**Comentário ao Enunciado nº 439 da Súmula recentemente editada pelo STJ**

***Por: GamilFöppel e Rafael Sá***

**GamilFöppel**O autor é advogado, Doutorando pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2005), graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia e professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia .
**Rafael Sá**O autor é graduando do 5º ano em Direito pela Universidade Salvador, Unifacs, estagiário do Escritório GamilFöppel Advogados Associados

**Comentário ao Enunciado nº 439 da Súmula recentemente editada pelo Superior Tribunal de Justiça**

439 - Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do
caso, desde que em decisão motivada.

Na esteira de edições de enunciados em matéria de execução penal, o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete acima transcrito, que cuida da questão atinente ao exame criminológico nos incidentes de execução penal.

A nova redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal, modificada com o advento da Lei nº 10.792/03, foi omissa quanto à antiga obrigação de realização de exames periciais para a concessão da progressão de regime prisional e do livramento condicional, trazendo apenas dois requisitos, objetivo e subjetivo, quais sejam, respectivamente, ter cumprido 1/6 da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento. Eis o teor do novel artigo, transcrito abaixo na sua literalidade:

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

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.
§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Esta omissão levou ao falso entendimento de que o exame criminológico teria sido excluído do ordenamento jurídico brasileiro. Este, no entanto, não parece ser o entendimento correto, tendo a nova lei apenas afastado a obrigação de realização do exame, deixando este à faculdade do magistrado.

O ordenamento jurídico pátrio deve ser observado de forma sistemática, e quando visto desta forma não deixa duvidas quanto à possibilidade do exame em determinados casos, senão vejamos:

A teoria adotada pelo código penal brasileiro é a teoria mista, ou seja, a pena serve tanto como uma demonstração de reprovação pelo cometimento do crime como também como forma de prevenir que o condenado volte a delinqüir.

A Constituição Federal, que foi promulgada após o Código Penal, trouxe no seu art. 5º inciso XLVI o principio da individualização das penas, pelo qual a pena não pode ser padronizada. Para delinquentes diferentes, a execução das penas deve ser também distinta, visando, assim, a punir cada um proporcionalmente pelo que fez e à melhor recuperação do preso para o retorno à sociedade.

O art. 33, §2º, do Código Penal, traz em sua redação:

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

...
§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:
...

O referido mérito do condenado nada mais é do que instrumento para individualização da pena.

Segundo a lição de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, entendimento ao qual nos filiamos:

“O mérito apura-se, em resumo, mediante: a) parecer da Comissão Técnica de Classificação; b) exame criminológico; c) comprovação de comportamento satisfatório, ou não, do condenado, no andar da execução; d) bom, ou não, desempenho no trabalho, que lhe foi atribuído; e) verificação de condições pessoais, compatíveis ou não com o novo regime: semi-aberto ou aberto”.

O exame criminológico, portanto, por ser uma profunda análise da psique do aprisionado, mostra-se importante, e até indispensável em determinados casos, para aferir suas condições de retorno à sociedade, tendo em vista que cada preso evolui de maneira distinta no cumprimento de sua pena.

Além do disposto no Código Penal, a própria Lei de Execução Penal, em seu Art. 8º, versa:

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

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

Veja que a omissão no Art. 112 da LEP foi no sentido de retirar a obrigatoriedade de realização deste e não no sentido de excluí-lo do ordenamento, pois a própria lei, em outro artigo, considera o exame como uma avaliação importante para o fim de individualizar a execução da pena.

O bom comportamento a que alude a nova redação do art. 112 da LEP deve ser entendido não só como a conduta do encarcerado dentro do estabelecimento prisional, mas também um juízo acerca da conveniência de se transferir o apenado a um regime menos gravoso. O importante é saber se o apenado está em condições de ser reinserido na sociedade.

Ocorre que, em determinados casos, o simples atestado de boa conduta assinado pelo diretor do presídio pode não ser suficiente para a comprovação, até porque, nos dias de hoje, o diretor que não assinar tal documento corre sério risco de morte. Podemos inclusive citar um recente exemplo em que um pedreiro em Luziânia (GO), condenado por pedofilia, foi beneficiado pela mudança de regime para o semi-aberto com base apenas em seu tempo preso e em seu bom comportamento dentro do presídio, mesmo tendo o MP requerido acompanhamento psicológico, e que, ao se encontrar em liberdade, matou 6 jovens. Assim, quando as peculiaridades do caso recomendarem, o magistrado deve demandar outros esclarecimentos, como os dados possíveis de colhimento pelos demais profissionais em exercício no estabelecimento penal, sendo o exame criminológico a melhor maneira de fazer essa análise psicológica.

Se assim não fosse, poderia ocorrer o absurdo de a competência para conceder o benefício ao encarcerado ser unicamente do Diretor do estabelecimento prisional em que se encontrasse, tendo o juiz da execução papel apenas de homologar o atestado favorável, sem proceder a uma análise mais criteriosa a respeito da capacidade provável de adaptação do condenado ao regime menos severo.

A particularização da situação do sentenciado, pela qual se motiva a necessidade da diligência com os indícios sobre a sua personalidade perigosa, extraídos do caso concreto, constitui fundamentação idônea a justificar a realização do exame criminológico.

É importante salientar, ainda, que o exame criminológico 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. Percebe-se que, na situação legislativa atual, o exame aparece como componente do processo de individualização da pena, até mesmo no estágio de execução desta, ficando a sua realização condicionada às necessidades do caso concreto. Não se trata, pois, de medida obrigatória, tampouco de medida completamente dispensável, de modo que deve se perquirir, no caso particularizado, a prescindibilidade ou não da medida.

Comunga do nosso entendimento, também, o mestre Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho:

“Em razão desta interpretação pobre e literal da nova redação dada ao art. 112 da LEP, poderíamos concluir que, além do tempo mínimo de cumprimento da pena, bastaria tão somente a juntada de atestado de boa conduta carcerária para o apenado obter o beneficio almejado. Porem, é evidente que em boa parte dos casos a mera analise do comportamento carcerário do preso não é suficiente para a verdadeira individualização da pena durante o processo de execução. Assim sendo entendemos que, mesmo sob a égide da lei 10.792/03, o juiz da execução, em busca da verdade real e em virtude de seu livre convencimento motivado, pode afastar o teor do atestado de boa conduta carcerária e analisar o laudo do exame criminológico para fundamentar a indeferimento da progressão de regime ou livramento condicional.”
Também o Supremo Tribunal Federal já sinalizou nesse mesmo sentido o seu entendimento:

“Entendeu-se que o aludido art. 112 da LEP, em sua nova redação, admite a realização facultativa do exame criminológico, desde que fundamentada e quando necessária à avaliação do condenado de seu mérito para a promoção a regime mais brando. Ressaltou-se ainda, que esse exame pode ser contestado, nos termos do parágrafo 1º do próprio art. 112, o qual prevê instauração de contraditório sumario.  A partir de interpretação sistemática do ordenamento ( CP, art. 33, p2º e LEP, art. 8º), concluiu-se que a citada alteração não objetivou a supressão do exame criminológico para fins de progressão do regime, mas, ao contrario, introduziu critérios norteadores a decisão do juiz para dar concreção ao principio da individualização da pena.” (HC 86631/PR, 1ª T., rel. Ricardo Lewandowski, 05. 09. 2006, m.v., informativo 439)

"Não constitui demasia assinalar, neste ponto, 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 de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada". (HC 88.052/DF, rel. Celso de Mello, DJ de 28/04/06)

Portanto, após diversos precedentes, como os Habeas Corpus 103352, 122850, 114882, 94577 e 105337, no sentido de pacificar a matéria, o STJ resolver editar tal súmula levando em conta um necessário olhar sistemático do ordenamento pátrio, passando pela teoria da pena, pelos princípios norteadores do Direito trazidos pela Carta Magna e pelas leis ordinárias, entendendo pelo cabimento do exame criminológico, de forma motivada, frente à peculiaridade de cada caso, em face da necessidade de individualização da pena para a melhor recuperação do preso e conseqüentemente do sucesso em seu retorno ao convívio social.