princípio é utilizado para amparar decisões de pronúncia ou de recebimento de denúncia, quando julgadores entendem haver dúvidas acerca dos elementos necessários para a tomada da decisão, encampando o discurso da defesa do interesse da sociedade. Tal argumento há tempos é criticado por parte da doutrina, havendo inclusive recentes julgados da Segunda Turma do STF que rechaçam a utilização do *in dubio pro societate*, apontando a ausência de previsão legal do pretenso princípio e sua incompatibilidade com o sistema processual brasileiro nos moldes da Constituição de 1988.

No ARE 1.067.392, o Ministro Gilmar Mendes aponta claramente em seu voto

a lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto “princípio *in dubio pro societate*”, que, além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. (STF, 2019)

Na ocasião, o Ministro chega a realizar certa autocrítica sobre como o tema foi tratado pela Corte Suprema, motivo pelo qual entende necessário realizar tais apontamentos sobre o *in dubio pro societate*, ressaltando que se houver dúvida, “deve então ser aplicado o *in dubio pro reo*”.

Em sede de execução penal, na forma como a relatora usou o argumento em seu voto, cabe tecer as mesmas críticas para a aplicação do *in dubio pro societate* nas situações acima descritas. Além de não haver qualquer dispositivo legal que autorize o princípio, sua aplicação representa completa inversão do ônus da prova, que no sistema processual constitucionalmente previsto é da acusação, não do réu.

No caso da execução, é do Ministério Público o ônus de demonstrar que o apenado não preencheu o requisito subjetivo, de modo que a dúvida quanto ao ponto não pode levar à negativa de seus direitos. Se não foi constatada mácula no comportamento prisional do indivíduo, impõe-se a concessão dos direitos, independentemente de dúvidas.

Na realidade, ao assim decidir, a relatora não apenas aplica um princípio sem previsão e não recepcionado pela ordem constitucional vigente, como se presume detentora do conhecimento sobre o que seria o interesse da sociedade. Válidas são as palavras de Paulo Dias, profundo estudioso e crítico do *in dubio pro societate*, em dissertação de mestrado sobre a adoção do princípio na decisão de pronúncia:

Em tradução livre o brocardo em comento significa que na dúvida, deve-se decidir pelo interesse da sociedade. Trazendo para os casos em que mais é utilizado/aplicado (recebimento da denúncia e pronunciamento do acusado perante o tribunal do júri), chega-se à conclusão de que seria do interesse coletivo a profusão de acusações e processamentos infundados, a despeito da ausência de elementos de prova convincentes para tal. Agora, quem está, constitucionalmente, legitimado a afirmar que o interesse coletivo é aquele voltado ao processamento a todo custo de alguém? (DIAS, 2016, P. 49)

As indagações feitas pelo autor são de perfeita aplicação ao caso retratado neste tópico, em que a desembargadora aponta a necessidade de se resguardar suposto interesse público em impedir a concessão de saídas temporárias ao apenado por haver dúvidas quanto à “real possibilidade de seu reingresso social”.

A propósito, ainda que se aceite que o agigantamento punitivo seja de interesse da sociedade, as garantias constitucionais do apenado levam à conclusão diversa da adotada pela relatora, principalmente no que diz respeito à dignidade humana e à presunção de inocência, da qual decorre o *in dubio pro reo*, este sim previsto

constitucionalmente. Se há dúvida quanto à possibilidade de reinserção social do apenado, que se respeite seus direitos fundamentais e os requisitos legais preenchidos para obter as saídas temporárias, devendo ser na verdade presumido seu bom comportamento, até porque há atestado de conduta carcerária neste sentido.

Dessa forma, outro dos principais fundamentos usados pelos desembargadores do TJES nos julgados aqui estudados é o da necessidade de garantia da ordem pública, como forma de proteger a sociedade do retorno de um indivíduo considerado de alta periculosidade, ainda que este já tenha preenchido os requisitos legais para tanto. Assim, como forma de “melhor examinar” o íntimo desses apenados, a jurisprudência capixaba entende necessária a realização dos exames criminológicos, quando na realidade os objetivos escusos desta realização parecem ser a protelação quase indefinida da fruição dos direitos destes indivíduos.

A partir disso, é possível dizer que o argumento estudado neste tópico, além de deixar uma grande abertura para o subjetivismo, é mais uma forma de tornar juridicamente palatável, na visão da jurisprudência pátria, o desrespeito a diversos direitos dos apenados.

3.5 O DISCURSO DA PERICULOSIDADE E O PERIGO DO RETORNO AO DIREITO PENAL DO AUTOR: A TENTATIVA DE MOLDAR O INTERIOR DOS INDIVÍDUOS PRESOS

O último dos argumentos principais encontrados nos julgados e que merece destaque no presente estudo é o da periculosidade do agente, por meio do qual os julgadores de origem, seguidos pelos desembargadores, fundamentam a necessidade de realizar o exame criminológico em diversos casos. Para além dos argumentos da jurisprudência e da dispensabilidade do exame, debatidos em tópicos anteriores, a questão do perigo do retorno do apenado à sociedade é a mais recorrente.

Em verdade, o apelo ao discurso da periculosidade vem sob diversos aspectos, justamente na busca de encaixar o caso concreto à jurisprudência consolidada quanto à aplicabilidade do exame criminológico. Por meio do argumento, os julgadores

buscam expressar a necessidade de melhor aferir a possibilidade de conceder benefícios ao apenado, a despeito do preenchimento dos requisitos legais para tanto.

A questão é que esse discurso, além de remontar a um momento do Direito Penal que já não cabe no estágio atual do Estado Democrático de Direito, também leva aos perigos de uma análise excessivamente subjetiva, como já discutido anteriormente.

Em conjunto com a necessidade de análise do “grau de periculosidade” e da “personalidade” do apenado, encontrou-se nos julgados questões como “senso de responsabilidade”, “autodisciplina” e “capacidade de ressocialização”, de modo que o exame criminológico

Além da fundamentação da “perícia técnica” pela necessidade de melhor aferir as questões acima expostas, verificou-se verdadeiros juízos de valor, em geral baseados na gravidade dos crimes cometidos, com a conclusão pela “periculosidade extrema diante do desvirtuamento de valores” (TJES, Agravo de Execução Penal nº 0001532-59.2020.8.08.0050, 2020). Em um dos votos, a desembargadora Elizabeth Lordes afirma que “a realização do exame visa aferir o estado de periculosidade do apenado, a fim de constatar a sua real possibilidade de reingresso social” (TJES, Agravo de Execução Penal nº 0008190-47.2020.8.08.0035, 2020).

Desse modo, resta clara a intenção, ao menos oficialmente declarada, da realização do exame criminológico: a análise e possível intervenção no subjetivo do apenado, para que, a partir disso, se possa decidir sobre a concessão dos direitos executórios a que tem direito.

Aliás, uma afirmação que chamou bastante atenção nesse estudo foi a do desembargador Adalto Tristão em seu voto no Agravo nº 0011345-19.2020.8.08.0048 (TJES, 2020), no sentido de que “a verificação de autodisciplina, senso de responsabilidade e capacidade de ressocialização do reeducando” são condições que “só deve ser aferida mediante laudo de exame criminológico”. Ou seja, ainda que não expressamente previsto como requisito para a concessão dos direitos executórios, na visão do relator, apenas o exame seria capaz de aferir tais circunstâncias que entende imprescindíveis para tal concessão.

A mesma argumentação é realizada pelo desembargador Pedro Feu Rosa no Agravo nº 0008376-70.2020.8.08.0035 (TJES, 2020), ao afirmar a necessidade de uma avaliação profunda sobre a personalidade e grau de periculosidade do apenado antes de conceder a saída temporária, que só seria possível por meio de “exames detalhados, por profissionais habilitados em diagnosticar a idoneidade e personalidade”.

Mesmo que se aceite hipoteticamente a afirmação, o que chama atenção é que em todos os julgados analisados os apenados já haviam preenchido os requisitos legais para a fruição dos direitos pleiteados, sendo os exames então determinados, atrasando sobremaneira sua fruição. Então, se o entendimento é de que apenas o exame criminológico seria capaz de verificar as circunstâncias aqui apontadas, por qual motivo ele não é feito no decorrer do cumprimento da pena – como originariamente previsto na LEP –, antes de o apenado preencher os requisitos?

Esse questionamento se mostrou de difícil resposta quando da análise dos julgados, por meio da argumentação oficial do Judiciário para tanto, como feito no presente trabalho. Desse modo, resta realizar indagações nesse sentido, buscando os motivos para que se desrespeite de forma tão recorrente os direitos dos apenados

Assim como visto em tópico anterior, aparentemente tem-se em curso “um plano de gestão da vida através dos mecanismos de segurança, uma vez que o poder político é estrategicamente direcionado à neutralização do indesejável” (PENIDO e GONÇALVES, 2015, p. 42). No caso específico, utiliza-se do exame criminológico como forma de impossibilitar que os apenados, tidos como indesejáveis, que os mecanismos legais expressos não conseguiram segurar por mais tempo atrás das grades, retornem ao convívio social.

Aqui, mesmo que se argumente pela incapacidade do sistema prisional de realizar os exames antes que os apenados preencham os requisitos legais, não há como aceitar tal situação. Como intensamente repetido, a Lei 10.792/2003 acabou com a obrigatoriedade do exame e, nos termos da consolidada jurisprudência – mesmo que dela se discorde –, restou possibilidade de realização do criminológico para casos

excepcionais, em que as peculiaridades apontem para sua necessidade. Logo, se o que se tem é a realização excepcional do exame, não há que se amparar a proteção dos direitos dos apenados com base no abarrotamento do sistema prisional, a menos que se admita que a exceção se tornou regra.

Zaffaroni e Pierangeli apontam que o direito penal do autor, “ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma ‘forma de ser’ do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva” (2011, p. 110). No caso aqui estudado, já há inclusive a punição pelos fatos praticados pelo apenado, mas utilizasse da (des)valoração dessa manifestação da “forma de ser” do autor para que se impeça a fruição de direitos executórios, com fundamento em sua periculosidade, não pelos fatos em si, mas por ser quem é e por ter praticado os crimes que praticou.

Na lição de Luiz Regis Prado acerca do princípio da culpabilidade, também é possível ver a oposição entre o direito penal do fato, calcado na culpabilidade, e o direito penal do autor. Enquanto o último é “fundado no modo de vida ou no caráter (...) a responsabilidade penal pelo fato significa a exigência de uma conduta humana – externa e concreta” (2019, p. 163), para que se possa impor a sanção penal. Assim, tem-se a vedação à punição do pensamento, da intenção, modo ou condição de vida.

Por meio do direito penal do autor, “o ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato”. Assim, “o ato é o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 110). É justamente o que ocorre quando do uso do argumento da periculosidade ao determinar a realização do exame criminológico ou após tal realização, obstando o gozo de direitos, com a agravante de que sequer se tenta “consertar” essa “máquina que funciona mal”, como veremos a frente.

Na realidade, utiliza-se desse argumento unicamente para manter o indivíduo considerado indesejável longe do convívio social, fazendo tudo que for possível para uma interpretação da legislação ou das ditas peculiaridades do caso que levem à conclusão pela impossibilidade de retorno desse apenado à sociedade. É por meio

disso que se coloca em prática o que já apontamos sobre a “neutralização do indesejável” (PENIDO e GONÇALVES, 2015, p. 42).

De acordo com Aury Lopes Jr., com o uso dos exames criminológicos para decidir, tem-se a “nefasta substituição do direito penal do fato pelo direito penal do autor”, pois “não se pune mais pelo que o apenado objetivamente fez, mas sim pelos diagnósticos irrefutáveis de personalidade perigosa, desviada etc” (2003, p. 1). Do mesmo modo, Salo de Carvalho aponta que a avaliação pericial com base em juízos sobre a personalidade, no decorrer da execução penal, principalmente por meio do exame aqui estudado, denota “um modelo de direito penal do autor e um modelo criminológico etiológico refutado pelo sistema constitucional de garantias estruturado na inviolabilidade da intimidade, no respeito à vida privada e à liberdade de consciência e de opção” (2002, p. 153).

Mais do que a afirmação especificamente sobre o caminhar da execução penal ao direito penal do autor, os apontamentos dos ilustres doutrinadores aproveitam ao presente trabalho ao demonstrarem a forma como o exame criminológico é utilizado para moldar o íntimo dos apenados ao que teoricamente se espera do indivíduo em sociedade. Ou seja, para além de obstar seu retorno ao convívio social a despeito de ter direito para tanto, o exame criminológico é utilizado como ferramenta de desrespeito ao direito à liberdade e intimidade, bem como a dignidade – no sentido de autodeterminação, como explorado anteriormente –, mas sempre com a desculpa de melhor resguardar a sempre citada ordem pública e a sociedade que o sistema prisional diz proteger.

Em crítica similar, Roig (2018, p. 35) aponta os juízos de valor negativos sobre a pessoa do apenado, principalmente quanto à periculosidade e sua personalidade – muitas vezes citada como “voltada ao crime” –, como forma de violação ao princípio da culpabilidade, até porque não haveria vinculação com os fatos efetivamente praticados. Na realidade, substituindo a culpabilidade pelo fato, estariam os “juízos fundados na culpabilidade de autor”, que “rompem com a necessária conexão objetiva entre atos dos presos e eventos danosos daí decorrentes” (ROIG, 2018, p. 35).

Penido e Gonçalves também adotam esse posicionamento, afirmando que o criminológico “mostra-se como representação do direito penal do autor, na medida em que a punição – com a manutenção em regime de cumprimento mais gravoso – fundamenta-se na subjetividade do sentenciado e, portanto, desvinculada do fato por ele praticado” (2015, p. 47).

Essa é uma das grandes problemáticas relativas à valoração sobre a periculosidade dos apenados, apontada como fundamento para a necessidade de realização do exame criminológico em determinados casos, como visto até aqui.

Outro ponto que chama bastante atenção, merecendo destaque nesse tópico, é a exigência de arrependimento por parte do apenado no decorrer dos referidos exames. Na ocasião, vale transcrever trechos dos relatórios do exame criminológico usados pelo desembargador Sérgio Gama em seu voto no Agravo nº 0001532-59.2020.8.08.0050 (TJES, 2020), caso em que o apenado havia sido submetido ao exame, com resultado negativo, e mesmo assim o juízo de origem o progrediu:

Neste ponto específico, consta do Relatório de Segurança, emitido no bojo do Exame Criminológico do apenado, as seguintes informações:

“(...) Não demonstra remorso pelos seus crimes, e ao mesmo tempo, tenta transferir a sua culpa, para pessoa que fazia parte do meio criminoso no qual convivia. É um preso que se vê como herói e não como alguém que cometeu crimes, pois os crimes (homicídios) que assume se vangloria, pois, na visão do mesmo, assassinou pessoas que também cometiam crimes (...)”

Já no Relatório do Serviço Social emitido no âmbito do Exame Criminológico, foi registrado que:

“... Denota-se que o apenado expõe de forma pouco expressiva o sentimento de arrependimento e o real valor à vida humana. Considerando que o interno possui uma condenação muito alta e que conforme seu relato ceifou vidas por motivos banais, se faz necessário prudência na tomada de decisão quando se trata de progressão/livramento condicional, não sendo possível atestar o grau de ameaça que o ser humano poderá apresentar no cotidiano.”
(grifamos)

Dos trechos acima, vê-se de forma clara a imposição de arrependimento, confissão e até o remorso por parte do apenado quando da avaliação da Equipe Técnica. Mesmo que se afirme não ser uma exigência formal, por óbvio esses fatores foram valorados negativamente, até porque constaram dos relatórios, que ao final levaram a Comissão

Técnica de Classificação a emitir parecer conclusivo contrário à progressão do apenado.

Como explorado no tópico sobre o princípio da dignidade humana, o arrependimento não é requisito legal para absolutamente nada, restando apenas a violação da dignidade e do íntimo do apenado como motivos para tal (des)valoração, em uma tentativa inconstitucional de moldar o que se passa no âmbito mais íntimo da pessoa.

Repita-se: o indivíduo tem o direito de não reconhecer o cometimento do crime pelo qual foi condenado, seja por efetivamente negar a autoria ou por simplesmente não querer revisitar esse trecho de seu passado. Mesmo que tenha eventualmente confessado o crime ou até se arrependido, é absurdo que, por meio do exame criminológico, o apenado seja, na prática, obrigado a revisitar e reconhecer essa parte do seu passado, pela qual paga com a privação de sua liberdade em um sistema carcerário absurdamente atentatório aos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Outro ponto a ser destacado no voto da desembargadora Elizabeth Lorde no Agravo nº 0007282-87.2020.8.08.0035 (TJES, 2020) é o relato dado pela Comissão técnica, que afirma ter constatado “comprometimento cognitivo” e histórico de dependência química, assim como “a ausência de vínculos afetivos”, o que levou à sugestão pelo indeferimento de qualquer benefício antes de aprofundada avaliação psiquiátrica do apenado. O que chama atenção é que, ainda que se aceitasse usar tais fatores como embasamento para indeferimento de direitos, não há notícias de que providências tenham sido tomadas ou determinadas pelo juízo para melhorar a situação.

Isto é, quanto ao histórico de dependência química, não se sabe o que foi feito com tal informação, se o apenado foi direcionado a algum tipo de tratamento ou qualquer providência para que tal problema não seja um empecilho à fruição do direito pleiteado. Não há também informação sobre tentativas do setor social da unidade para restabelecer os laços afetivos do apenado, para que com algum tempo este também deixe de ser um empecilho para a concessão da saída temporária, na ótica da Comissão.

Na prática, as informações colhidas no decorrer do exame criminológico servem tão somente para obstar fruição das saídas temporárias, embasando uma decisão de indeferimento, mas sem providências concretas para sanar tais problemas. Assim permanecendo, nada poderá ser feito pelo apenado para que usufrua de seu direito. Ou seja, vê-se uma situação em que, além de se valorar negativamente fatos que não deveriam ser levados em conta, nada é feito para mudar a situação fática, demonstrando claramente a inutilidade dos exames para os fins oficiais de melhor aferir a possibilidade de reingresso social do apenado.

Como visto ao tratar da dignidade humana, a possibilidade de viver uma vida que tenha sentido, por meio da autodeterminação e sem que seja tratado como meio para alcançar fins ditados por pessoas diversas, é um parâmetro para aferir o nível de respeito ou desrespeito à dignidade. Em um Estado que tem como fundamento a dignidade humana, como o brasileiro, essa possibilidade deve existir também para os apenados, a não ser que se desconsidere a sua condição humana pelo fato de ter cometido crimes, o que por si só, em nosso sentir, deslegitimaria a própria aplicação da pena privativa de liberdade. Ora, se o indivíduo já está privado de um de seus principais direitos, despi-lo simultaneamente da dignidade faria ainda menos sentido.

Assim, por óbvio, não há que se falar em desconsideração da dignidade de que são dotados os apenados, sendo necessário manter a sua possibilidade de autodeterminação. Justamente por isso, a aferição da periculosidade, da personalidade, do senso de responsabilidade e de autodisciplina e acerca do arrependimento do apenado, por meio do exame criminológico, demonstra-se fundamentalmente atentatória à dignidade humana.

Para além da ausência de previsão legal para tanto e da necessidade de se tratar o preso como um fim em si mesmo, protelar a fruição de diversos direitos executórios por meio da submissão ao exame criminológico agrava ainda mais a situação.

CONCLUSÃO

A partir do exposto no presente trabalho, é possível compreender a consolidação do entendimento pela aplicabilidade do exame criminológico como forma de aferir a aptidão do apenado à fruição dos mais diversos direitos executórios. Mais do que isso, há um acompanhamento quase servil à jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o assunto, ao passo em que, como destacado, o amparo no permissivo jurisprudencial foi unânime nos julgados estudados, seja por meio da citação das súmulas ou por meio da colação de julgados do STJ e do STF sobre o tema.

Na análise dos julgados, em primeiro lugar, verificou-se também ser uníssona a argumentação de que a alteração promovida pela Lei 10.792/2003 tornou apenas dispensável o exame criminológico, mas não excluiu a possibilidade de sua determinação por parte dos juízes da execução, desde que em decisão devidamente fundamentada, na mesma esteira do já citado entendimento dos Tribunais Superiores. Ou seja, é consolidado no Tribunal capixaba o entendimento de que tal alteração legislativa tornou facultativo, dispensável ou até uma ferramenta legal à disposição do magistrado o exame criminológico.

No ponto, foi possível relacionar o argumento com uma das premissas estabelecidas no tópico sobre princípios constitucionais relacionáveis ao exame: o princípio da legalidade. O que mais chamou atenção foi o desvirtuamento da alteração trazida pela Lei 10.792/03, que, ao não mais exigir a realização do exame criminológico para a progressão ou concessão de outros direitos executórios, passou a exigir tão somente o atestado de conduta carcerária.

Como visto, se a intenção do legislador fosse tornar facultativa a realização do exame em casos que o juízo da execução considerasse peculiares, assim teria agido. É dizer, bastaria fazer constar no dispositivo a permissão para a aplicação do exame antes de conceder os direitos pleiteados pelo apenado, e não afirmar que o atestado de conduta carcerária, emitido pelo diretor do estabelecimento, seria o requisito subjetivo legalmente previsto.

A partir da argumentação jurisprudencial, pode-se dizer que a referida alteração legal foi esvaziada, com atuação dos magistrados como verdadeiros legisladores, criando mais uma abertura ao subjetivismo judicial na consideração das situações passíveis de exigência do exame criminológico para a fruição de direitos executórios. É neste ponto que reside a afronta ao princípio da legalidade, principalmente na perspectiva de realização da certeza do direito.

Como dito, não se trata de defender o engessamento completo da jurisprudência, mas não se deve aceitar a distorção das normas emanadas pelo legislador em sua função democraticamente legitimada. Por isso, mesmo que o entendimento venha das mais altas instâncias, a academia e a doutrina não devem aceitá-lo passivamente, ainda mais quando se trata de parcela da sociedade excluída das mais diversas formas, independentemente dos crimes cometidos.

No ponto, se a intenção é manter o rigor com que é analisada a concessão de direitos executórios em casos peculiares, mesmo que decorra de preocupação legítima em certos casos, que se promova alteração legislativa nesse sentido por meio dos trâmites constitucionalmente estabelecidos. Contudo, não se pode aceitar a criação de um requisito legal por meio do Poder Judiciário, que será aplicado pura e simplesmente com base na vontade – não permitida por lei, mas pela jurisprudência – do juízo da execução, em mais uma porta escancarada aos casuísmos.

Outro argumento muito encontrado nos acórdãos foi o de que se tratava de consideração da gravidade concreta do caso, sendo possível a determinação do exame. Isso porque, como estabelecido no primeiro tópico quanto ao entendimento dos Tribunais Superiores sobre o assunto, a determinação do exame deveria se basear na gravidade concreta dos crimes e em fatos ocorridos no decorrer do cumprimento da pena, não nos crimes que levaram o apenado até ali.

Contudo, o que se constatou foi a distorção desse entendimento nos julgados estudados, gerando verdadeira dicotomia entre o que seria gravidade abstrata e gravidade concreta, com uma forte abertura ao subjetivismo judicial. Isto é, os julgadores, mesmo que apontem o que é claramente a gravidade abstrata dos crimes cometidos para embasar a determinação, afirmam se tratar de uma gravidade

concreta, que torna necessária a melhor aferição da possibilidade de reingresso do apenado ao convívio social.

A partir disso, os desembargadores pretendem continuar dentro do entendimento consolidado no STJ e no STF, mas aplicam, na prática, justamente o contrário, pois se considera unicamente os crimes que levaram o apenado ao cumprimento de pena para fundamentar um exame que protela a fruição dos direitos executórios.

Além disso, destacou-se que, com a recorrente confusão entre a gravidade dos crimes que levaram o apenado à prisão e a efetiva gravidade de sua conduta carcerária, é configurada flagrante dupla – tripla ou eterna – punição pelos mesmos fatos, ao passo em que os mesmos fatos são levados em conta para agravar a situação do cidadão preso. Mais do que isso, pode-se dizer que há verdadeira descrença do próprio Judiciário na capacidade do sistema prisional para os fins oficiais de ressocialização do apenado, ao passo em que se pressupõe que durante todo o cumprimento de pena nada mudou em sua conduta.

Outro ponto analisado é o relativo ao resultado do exame criminológico e a sua (des)valoração pelo juízo da execução ao decidir sobre a concessão de direitos afetos à execução. No caso, viu-se que o apoio irrestrito no parecer resultante do exame, havendo inclusive voto no sentido da verdadeira vinculação do magistrado a esse resultado, é capaz de tornar o juiz em verdadeiro homologador de laudos técnicos, afastando o efetivo exercício da jurisdição.

Em verdade, pode-se dizer até que a vinculação ou simples apoio no resultado do exame viola a garantia à fundamentação das decisões judiciais, já que a decisão é relegada à equipe técnica que realizou o parecer, não ao magistrado. É como se os juízes lavassem as mãos em casos de apenados etiquetados como de extrema periculosidade, deixando a decisão sobre sua libertação ou menor rigor a cargo da equipe técnica.

No caso, foi possível estabelecer relação com os princípios do contraditório e da ampla defesa, elencados em tópico anterior, uma vez que, por se tratar – ao menos em tese – de laudos eminentemente técnicos, torna-se impossível a efetiva confrontação ao

resultado por parte da defesa. A partir disso, como explorado, seria gerada uma situação em que é violado o direito de refutação dessa “prova pericial” que é o exame criminológico, pois a defesa do apenado, por mais aguerrida que fosse, não seria capaz de confrontar tecnicamente o resultado do exame, utilizado para fundamentar decisão sobre concessão ou não de direitos executórios.

Por outro lado, destacou-se que, quando favorável o resultado do exame criminológico, não deve ser aceito que o juízo da execução continue denegando os direitos pleiteados pelo apenado e cujos requisitos legais já foram devidamente preenchidos. Diferentemente do defendido em casos de resultados desfavoráveis, os casos favoráveis devem sim vincular a decisão, não “apenas” pelo resultado, mas porque os verdadeiros requisitos legais já foram devidamente preenchidos, sendo o resultado nada mais do que o encerramento de qualquer a respeito do preenchimento do requisito subjetivo. Protelar ainda mais a fruição dos direitos mesmo com a obtenção de resultado favorável no exame criminológico torna ainda maior a violação aos direitos do apenado.

Além do exposto, outra fundamentação que chamou atenção no estudo foi a baseada na necessidade de garantia da ordem pública, fazendo com que em casos tidos como de maior gravidade fosse necessário aprofundar a análise sobre a personalidade do apenado. A partir disso, na argumentação dos desembargadores, com a realização do exame criminológico, seria possível evitar que apenados de maior periculosidade voltassem a delinquir quando soltos, de modo que apenas quando aptos ao convívio social seriam agraciados com os direitos aos quais já preencheram os requisitos legalmente previstos.

Então, um dos principais argumentos encontrados foi a necessidade de proteção da sociedade frente ao apenado que, mesmo preenchendo os requisitos para a fruição dos direitos pleiteados, deve ser mais bem avaliado por especialistas para que possa retornar à sociedade. Além disso, foi encontrado em um dos julgados a argumentação com base no pretense princípio *in dubio pro societate*, de modo que, se restasse dúvidas quanto à possibilidade de reiteração delitiva do apenado ou a sua periculosidade, seria de bom tom que se realizasse o exame criminológico.

Com isso, o presente estudo chegou à conclusão pelo perigo do uso desse argumento, que, além de tratar de um diagnóstico impossível, já que não há como prever o futuro, resulta na violação da dignidade do cidadão preso, que deixa de ser tratado como um fim em si mesmo e passa a servir como ferramenta de manutenção da ordem pública. Melhor explicando, o desrespeito aos direitos do apenado é empregado em suposto benefício da coletividade, em clara substituição à função do Estado de promover a dita segurança pública.

Por óbvio, o dever de manter a ordem pública não pode se dar por meio do desrespeito aos direitos de que o Estado escolheu encarcerar e se responsabilizou ao abranger a função de solucionador de conflitos sociais e da criminalidade. Aqui, cabe ressaltar que, se o Estado tomou para si tal função, para que possa cobrar dos cidadãos o respeito à lei sob pena de privar sua liberdade, o primeiro é o que mais deve agir em observância aos ditames legais para que seja realmente dotado de legitimidade.

Como afirmado, dentre as competências do juízo da execução está o zelo pelo correto cumprimento da pena, de modo que não cabe a ele a suposta garantia da ordem pública, mas a proteção do cidadão preso frente ao sempre presente e possível agigantamento do poder punitivo.

Por fim, verificou-se a marcante presença do discurso da periculosidade dos apenados, gerando o perigo de retorno ao direito penal do autor, uma vez que, para que se decidisse sobre algo que torna mais gravosa a execução da pena, era recorrente o embasamento em questões subjetivas e pessoais do apenado, em detrimento de verdadeiros fatos por este praticados que fossem capazes de embasar a realização do exame. É dizer, uma das principais razões de decidir encontrada foi a de que, com base na personalidade perigosa do sujeito preso, seria necessário melhor aferir a possibilidade de conceder benefícios executórios, mesmo com o preenchimento dos requisitos legais para tanto.

Assim, restou clara a intenção declarada, a despeito de eventuais intenções veladas, de que se realize, por meio do exame criminológico, uma análise e possível intervenção no subjetivo do apenado, para que se possa decidir sobre a concessão dos direitos executórios a que tem direito.

Então, o presente estudo chegou à conclusão de que referida linha argumentativa representa o perigo de retorno ao direito penal do autor, bem como a patente violação à dignidade humana, ao passo em que se intenta moldar o íntimo dos apenados para o que se entende como correto, negando-lhes o direito à autodeterminação. Em verdade, o que se faz é manter a desvalorização dos delitos cometidos como representativos da personalidade “desvirtuada” do apenado, que, além de ser levada em conta para a aplicação da pena, é novamente tida em consideração para desrespeitar a fruição de direitos executórios.

Por todo o exposto, com uma análise detida dos julgados selecionados e de posicionamentos doutrinários sobre o assunto, pode-se concluir que o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, (re)cria e aplica um novo – e ilegal – requisito subjetivo para a concessão de direitos executórios, por meio do exame criminológico. Em verdade, o exame é utilizado, a despeito das mais diversas e muitas vezes distorcidas argumentações, como forma de manter um forte controle sobre o retorno dos apenados que já cumpriram o necessário para a fruição de direitos, ao arrepio das expressas disposições legais sobre o tema.

Com isso, tornou-se comum a violação de diversos princípios legais e constitucionais, dentre eles os elencados no presente trabalho, por meio da realização do exame. Infelizmente, as fundamentações que embasam referida jurisprudência encontram suporte em setores doutrinários e, por óbvio, em discursos populistas sobre a constante necessidade de maior rigor na punição à criminalidade, sempre vista como fórmula mágica para a solução de todos os conflitos sociais.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 15 de nov. de 2020.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 15 de nov. de 2020.

BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 de nov. de 2020.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>> Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 439**. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2357/Sumulas_e_enunciados> Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante 26**. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula775/false>> Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 1.067.392** CE, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 02/07/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343636549&ext=.pdf>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 83700** AC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO MELLO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2004, DJ 17/12/2004, Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=83700>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 108.804** SP, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 07/12/2011, Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=108804>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 88.052** DF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 28/04/2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=88052>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 536.956** SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902955913&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **HC 103.352** RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 15/12/2008. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200800689895&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 691619** RS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2008, DJe 30/06/2008. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501135143&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **HC 94577** SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 02/06/2008. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200702698688&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Execução Penal **0008190-47.2020.8.08.0035**. Rel. ELIZABETH LORDES, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 19/08/2020, DJe 05/10/2020 Disponível em:

<http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00081904720208080035&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Execução Penal **0007282-87.2020.8.08.0035**. Rel. ELIZABETH LORDES, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 22/07/2020, DJe 15/09/2020 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00072828720208080035&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Execução Penal **0001532-59.2020.8.08.0050**. Rel. SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 11/11/2020, DJe 24/11/2020 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00015325920208080050&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Execução Penal **0014323-08.2020.8.08.0035**. Rel. SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 03/02/2021, DJe 02/03/2021 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00143230820208080035&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Execução Penal **0002076-56.2020.8.08.0047**. Rel. WILLIAN SILVA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 24/06/2020, DJe 10/09/2020 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00020765620208080047&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Execução Penal **0026715-14.2019.8.08.0035**. Rel. SÉRGIO BIZZOTTO PESSÔA DE MENDONÇA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 17/06/2020, DJe 01/10/2020 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00267151420198080035&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Execução Penal **0008376-70.2020.8.08.0035**. Rel. PEDRO VALLS FEU ROSA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 11/11/2020, DJe 23/11/2020 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm>

?edProcesso=00083767020208080035&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Habeas Corpus Criminal **0023016-86.2020.8.08.0000**. Rel. PEDRO VALLS FEU ROSA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 27/01/2021, DJe 05/02/2021 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00230168620208080000&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Execução Penal **0011345-19.2020.8.08.0048**. Rel. ADALTO DIAS TRISTÃO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 30/09/2020, DJe 18/01/2021 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00113451920208080048&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Execução Penal **0012394-70.2020.8.08.0024**. Rel. ADALTO DIAS TRISTÃO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 30/09/2020, DJe 18/01/2021 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00123947020208080024&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Execução Penal **0001398-32.2020.8.08.0050**. Rel. FERNANDO ZARDINI ANTONIO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 29/07/2020, DJe 05/10/2020 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00013983220208080050&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo de Execução Penal **0011801-08.2020.8.08.0035**. Rel. SÉRGIO BIZZOTTO PESSÔA DE MENDONÇA (Rel. Substituto EZEQUIEL TURIBIO), SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 02/12/2020, DJe 16/12/2020 Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00118010820208080035&Justica=Comum&CFID=192104156&CFTO KEN=46350206>.

CARVALHO, Salo de. Práticas Inquisitivas na Execução Penal (Estudo do Vínculo do Juiz aos Laudos Criminológicos a partir da Jurisprudência Garantista do Tribunal de Justiça do RS). In: _____. **Crítica à execução penal**: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Raphael Boldt de. **Mídia, legislação penal emergencial e direitos fundamentais**. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. **A adoção do adágio do in dubio pro societate na decisão de pronúncia**: (in)constitucionalidade e (in)convencionalidade. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

JORIO, Israel Domingos. **Presunção e normativização do dolo e sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2014. 467 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal**. (in) Boletim IBCCRIM - 123, fev. 2013. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_editorial/143-123-Fevereiro-2003>. Acesso em: 28 nov. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PENIDO, Flávia Ávila; GONÇALVES, Jordânia Cláudia de Oliveira. O exame criminológico como mecanismo de biopolítica. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p. 40-56, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e parte especial**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRESOTI, F. P.; SANTIAGO NETO, J. DE A. O processo penal constitucional e o devido processo legal como garantia democrática. **Revista de Direitos e Garantias**

Fundamentais, v. 14, n. 2, p. 291-320, 1 abr. 2014. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/401/190>>. Acesso em 23 mai. 2021.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

XIMENES, Rafson Saraiva. Exame criminológico, execução penal e legislação. In: XIMENES, Rafson Saraiva; DO PRADO, Daniel Nicory. **Redesenhando a Execução Penal**: A superação da lógica dos benefícios. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume I – Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.