

**União das Instituições de Serviços, Ensino e Pesquisa - UNISEPE**  
**Faculdades Integradas do Vale do Ribeira - FIVR**  
**CURSO DE DIREITO**

**APARÍCIO DOS SANTOS NETO**

**A NECESSIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO EM  
CRIMES HEDIONDOS: ENFOQUE NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL**

Registro

2011

**APARÍCIO DOS SANTOS NETO**

**A NECESSIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO EM  
CRIMES HEDIONDOS: ENFOQUE NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL**

Trabalho de Conclusão do Curso de Direito das  
Faculdades Integradas do Vale do Ribeira – FIVR,  
apresentado à Banca Examinadora como exigência  
parcial para obtenção do Diploma de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. MSc. Cristiano José Martins de  
Oliveira

Registro

2011

Faculdades Integradas do Vale do Ribeira – FIVR  
União das Instituições de Serviços, Ensino e Pesquisa - UNISEPE  
2011

**A NECESSIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO EM  
CRIMES HEDIONDOS: ENFOQUE NO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL**

**APARÍCIO DOS SANTOS NETO**

DATA \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

1º Examinador \_\_\_\_\_  
**Orientador: Prof. MSc. Cristiano José Martins de Oliveira**

2º Examinador(a) \_\_\_\_\_

3º Examinador(a) \_\_\_\_\_

Ao meu pai, Aparício dos Santos, que com seu espírito indomável me ensina a ser previdente, íntegro e combativo, o que me faz preservar a necessidade da honra e da honestidade.

À minha mãe, Dinorah Silva dos Santos (*in memoriam*), que fez do magistério e de nossa família seu sacerdócio, eternizando em minh'alma valores como cortesia e perseverança, além de deixar uma particular e eterna inspiração na busca incansável pelo conhecimento.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador, Cristiano José Martins de Oliveira, que me proporcionou diretrizes ímpares para a elaboração, construção, enriquecimento e, finalmente, tornar possível a realização deste trabalho.

Ao Dr. Elton Isamu Chinen, magistrado notável pelo seu conhecimento jurídico e extraordinária capacidade de percepção, o qual dispensou na minha jornada pela graduação sua imensa generosidade, paciência e empenho, fazendo-me compreender melhor o edificante universo da Ciência do Direito. Seus conselhos, ensinamentos e exemplo de postura e perseverança serão sempre meus guias na minha pretensa caminhada na aplicação da Justiça.

À minha sogra Maria do Rosário Homem de Melo Mazza, meu sogro José Alberto Mazza (*in memoriam*), à minha cunhada Maria Fernanda Mazza Ronchi e meus sobrinhos queridos Ana Cláudia, Gabriela, Victor e Rafael, à minha irmã Geni, meu cunhado Wagner e meus também queridos sobrinhos Eduardo, Murilo, Matheus, Leonardo, e Fernando, e aos meus irmãos Thomas e Sofia, por me fazer sentir tão amado, como numa aura de harmonia e afeto constantes.

Por fim, quero agradecer, em especial, à minha querida e amada esposa Ana Carolina Mazza, parceira de coração que, felizmente, compartilha comigo todos os meus anseios e conquistas com seu amor incondicional, sua paciência e sua compreensão, sem a qual não seria possível a realização de mais este sonho.

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

(Montesquieu)

"A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”.

(Rudolf Von Ihering)

## **RESUMO**

A problemática da progressão de regime prisional para crimes hediondos, mormente o estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal, faz com que o exame criminológico para aferição do mérito à progressão e suas *benesses* seja sempre necessário. Para tanto, traz o conceito sobre crimes hediondos, histórico dessa Lei, descreve o tipo penal focado e seu bem jurídico tutelado. Aborda a Lei de Execução Penal em seus aspectos mais relevantes, propõe solução tanto para o delinqüente quanto para a coletividade mediante atuação dos próprios operadores jurídicos e pela sociedade, obedecendo-se os preceitos constitucionais da isonomia, individualização e humanização da pena ou medida, seja na persecução penal, seja na fase executória. Os métodos utilizados serão o hipotético-dedutivo, o histórico, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, assim como a de campo.

**Palavras-chave: Crimes Hediondos. Estupro de Vulnerável. Exame Criminológico. Progressão de Regime Prisional. Princípios da Isonomia, Individualização e Humanização. Solução.**

## INTRODUÇÃO

Não é novidade que o direito penal brasileiro caminha para a aplicação de um direito penal mínimo com vistas a sopesar a conduta a ser merecedora de punição criminal e aquela que, sem sombra de dúvida, não só deve ser reprimida, mas, também, tratada.

Ocorre que, em decorrência do exacerbado volume de processos pendentes de julgamento e o diminuto número de julgadores, a tentativa do legislador em solucionar somente o preocupante crescimento da população carcerária no País, mostra-se, até então, ineficaz, no que tange aos anseios da coletividade.

A situação deságua no critério adotado para a concessão dos benefícios decorrentes da progressão do regime prisional, mormente por parte dos operadores do direito, como por exemplo, as saídas temporárias (artigo 122 da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal), e suas consequências no seio da sociedade.

Os princípios de individualização e isonomia das penas, *data venia*, não são fielmente observados na instância inicial, de modo que, grande parte dos casos, são levados à análise da Corte Suprema, sobrecarregando ainda mais a atividade jurisdicional. Não se trata aqui de justificar a excusa da apreciação do Poder Judiciário ou de tentar impedir o direito ao duplo grau de jurisdição ou do inconformismo com uma eventual decisão equivocada, mas tão somente de bom senso.

Verifica-se que deparados com elevado número de feitos a serem apreciados, a cobrança de resultados pela população em cárcere em conjunto com seus familiares e da sociedade como um todo, os operadores limitaram-se a observar tão somente os requisitos objetivos e subjetivos da Lei de Execução Penal, mesmo em casos de crime mais graves e polêmicos, como é o caso do estupro de vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código Penal e taxado como crime hediondo.

Este tipo penal exige, ante a sua peculiaridade e complexidade, atenção redobrada desde a sua investigação até a fase final, quando se chega a uma condenação e sua consequente execução penal.

Infelizmente, ficou costumeira a notícia quase que diária e em todas as camadas sociais sobre casos de pedofilia e sua reincidência não só no Brasil, mas em todo cenário mundial.



Decorre desse fato concreto a necessidade da aplicação da realização de exame criminológico em infratores desse tipo, não para serem estirpados da sociedade, mas para se fazer verdadeira justiça em sentido *lato*, ou seja, tratando os desiguais na medida de suas desigualdades, proporcionando-lhes tratamento adequado, mantendo-os, se o caso, em hospital de custódia e sob tratamento intensivo, ao mesmo tempo em que se protege a coletividade, a qual experimentaria maior sensação de segurança, principalmente em relação aos seus familiares e vulneráveis.

É cediço que há enorme falha do Estado em construir e manter estabelecimentos adequados, em contratar profissionais capacitados para tratamento dos reeducandos, na compra de medicamentos, dentre outros fatores essenciais à efetividade das normas jurídicas. Mas, tal falha pode ser suprimida pela própria legislação. É nesse ponto que entra a atuação prática e eficaz dos operadores jurídicos.

Este Trabalho de Curso trata da necessidade da realização do exame criminológico para a concessão da progressão de regime prisional nos casos de crimes hediondos, seus consequentes benefícios, abarca o conceito sobre esse tipo específico de crime, sendo escolhido para análise, um único delito incluído no rol dos crimes hediondos, justamente por ser de grande repugnância e temeridade social, qual seja, o estupro de vulnerável, descrito no artigo 217-A, do Código Penal.

Para isso, analisamos o tipo incriminador previsto na Parte Especial do Código Penal, delineando as particularidades do crime tipificado no artigo 217-A do Código Penal.

Adentramos nas principais minúcias da Lei de Execução Penal.

Tecemos considerações sobre o início do cumprimento da pena em razão do *quantum* fixado quando da prolação da sentença, conforme disposição do próprio Código Penal e da Lei de Crimes Hediondos.

A fase executória da pena também é ressaltada, mormente quanto à possibilidade de aplicação de outra medida que lhe couber, bem como o dever de cumprimento dos preceitos constitucionais, como, por exemplo, a isonomia, a individualização da pena e a reinserção social.

Salientamos que não basta apontar falhas deste ou daquele setor, dos operadores jurídicos, do poder público, da iniciativa privada ou da sociedade em sentido amplo, mas, também, apresentar quais as possíveis soluções

que visem a real eficácia do *jus puniendi* do Estado em relação às condutas anômalas do ser humano.

## 1. CRIMES HEDIONDOS E SUA DEFINIÇÃO

Antes de adentrarmos no conceito propriamente dito, relevante lembrar quais os critérios ou sistemas propostos para a classificação a formar o conceito que prevalece sobre crimes hediondos: o sistema legal, o judicial e o misto.

No sistema legal, o rol dos crimes considerados hediondos é taxativo, ou seja, somente a lei pode defini-los. Não se permite qualquer avaliação discricionária.

Já o sistema judicial é totalmente contrário, cabendo ao juiz, avaliando circunstâncias do caso concreto, reconhecer a hediondez do crime. Logo, a discricionariedade é plena.

O sistema misto é intermediário, ou seja, de acordo com esse sistema, haveria um rol exemplificativo, previsto em lei, podendo o juiz reconhecer a hediondez de um crime que não constasse desse rol.

Prevalece o sistema legal no ordenamento jurídico brasileiro, onde somente a lei pode definir os tipos de crimes definidos como hediondos e assemelhados.

Neste momento, cabe salientar o comentário de Fernando Capez:

1  
Não é hediondo o delito que se mostre repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjeto, horroroso, horrível, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador.

Salientar porque este comentário nos mostra que se pode concluir, equivocadamente, que todo crime que cause repulsa seja hediondo e, também, traz à baila um dos objetos desta monografia, que é a insegurança vivida pela sociedade, temerária diante da falta do legislador, da falta estatal, da não reeducação da população carcerária, da falta do judiciário, que não se utiliza adequadamente dos meios já dispostos em lei para, ao menos, minimizar a sensação de injustiça e temor que a coletividade experimenta todas as vezes que se depara

---

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. V. 4. Legislação Penal Especial. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 197.

com um condenado sem condições de convívio pacífico, beneficiado com saídas temporárias decorrentes de progressões de regime sem a devida cautela; cautela esta que cabe ao juízo das execuções observar quando da concessão das *benesses* supra mencionadas.

Pois bem; feitas estas considerações, vamos ao conceito próprio de crime hediondo.

Para melhor entendermos a descrição do tipo penal em comento, é necessário lembrar que o termo hediondo, em suma, vem de qualquer comportamento odioso, repulsivo, horrendo, de conduta que cause clamor público, repulsa, que seja vil.

Isto porque analisando apenas o aspecto jurídico, limitou-se tanto o constituinte quanto o legislador apenas a termos técnicos que se dificultam o entendimento para os próprios estudiosos do direito, quem dirá para o leigo em matéria jurídica.

Vejamos os vernáculos:

Artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal:

[...] a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.<sup>2</sup>

Lei 8.072/90:

Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.<sup>3</sup>

Artigo 1º, *caput*, da Lei 8.072/90 (com redação determinada pela Lei nº. 8.930 de 06 de setembro de 1994):

---

<sup>2</sup> Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988.

<sup>3</sup> Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

[...] são considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:<sup>4</sup>

Anote-se, ainda, que em 01 de março de 2011, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula nº. 471, que dispõe sobre a progressão de regimes em crimes hediondos e assemelhados, corroborando a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de que a lei somente retroage para beneficiar o réu; premissa, aliás, já exaustivamente discutida e prevista na Lei Maior.

Assim, é de se concluir que a definição de crime hediondo, não obstante a taxatividade da lei, deve ser interpretada também hermeneuticamente, sob risco de violação ao princípio da isonomia.

## **1.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O OBJETIVO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS**

---

<sup>4</sup> Lei nº. 8.930 de 06 de setembro de 1994. Altera dispositivos da Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990.

Com o escopo de se coibir e, ao mesmo tempo, dar tratamento na mesma intensidade aos crimes considerados de maior gravidade pelos legisladores, a Lei de Crimes Hediondos foi criada um tanto quanto às pressas, razão pela qual, não obstante a aplicação de sanções mais rigorosas para crimes dessa natureza, seu objetivo não se mostrou eficaz, já que o aumento da criminalidade em nada diminuiu com a edição da mencionada lei.

Ao reportarmo-nos a fatos históricos ocorridos neste País da década de 1980 à de 1990, facilmente se constata porque o Estado se viu compelido a dar uma resposta à população, que passaria a cobrar uma resposta estatal pela onda de crimes repulsivos que assolavam a opinião pública.

A extorsão mediante sequestro foi o primeiro crime a repercutir em desfavor do Estado. Isto porque as vítimas vinham de renome na esfera empresarial, como foi o caso do empresário Abílio Diniz em 1989, e do publicitário Roberto Medina em 1990.

O homicídio qualificado da atriz Daniela Perez em 1992 e as chacinas da Candelária e de Vigário Geral não só sensibilizaram todo o País, mas, novamente, trouxeram indignação e insegurança a toda a Nação e pressionaram ainda mais o Estado a responder através do mecanismo da punição.

Em termos de legislação, foi no texto constitucional de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII, que se mencionou pela primeira vez, expressamente, o tema referente aos crimes hediondos, ficando a cargo do legislador ordinário regulamentar a norma penal em adequação ao preceito constitucional.

A partir daí, promulgou-se a lei 8.072/90 conhecida como “Lei de Crimes Hediondos”, criando-se um rol taxativo para os crimes, assim considerados: a) o homicídio simples, desde que praticado em atividade típica de grupo de extermínio (artigo 121, *caput*, do Código Penal); b) o homicídio qualificado (artigo 121, § 2º, incisos I a V, do Código Penal); c) o latrocínio (artigo 157, § 3º, *in fine*); d) a extorsão qualificada pela morte (artigo 158, § 2º, do Código Penal); e) a extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (artigo 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal); f) o estupro (artigo 213, *caput*, e §§ 1º e 2º, do Código Penal); g) o estupro de vulnerável (artigo 217-A, *caput*, e §§ 1º, 3º e 4º, do Código Penal); h) a epidemia com resultado morte (artigo 267, § 1º, do Código Penal); i) a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273, *caput*, §§ 1º-A e 1º-B, com a redação dada pela Lei 9.677/98 -

inciso VII-B acrescentado pela Lei 9.695/98); j) o crime de genocídio consumado ou tentado (Lei 2.889/56).

Embora não incluídos nesse rol taxativo, em vista da gravidade e lesividade, o legislador, no artigo 2º da Lei 8.072/90, considerou equiparado aos hediondos os crimes de tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes, dispensando-lhes o mesmo tratamento severo e a insuscetibilidade de anistia, graça ou indulto e fiança, além de cumprimento da pena em regime inicialmente fechado. Também previu que no caso de sentença condenatória, o réu só poderá apelar em liberdade mediante fundamentada decisão do juiz. Por fim, previu possibilidade de prisão temporária.

## **1.2 DA EDIFICAÇÃO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS**

Muito se debateu na Câmara dos Deputados e no Senado para que a Lei 8.072/90, a qual deriva do Projeto de Lei 3.754/89 e outros que tramitaram no Legislativo e no Executivo, que, juntando-se, deram origem ao Projeto Substitutivo 5.405/90, de autoria do Deputado Roberto Jefferson, fosse promulgada pelo Presidente da República em 25 de julho de 1990.

Antes disso, houve o Projeto de Lei 50/90 que alterava disposições penais para os crimes de sequestro e extorsão mediante sequestro, além de dar outras providências de ordem processual penal.

Tornava esses crimes imprescritíveis, não havia qualquer possibilidade de se apelar em liberdade, previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, além de não admitir remissão pelo trabalho realizado pelo condenado.

Dentre outros projetos que tramitavam pelo Congresso Nacional, o Projeto de Lei 3.754/89, criado pelo Conselho de Política Criminal e Penitenciária, enumerou como hediondos seguintes crimes: a) o latrocínio; b) a extorsão qualificada pela morte; c) a extorsão mediante sequestro (*caput*) e na forma qualificada; d) a epidemia com resultado morte; e) o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; f) o genocídio tentado ou consumado; g) os crimes praticados com violência contra a pessoa e que provocassem repulsa social, fosse pela gravidade do fato ou pela sua forma de execução, desde que mediante decisão fundamentada do magistrado competente. Esse projeto, fixava, ainda, pena entre vinte e trinta anos de reclusão e rotulava como hediondo qualquer delito que provocasse repulsa social intensa.

Desse Projeto de Lei, aproveitou a Lei 8.072/90 o rol taxativo previsto em lei, lembrando que o critério discricionário do juiz não foi adotado.

Convém citar aqui alguns Projetos de Lei que tramitavam no Executivo e no Legislativo, sempre determinados a combater delitos já abordados. São eles: o Projeto de Lei 2.105/89, o qual agravava as penas de roubo, sequestro e estupro, excluindo-se qualquer direito do sentenciado na fase executória; o Projeto de Lei 2.154/89 que restabelecia a prisão preventiva obrigatória para os crimes de tráfico de drogas; o Projeto de Lei 2.559/89, o qual dobrava as penas dos crimes considerados hediondos, incluindo-se, entre eles, as violências praticadas contra menores impúberes, o assalto com homicídio ou periclitacão da vida de passageiros de veículos de transporte coletivo e os crimes executados com perversidade; o



Projeto de Lei 5.281/90 asseverava que o cumprimento da pena do crime de extorsão mediante sequestro se daria no regime integralmente fechado, vedando-se qualquer tipo de progressão de regime prisional.

Nesse momento, cumpre lembrar que os juristas mais renomados recomendam que nenhuma lei deve ser edificada à guisa de comoção social, pois assim, tornam-se passíveis de lacunas e inobservância aos preceitos constitucionais, o que evita eivas desgastantes e até desnecessárias.

Foi exatamente o que ocorreu na primeira edição da Lei 8.072/90, a qual omitiu do seu rol o crime de homicídio.

Somente após quatro anos de sua promulgação, em razão do crescente aumento de homicídios e chacinas nas grandes metrópoles e, precisamente, com o homicídio da atriz Daniela Perez, o Congresso Nacional, motivado pela moção popular contendo milhares de assinaturas, articulada pela escritora Glória Perez, mãe da atriz supramencionada, editou a Lei 8.930/94, com o condão de punir para retribuir o mal já causado, é que se incluiu o crime de homicídio (simples ou qualificado) no rol taxativo dos crimes hediondos.

## **2. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMO TIPO PENAL**

Com a edição da Lei 12.015/2009, o tipo penal em comento passa a figurar como delito autônomo denominado “estupro de vulnerável”, previsto expressamente no artigo 217-A do Código Penal, ou seja, a forma presumida deixou de existir.

Na legislação revogada, a condição de vulnerável era assim considerada em razão da vítima menor de 14 anos de idade ser desprovida de qualquer discernimento, vontade e incapacidade de oferecer resistência, inclusive no aspecto psicológico e emocional.

A reforma faz menção às condições de vulnerabilidade diferentemente do que ocorria na lei anterior, que previa constrangimento ficto para a configuração de conjunção carnal e ato libidinoso.

Novamente, mostra-se irrelevante a vontade da vítima ante a taxatividade do texto legal, só que, desta vez, só há exigibilidade de idade mínima do sujeito passivo no “caput” do artigo supracitado.

Outro ponto de salutar importância, é que só se falava em estupro quando o sujeito passivo pertencia ao gênero feminino.

Para o sujeito passivo do gênero masculino, inexistia o delito tipificado por “estupro”, independentemente se adulto, menor de idade ou até criança, já que o antigo artigo 213, “caput”, dizia:

[...] constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:<sup>5</sup> [...]

A mudança crucial foi nesse sentido, quando o legislador passa a não discriminar o sujeito passivo do crime, colocando na letra da lei o termo “com alguém”.

A sanção mostra-se mais rigorosa, tanto no “caput” do artigo 217-A, quanto em seus parágrafos 1º, 3º e 4º do atual diploma legal, incluindo-o no rol dos crimes tratados por hediondos (nova redação do artigo 1º, inciso VI, da lei 8.072/90).

A Lei 12.015/2009, em si, é merecedora de méritos, já que, textualmente, apresenta resultados mais satisfatórios quando da resposta do direito de punir pelo Estado.

---

<sup>5</sup> Artigo 213, “caput”, do Código Penal.

Por outro lado, revela-se falha quanto à resposta estatal no que diz respeito ao tratamento a que se destina o agente delituoso.

Não obstante a visão mais contemporânea sobre os crimes sexuais em consonância com a realidade e modernização dos costumes atuais, o legislador, na reformulação, não conseguiu conciliar o rigor da nova lei em relação aos criminosos com a necessidade de tratamento psicossomático tanto para os réus quanto para vítimas, deixando tal polêmica para os tribunais resolverem através das jurisprudências.

No tocante à caracterização do tipo incriminador, pouca diferença se nota da antiga redação, sobretudo quanto ao elemento subjetivo do tipo, que continua sendo o dolo específico (satisfação da lascívia).

A mudança se estampa quanto ao sujeito passivo, que deve preencher os requisitos da vulnerabilidade e a possibilidade da mulher como sujeito ativo.

Da mesma forma, a mudança atinge o objeto material, que é o vulnerável. Tanto a conjunção carnal quanto qualquer outro ato libidinoso é forma de cometimento do crime, bastando, para a consumação, o resultado naturalístico, ou seja, a violação à dignidade sexual. Note-se que este se dá de forma instantânea. A efetiva lesão ao bem jurídico tutelado é requisito essencial, podendo ser cometido por uma só pessoa (crime unissubjetivo) e praticado em vários atos (crime plurissubsistente).

Mas, incontestemente mesmo e inovador com o advento da Lei 12.015/09, são os elementos do tipo penal.

O conceito de conjunção carnal vai além da cópula vagínica, ou seja, introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. Registre-se que a expressão “cavidade vaginal da mulher” pode parecer redundante, mas, em conformidade com a evolução dos costumes, hodiernamente, com a cirurgia proporcionando a mudança de sexo (transexualidade – homem para mulher), não o é, sendo fundamental atentar-se para esse fato. Assim, se antigamente o “travesti” (homem que se traveste e se comporta como mulher), que possuía pênis, fosse violentado sexualmente, era vítima de atentado violento ao pudor. Atualmente é sujeito passivo do crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal.

Já no conceito de “ato libidinoso” (outro elemento do tipo), enquadram-se a prática do coito anal e do sexo oral. Na lei antiga, encontravam tipificação no revogado artigo 214 do Código Penal.

Em suma, o estupro cometido contra qualquer pessoa que se encontre na condição de vulnerável é o que basta para a caracterização do tipo previsto no artigo 217-A do Código Penal.

Por fim, cabe lembrar que, embora difícil a comprovação, a nova lei admite a consumação na forma tentada.

## **2.1 A TUTELA AOS VULNERÁVEIS**

Nesse sentido, preocupou-se o legislador em zelar pelos menores de 14 anos de idade, com os enfermos e deficientes mentais sem discernimento para a prática sexual e com os impossibilitados de oferecer resistência (ausência de proteção por si própria ou por outrem).

Entendeu que esses vulneráveis seriam incapazes de consentir de forma plena e racional à prática do ato sexual, surgindo, daí a denominação de “vulnerável”.

Vê-se uma repetição do artigo 224 (revogado) sem a expressão “violência presumida”, anexando ao artigo 217-A tanto a conjunção carnal quanto os demais atos libidinosos que satisfaçam à lascívia do autor do crime, dando ao ilícito em estudo, conotação superior ao estupro do artigo 213.

A própria etimologia do termo “estupro” traz conceito de violação sexual mediante uso de violência física ou moral.

O texto da lei penal aponta que o menor de 14 anos é absolutamente vulnerável, sendo que seu consentimento para o ato sexual não tem qualquer importância, mesmo diante de comprovada experiência sexual, como é o caso da exploração sexual infantil.

No aspecto da sexualidade, a proteção à criança, ainda que perante o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) esse conceito seja divergente (considera-se o maior de 12 anos de idade adolescente e não criança – artigo 2º da Lei nº. 8.069/90), a tutela penal em favor dos menores de 14 anos de idade deve ser rígida e absoluta, respeitadas as doutrinas e jurisprudências em sentido contrário.

Até porque, já que mencionada a realidade da exploração sexual infantil, revela-se insignificante a questão da vítima desse crime sexual ser menor de 14 ou 12 anos de idade. O fato envolve clamor público e temeridade social, a qual, não pode ficar à espera do entendimento pacífico, *data venia*, da doutrina e da jurisprudência.

É certo que o dolo do agente e sua abrangência são fundamentais em todos os casos previstos no artigo 217-A, incluindo-se suas qualificadoras.

Caso isso não ocorra, haverá erro de tipo, o que afasta o dolo, tornando-se impossível a punição do agente, já que não há previsão culposa para o crime em tela.

Outra questão a ser levantada é o grau de vulnerabilidade da vítima, ou seja, se é absoluta ou relativa. Isto porque diz respeito à capacidade de resistência ao ato sexual.

Vejamos: se a vulnerabilidade for relativa há possibilidade de desclassificação para o artigo 215, sendo que a absoluta incide sobre o artigo 217-A, § 1º.

Para melhor compreensão do parágrafo anterior, exemplifica Guilherme de Souza Nucci a seguinte situação:

[...] a pessoa que está completamente embriagada ou sob efeito de drogas, incapaz, portanto, de oferecer resistência... Pode-se interpretar, então, encontrar-se em estado de absoluta vulnerabilidade, sem qualquer discernimento em relação ao ato sexual... quando determinada pessoa coloca-se, propositadamente, em estado de embriaguez ou sob efeito de droga análoga, para divertir-se, manter relação sexual ou participar de qualquer ato sexual grupal, não pode figurar na posição de vítima de estupro. Ninguém se exime da responsabilidade penal em caso de embriaguez voluntária ou culposa (art. 28, II, CP), aplicando-se a teoria da 'actio libera in causa' [...].<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

### 3. O SISTEMA PROGRESSIVO DE EXECUÇÃO PENAL

O assunto trata de sistema previsto na Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP), tendo sua origem nas Regras Mínimas das Organizações das Nações Unidas (ONU), onde o condenado passa do regime mais gravoso para o menos rigoroso sob a forma progressiva (fechado, semiaberto e aberto).

Para que se ocorra é necessário o preenchimento de requisitos previstos em lei, o que dá ao executado um *status* de “direito subjetivo público”.

Tendo este estudo como objeto a polêmica em torno dos benefícios decorrentes da progressão de regime prisional, precisamente a saída temporária e o livramento condicional, trataremos com maior ênfase da pena privativa de liberdade, ou seja, aquela em que o sentenciado iniciará seu cumprimento em regime fechado e seus requisitos.

A Lei de Execução Penal traz, em seu Título V, Capítulo I, Seção II, o artigo 110, que regulamenta esse tipo de regime prisional imposto por ocasião da prolação da sentença.

Quando condenado à pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime inicialmente fechado, necessário se faz a observância dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no atual artigo 112, “caput”, da LEP.

Esses requisitos, analisados sob uma ótica simplista, resumem-se em requisitos objetivo (lapso temporal) e subjetivo (atestado de bom comportamento no cárcere), já mencionados no artigo 112 da Lei 7.210/84.

No entanto, como é cediço que na ciência do direito toda regra tem sua exceção, em relação à progressão do regime prisional para os crimes hediondos não é diferente.

Para a progressão nesses crimes, a Lei 11.464/07 deu nova redação ao artigo 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), no que diz respeito ao requisito objetivo.

Na tentativa de solucionar o problema da superlotação nos estabelecimentos penitenciários em todo o País, ao invés de se construir unidades prisionais em conformidade com a Lei de Execução Penal, destinadas ao cumprimento fiel da reprimenda prevista pelo legislador, convencionou-se, por assim dizer, em aplicar no processo de execução penal, além do requisito objetivo, o requisito subjetivo na forma de simples comprovação exarada pelo diretor da unidade

prisional ou pelo carcereiro, bastando que estes atestem que o sentenciado ostenta bom comportamento carcerário.

Não se olvide que esse requisito é de suma importância tanto para o reeducando quanto para segurança da sociedade como um todo.

No que diz respeito a esta última, já se preocupava o filósofo *Émile Durkheim*, notável colaborador da Teoria da Prevenção Geral Positiva, quando exigia do Estado uma atuação positiva no que se refere ao comportamento humano em sociedade, sugerindo punição às condutas nocivas mediante obediência à lei, classificando o crime como uma ofensa a toda consciência coletiva, sendo que para que tal se vitalizasse, a sanção penal deveria ser deveras aplicada. Desde sua época, *Durkheim* asseverava em seus estudos, que todo indivíduo deveria estar alerta para a conduta de seu semelhante, observando-se o comportamento que fosse aceitável. Porém, quando este se tornasse indesejável, a coercitividade por intermédio da lei se fazia imprescindível para frear qualquer anomia do comportamento humano em prol da sociedade.

Salientamos a importância do requisito subjetivo porque sua inobservância traz, efetivamente, consequências desastrosas tanto para o réu quanto para a vida em sociedade.

Não se pode ignorar que o que realmente acontece é uma adequação do delinquente à vida no cárcere, já que é de conhecimento público que a vida dentro das prisões brasileiras tomou rumo tão distorcido do previsto na legislação a ponto dos detentos regulamentarem seu próprio “estatuto”. Sabe-se que qualquer violação de conduta entre os detentos é reprimida severamente pelos próprios encarcerados, sem direito a “recurso” ou “duplo grau de jurisdição”. A pena: castigos, tortura e morte. Fica, portanto, evidente que o atual sistema executório penitenciário não reeduca ninguém para o retorno à sociedade.

Em síntese, sobre o sistema progressivo do cumprimento da pena corporal imposta, é necessário tecer breve diferenciação quanto aos tipos de crimes.

Nos crimes comuns, sendo a pena mínima igual a quatro anos e inferior a oito de reclusão, o regime inicial poderá ser o semiaberto ou até mesmo o aberto em casos de não reincidência, já que admite-se o regime menos rigoroso quando da aplicação imediata da reprimenda (Súmulas 716, 718 e 719, todas do STF). No entanto, se ultrapassar o patamar mínimo de oito anos de reclusão, deverá



iniciar o cumprimento em regime fechado. Vale lembrar, ainda, que, sendo o sistema executório sempre progressivo, observar-se-á, também, os casos de legislação penal especial.

Já em casos de crimes hediondos, o regime inicial será sempre o fechado, com possibilidade, também de progressão para o semiaberto e o aberto, conforme previsto na Lei 11.464/07 no que diz respeito ao requisito objetivo.

A diferenciação está, em tese, apenas no requisito objetivo, ou seja, o lapso temporal de cada caso; nos crimes comuns, a progressão se dará após o cumprimento do mínimo de 1/6 da pena corporal, sendo que nos hediondos, o critério é próprio (2/5 se primário e 3/5 se reincidente).

Finalizando este capítulo, consignamos que em nenhuma hipótese será admitida a progressão por salto, ou, em outras palavras, nenhum condenado passará do regime fechado diretamente para o aberto.

### 3.1 FINALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL

De acordo com o artigo 1º da Lei 7.210/84, a execução da pena imposta visa à eficácia da sentença penal ou da decisão judicial, buscando-se a harmonização entre a integração social do reeducando e do custodiado.

Nesse diapasão, revela-se inestimável o valor do setor privado para se atingir o objetivo da execução penal, mormente no que tange à readaptação do executado ao convívio social e ao princípio da dignidade humana, o que está em consonância com o artigo 28, “caput”, e §§ 1º e 2º, da Lei de Execução Penal. Se durante o cumprimento da pena privativa de liberdade ou do período de tratamento da saúde mental o encarcerado sente-se útil, produtivo e percebe que adquire conhecimento através da informação e educação, tem grande chance de ressocializar-se antes mesmo de sair do cárcere.

Diante da teoria mista ou eclética adotada pela Lei de Execução Penal, a natureza retributiva da pena aplicada busca mais que a prevenção dos delitos; busca a humanização. Em outras palavras, pretende ao mesmo tempo punir e humanizar o condenado (dualidade de objetivos da lei).

Funcionando como instrumento indispensável e viabilizador da execução da sentença, o processo de execução deve observar os princípios e garantias constitucionais, dando-se ênfase ao da legalidade, individualização e humanização, por tratar-se o sentenciado de sujeito de direitos e deveres a serem respeitados.

Ressalte-se que o princípio da individualização da pena não deve ser confundido com discriminação da pena, uma vez que referida garantia visa à possibilidade de que cada condenado receba tratamento condizente com sua condição particular.

Com efeito, se de um lado há dever de assistência ao condenado, ao internado e ao egresso do estabelecimento penal por parte do Estado, de outro, há dever dos operadores jurídicos em promover o quanto se fizer necessário para que tal se concretize.

*Data venia*, a alegação de que a lei só não é integralmente cumprida por omissão deste ou daquele ente público já não pode prosperar ou ser admitida como justificativa para estes operadores se furtarem aos seus respectivos deveres ante a observância dos eméritos e empenhados doutrinadores, esforçados estudos acadêmicos e vivenciados executores dos processos de execução penal, os

quais trazem à tona a realidade da verdadeira causa da ineficácia e da falência da finalidade executória dentro do direito penal brasileiro.

Passemos a analisar, de forma simples e sucinta, algumas das normas essenciais para o processo de execução penal já contida no nosso ordenamento jurídico:

O artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal, diz:

[...] Todos são iguais perante a lei, [...] <sup>7</sup>

Para trazer maior sentido de justiça, deve ser entendida como “a lei é igual para todos”, de modo que, visto desta ótica, também o é para quem tem o dever de cumpri-la e zelar pelo seu cumprimento.

Já o artigo 127, “caput”, da Carta Política de 1988, trata o Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, assim como os artigos 67 e 68, inciso II, alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, inciso III, e o § único, todos da Lei 7.210/84, dispõem sobre a incumbência do *Parquet*, que por sua vez, está em consonância com a própria Lei Orgânica Nacional dessa instituição (Lei nº. 8.625/93).

Mencionem-se, ainda, os artigos 133 e 134, “caput”, ambos da Constituição Cidadã, em relação à Defensoria Pública, mormente a Lei Complementar nº. 80, de 12 de janeiro de 1994.

Destarte, ressalte-se o dispositivo constitucional previsto no artigo 61, incisos I ao VII, da Carta Magna, e a Resolução nº. 96 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), datada de 27 de outubro de 2009, a qual institui o Projeto Começar de Novo na esfera do Poder Judiciário, com vistas à reinserção social dos detentos, egressos, cumpridores de penas alternativas e medidas de segurança.

---

<sup>7</sup> Artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal de 1988.

### 3.2 PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL PARA CRIMES HEDIONDOS

Conforme já mencionado neste trabalho, o tratamento diferenciado para os crimes hediondos passou a ser mencionado a partir da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XLIII), exigindo-se maior rigor para os delinquentes dessa natureza.

A primeira tentativa foi com o advento da Lei nº. 8.072/90, em seu artigo 2º, § 1º, que instituiu o regime integralmente fechado, posteriormente declarado inconstitucional por força do julgamento do *habeas corpus* nº. 82.959/SP, proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Superadas as reformulações da Lei de Crimes Hediondos, finalmente a Lei Ordinária nº. 11.464/07 regulamentou tanto o início do cumprimento da reprimenda em regime fechado (artigo 1º, § 1º), quanto o requisito objetivo para a progressão de regime prisional (artigo 2º, § 2º), dispondo que esta se dará ao cumprimento de 2/5 da pena corporal imposta, se primário, e 3/5, se o apenado for reincidente.

No entanto, a edição da lei regulamentadora não se mostrou suficiente para atender à finalidade do processo de execução em obediência aos preceitos constitucionais da legalidade, individualização e humanização da pena, de modo que o óbice maior está no preenchimento do requisito subjetivo.

Frise-se que a doutrina e a jurisprudência há muito vem se desdobrando em discussões e julgamentos acerca desse requisito, aplicado por ocasião da progressão para o regime menos severo e, por conseguinte, dos benefícios que dela se exsurge.

Denota-se que o processo de classificação do condenado, previsto no artigo 5º da Lei 7.210/84, é de salutar importância para que a individualização seja respeitada.

Nesse sentido, acertou o jurista Renato Marcão ao escrever:

Reduzir-se-á a 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 tipo de tratamento penal, e se não forem

registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução.<sup>8</sup>

É com razão que o renomado estudioso das ciências criminalistas antevê a falência do instituto da progressão de regime no direito penal brasileiro, uma vez que contemplado no Código Penal, na Lei de Execução Penal e na Lei de Crimes Hediondos, não se mostra razoável a aplicação da justiça senão quando apreciado pelos Tribunais Superiores deste País, que reiteradamente tem justificado a aplicação do exame criminológico, disposto no artigo 8º da Lei de Execução Penal. Bastaria melhor interpretação do texto legal e adequada aplicação por parte do operador jurídico de primeiro grau.

De outra banda, não se deve esquecer que a regressão do regime mais brando para o mais rigoroso está expressamente previsto no artigo 118, incisos I, II, §§ 1º e 2º, da Lei 7.210/84, o que descaracterizaria qualquer argumentação de aplicação de pena cruel.

Por tratar-se de crime autônomo, taxado como hediondo, o condenado pelo artigo 217-A do Código Penal, necessariamente deveria passar por avaliação psíquico-social, de modo que, desta forma, o magistrado possa aferir melhores condições quando da concessão da progressão do regime prisional.

---

<sup>8</sup> MARCÃO, Renato. Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 32.

### 3.3 EXAME CRIMINOLÓGICO, PROGRESSÃO E SEUS BENEFÍCIOS

Embora não mais exigido, mas facultado à luz da Súmula Vinculante nº. 26, a realização do exame criminológico tornou-se facultativo para que o juízo da execução penal avalie, no caso de crime hediondo, se o condenado preenche ou não os requisitos da progressão de regime, fundamentando-se a decisão.

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.<sup>9</sup>

Ao contrário do que se diz, a Lei nº. 10.792/03, que alterou a redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal, não extinguiu o exame criminológico do nosso ordenamento jurídico.

Nos dizeres de Renato Marcão:

[...] com vistas à individualização da execução, nos termos do artigo 8º da Lei de Execução Penal, o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado ainda deverá ser submetido a exame criminológico, sendo o mesmo exame apenas facultativo para o condenado que tiver que iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto... O problema é que muitos se esquecem de que o exame criminológico nunca se destinou apenas e tão-somente para aferição do mérito que se exigia expressamente para a progressão de regime prisional e outros benefícios. Antes, e com maior relevância, propõe-se a orientar a

---

<sup>9</sup> Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados\\_Sumula\\_Vinculante\\_STF\\_1\\_a\\_29\\_31\\_e\\_32.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf)

classificação dos condenados e a imprescindível individualização executória, e por aqui nada mudou [...] <sup>10</sup>

Ainda nesse sentido, deixa assente Guilherme de Souza Nucci:

“o art. 8º da Lei de Execução Penal não foi alterado e preceitua que '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'. Ora, ainda que se diga que esse exame será realizado no início do cumprimento da pena, destina-se ele a garantir a correta individualização executória da pena, não se podendo concluir que esta foi e está sendo satisfatória, mormente considerando-se que diretores de presídio não possuem, necessariamente, conhecimento técnico especializado para a visualização criminológica do condenado, se não fora elaborado outro exame criminológico para fornecer um padrão de confronto ao juiz. <sup>11</sup>

Oportuno, contudo, esclarecer que o juiz não está adstrito ao resultado do exame, podendo decidir de forma diversa, mediante fundamentada decisão.

Sobre a possibilidade de o magistrado decidir sem obrigatoriedade do exame pericial, registre-se o apontamento de Renato Marcão:

[...], o que não se pode mais falar, data venia, é em exame criminológico obrigatório, no caso de progressão do regime fechado para o semi-aberto. <sup>12</sup>

A necessidade de harmonia entre a avaliação do mérito do condenado (artigo 34 do Código Penal) e o exame criminológico demonstram que o processo de individualização da pena ficaria à mercê da análise, para a concessão de progressão de regime, de um simples atestado de bom comportamento carcerário,

---

<sup>10</sup> MARCÃO, Renato. Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 37.

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Comentadas. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 526.

<sup>12</sup> MARCÃO, Renato Flávio. Curso de execução penal. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120.

carente de parecer psíquico-social, o qual não se mostra suficiente para o real convencimento de um magistrado por ocasião da concessão da progressão de regime prisional.

Essa harmonia se justifica diante da divisão doutrinária em torno da não extinção do exame com o advento da Lei 10.792/03, o que gerou inúmeras discussões em torno do assunto, resultando na edição da Súmula Vinculante nº. 26 e da Súmula nº. 439 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo ponto em comum não é a obrigatoriedade da realização do exame criminológico, mas sua admissibilidade por decisão fundamentada.

Para o caso do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, insta salientar o comentário de Julio Fabbrini Mirabete:

Uma das principais preocupações do legislador ao elaborar a Lei nº 12.015, de 7-8-2009, consistiu em conferir aos menores de 18 anos especial proteção contra os crescentes abusos sexuais e a proliferação da prostituição infantil e de diversas outras formas de exploração sexual. A repressão à exploração sexual do menor tem sido objeto de diversos tratados e convenções internacionais, tanto em razão da relevância do bem jurídico atingido por práticas dessa natureza, como também em face da dimensão internacional que vem assumindo o tráfico de menores com fins sexuais. Ao reservar um capítulo próprio aos crimes contra vulnerável, centrado na proteção ao menor de 18 anos, o legislador procurou, também, dar maior efetividade ao mandamento contido no art. 227, § 4º, da Constituição Federal [...].<sup>13</sup>

Inexorável, também, o comentário desse renomado jurista em relação ao tipo subjetivo no “estupro de vulnerável”:

[...] Discute-se na doutrina se o art. 217-A descreve um tipo misto alternativo ou cumulativo. Entendemos tratar-se de tipo misto cumulativo, punindo-se num único artigo condutas distintas, a de ter conjunção carnal e a de praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, ou outra pessoa vulnerável (§ 1º). A prática de uma ou outra

---

<sup>13</sup> MIRABETTE, Julio Fabbrini. MIRABETTE, Renato N. Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas S.A., 2011, p. 1381.



conduta configura o crime de estupro de vulnerável e a realização de ambas constitui, em princípio, duas infrações. O reconhecimento da ocorrência de crime único, concurso material ou continuidade delitiva dependerá, porém, do contexto fático em que ações forem realizadas. Se os atos libidinosos praticados com a pessoa constituem prelúdios ou atos preparatórios da conjunção carnal, há crime único. Se, no entanto, após a cópula vagínica o agente pratica com a vítima coito anal, comete dois crimes de estupro (item 213.8). Inclina-se, porém, boa parte da doutrina a reconhecer a existência de tipos mistos alternativos nos crimes de estupro (art. 213) e de estupro de vulnerável (art. 217-A) e, assim, segundo essa orientação, a prática de uma ou de ambas as condutas típicas, ainda que de forma reiterada no mesmo contexto fático, configura sempre crime único (item 213.3)[...] <sup>14</sup>

Feitas estas considerações, passemos à análise do tipo da pena privativa de liberdade aplicada ao crime em estudo.

Note-se que o artigo 217-A, tanto no “caput”, quanto em seu § 1º, são apenados com reclusão.

Destarte, o artigo 33, “caput”, do Código Penal, assevera a obrigatoriedade da pena de reclusão em ser cumprida em regime fechado. Já o § 2º, “a”, do mesmo diploma legal, aduz que o regime inicial do condenado será o fechado, quando a pena for superior a oito anos. Por fim, a letra “b” do § 2º, faculta o início do cumprimento da pena em regime semiaberto, desde que o condenado não seja reincidente.

Vejamos o verbete do artigo 217-A, do Código Penal:

Art. 217-A: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. <sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> MIRABETTE, Julio Fabbrini. MIRABETTE, Renato N. Código Penal Interpretado. 7ª edição revista e ampliada. São Paulo: Atlas S.A., 2011, p. 1386 e 1387.

<sup>15</sup> Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Denota-se que a pena mínima não ultrapassa o patamar de oito anos de reclusão exigível para que o apenado inicie o cumprimento da reprimenda em regime inicial fechado.

Esta constatação pode parecer inaplicável para o crime de “estupro de vulnerável”, mormente tratando-se de réu primário e sem antecedentes. Mas, numa análise mais atenciosa, conclui-se que, independentemente do *quantum* da pena imposta, sendo o caso de crime hediondo, o regime inicial é obrigatoriamente o fechado, já que decorre de disposição legal expressa, no caso, do artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90.

Sendo assim, apesar de já previsto em legislação própria o início do cumprimento da pena em regime fechado, a necessidade do exame criminológico revela-se imprescindível para restar demonstrada a personalidade do agente desse crime específico como quesito essencial para o preceito constitucional da individualização da pena, objetivando tratamento adequado para a recuperação do condenado e sua conseqüente reinserção social, bem como para atender aos anseios da população que clama pela própria segurança e dos seus.

Quando da análise da personalidade do condenado, de caráter relevante para a individualização executória da pena, deve-se lembrar que a personalidade é passível mudanças no decorrer da vida de qualquer indivíduo.

Sobre o assunto, o comentário de Guilherme de Souza Nucci revela-se deveras esclarecedor:

[...] personalidade não é algo estático, mas se encontra em constante mutação. Estímulos e traumas de toda ordem agem sobre ela... São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom-humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade. São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Comentadas. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 441.

Vejamos o que Cezar Roberto Bitencourt diz a respeito do exame criminológico para aferição da personalidade do agente criminoso:

[...] é a pesquisa dos antecedentes pessoais, familiares, sociais, psíquicos, psicológicos do condenado, para obtenção de dados que possam revelar a sua personalidade... é uma perícia, embora a LEP não o diga, que busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinqüir; o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, através de um exame genético, antropológico, social e psicológico.<sup>17</sup>

Reforçando a necessidade do mencionado exame, ensina Guilherme de Souza Nucci:

Exame criminológico: ... Reiteramos ser avaliação muito importante do condenado para o fim de individualizar, corretamente, a execução de sua pena. Não podemos concordar com a visão simplista de que o sentenciado deve ser analisado, unicamente, pelo seu prontuário, ou seja, se registra ou não faltas graves [...]<sup>18</sup>

Uma das finalidades do exame criminológico é justamente avaliar a personalidade do condenado, com vistas à melhor aplicação do princípio da individualização da pena, que no caso do crime de estupro de vulnerável, mostra-se essencial. Registre-se que o artigo 217-A do Código Penal é expressamente taxado como crime e não fato tratado como crime, o que poderia dar conotação diversa.

É cediço que, como consequência da progressão do regime fechado para o semiaberto teremos os benefícios decorrentes desse instituto.

Além dos motivos já elencados anteriormente, esse também é ponto crucial da necessidade do exame criminológico, o qual passaremos a analisar com maior propriedade.

Para que o condenado progrida, na prática, basta mera declaração de bom comportamento carcerário, que nem precisa ser firmado pela

---

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 11. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1. p. 459 e 461.

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Comentadas. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 443.

Autoridade Policial ou Diretor do Estabelecimento Prisional, mas que pode ser exarada pelo próprio carcereiro policial, os quais, pedimos *venia* para lembrar que não estão capacitados a atestar aspectos da personalidade humana.

Com o referido atestado, entende a maioria dos juízos das execuções que o requisito subjetivo para a concessão da progressão para o regime semiaberto e para o deferimento das saídas temporárias, previstas no artigo 122 da Lei de Execução Penal, está preenchido.

A questão é demasiadamente complexa e exige toda cautela possível.

Não é novidade que grande parte dos beneficiados com a saída temporária, prevista no artigo 122 da Lei de Execução Penal, não bastasse o fato de não retornarem à unidade prisional em que se encontram, volta a delinquir; na maioria das vezes, a reincidir.

O fator reincidência reforça a necessidade do exame criminológico, vez que demonstra por si só que o requisito subjetivo deve ser tratado com maior atenção, evitando-se eivas desnecessárias.

Destaque-se o que diz o artigo 123, inciso III, da Lei de Execução Penal:

[...]

III – compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.<sup>19</sup>

Mais uma vez nos deparamos com previsão expressa em lei que se coaduna com o preceito constitucional da individualização da pena.

No direito penal brasileiro, quando se fala em “pena”, a idéia nos remete ao *jus puniendi* do Estado, ou seja, o direito de punir a conduta daquele que denota comportamento desaprovado pela sociedade e em desacordo com a norma penal.

Ocorre que a punição quando da sua fase executória tem caráter mais amplo do que aquele aplicado por ocasião da prolação da sentença, já que visa a reinserção social do condenado ou custodiado, inclusive mediante a participação da comunidade através de seus órgãos de representação. Nesse sentido revelam-se os artigos 4º, 78, 79 e 80, todos da Lei de Execução Penal.

---

<sup>19</sup> Artigo 123, inciso III, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

Feitas estas considerações, voltemos à questão da avaliação feita no exame criminológico.

Para melhor elucidar os efeitos do mencionado exame no processo de individualização da pena, vejamos o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci quando diferencia exame de classificação e exame criminológico:

A diferença entre o exame de classificação e o exame criminológico é a seguinte: o primeiro é mais amplo e genérico, envolvendo aspectos relacionados à personalidade do condenado, seus antecedentes, sua vida familiar e social, sua capacidade laborativa, entre outros fatores, aptos a evidenciar o modo pelo qual deve cumprir sua pena no estabelecimento penitenciário (regime fechado ou semiaberto); o segundo é mais específico, abrangendo a parte psicológica e psiquiátrica do exame de classificação, pois concede maior atenção à maturidade do condenado, sua disciplina, capacidade de suportar frustrações e estabelecer laços afetivos com a família ou terceiros, grau de agressividade, visando à composição de um conjunto de fatores, destinados a construir um prognóstico de periculosidade, isto é, sua tendência a voltar à vida criminosa.<sup>20</sup>

Não é difícil perceber que o exame criminológico é de suma importância para que se extraiam elementos essenciais à análise das inclinações do sentenciado, ou seja, se ele está apto ao convívio social ou se nele perduram aspectos negativos de sua personalidade, o que o faz tender à delinquência.

Novamente, a posição do citado jurista se faz pertinente para o tema em questão:

É possível que alguém se torne agressivo, justamente ao ser colocado numa cela insalubre, tomada pela violência e pela disputa de espaço, de modo que sua personalidade é afetada, para pior, no decorrer do cumprimento da pena, algo que se pode constatar verificando o disposto nos vários e sucessivos exames de classificação ou criminológicos a que seja submetido. Em outras circunstâncias, o sujeito agressivo, recebendo um tratamento

---

<sup>20</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1007.

adequado por parte do Estado, apoio familiar, assistencial e psicológico, pode transformar-se em pessoa mais calma e equilibrada o que denota a alteração positiva de sua personalidade. Resta ao juiz fiar-se no importante exame de classificação para determinar as condições em que se dará o cumprimento da pena, mas, sobretudo, o modo pelo qual se avaliará o merecimento do condenado para efeito de progressão de regime e recebimento de outros benefícios... Não se pode obrigar o magistrado, como se pretendeu com a edição da Lei 10.792/2003, a conceder ou negar benefícios penais somente com a apresentação do frágil atestado de conduta carcerária. A submissão do Poder Judiciário aos órgãos administrativos do Executivo não pode jamais ocorrer. Um diretor de presídio não pode ter força suficiente para determinar os rumos da execução penal no Brasil. Fosse assim e transformar-se-ia em execução administrativa da pena, perdendo seu aspecto jurisdicional. Portanto, cabe ao juiz da execução penal determinar a realização do exame criminológico, quando entender necessário, o que deve fazer no caso de autores de crimes violentos contra a pessoa.<sup>21</sup>

A jurisprudência majoritária atual possibilita ao juiz da execução penal a requisição do aludido exame sempre que entender necessário para formar seu convencimento, concretizando, assim, o princípio da individualização da pena executória.

Para o condenado pelo tipo incriminador denominado “estupro de vulnerável” (artigo 217-A do Código Penal), temos que o exame seria sempre imprescindível, dada à sua gravidade e complexidade, principalmente por ocasião da análise da progressão de regime e seus benefícios.

---

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1008 e 1009.

#### 4. NECESSIDADE DO EXAME COM VISTAS AO TRATAMENTO

Observa-se que mesmo diante da peculiaridade grave e complexa que é o crime descrito no artigo 217-A do Código Penal - estupro de vulnerável – em que pesem a Súmula Vinculante nº. 26 e a Súmula nº. 471 do STJ, constata-se que não há obrigatoriedade na exigência do exame criminológico para o caso de crimes hediondos; tampouco para o tipo penal supramencionado quando da prolação da sentença e da análise da progressão de regime.

Passados mais de vinte anos dos primeiros casos que açoitaram a mídia e a sociedade brasileira, constatando-se dia a dia o aumento dos casos de prostituição infantil, de pedofilia e dos crimes contra a dignidade sexual, verifica-se que pouco se fez para uma minimização da problemática que é a insegurança jurídica vivida por toda a população brasileira, causada pelo sistema de justiça retributiva e curativa do País, a qual se verifica iníqua.

Reflete-se a eficiência do poder judiciário quando da aplicação do exame criminológico nos casos progressão de regime para os crimes hediondos, como foi o caso “Suzane Von Richthofen”, condenada por crime hediondo, a qual teve sua progressão negada através do resultado do exame acima mencionado.

Trata-se, aqui, de estudo de crime de grande complexidade que envolve enorme comoção social.

O Código Penal não prevê pena ao agente inimputável à época do fato (artigo 26, “caput”), devendo ser aplicada medida de segurança, prevista no artigo 97, “caput”, do mesmo diploma legal.

Já para os semi-imputáveis, se no § único do artigo 26 do Código Penal há previsão de redução de pena para os agentes com essa característica, veremos mais adiante, precisamente no artigo 98 do mesmo “Codex”, a possibilidade de substituição da pena por internação ou tratamento ambulatorial.

Note-se que a única taxatividade encontrada até então é aquela advinda da cabeça do artigo 26 do Código Penal, ou seja, existe uma obrigação tácita da aplicação da medida de segurança por ocasião da sentença, já que em seu artigo 97, “caput”, encontraremos o termo “determinará sua internação” – hipótese do artigo 26 – e, em seguida veremos “poderá”.

Socorrendo-se do Código de Processo Penal, veremos que em caso de dúvida quanto à saúde mental do infrator, o magistrado encontrará relevante amparo no artigo 149 do referido diploma, já que haverá possibilidade de ordem de

ofício ou mediante provocação do Ministério Público, do Advogado de defesa, do Curador, do Ascendente, do Descendente, do Irmão ou do Cônjuge do agente delituoso para a instauração de incidente de insanidade mental do acusado.

Por ocasião da sentença, frise-se o disposto no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, que excluem a existência de crime ou tornem o réu isento, havendo, logo, presunção de possibilidade de aplicação imediata de medida de segurança, se o caso.

Após estas considerações, façamos uma breve ilustração, imaginando-se que a sentença passou em julgado sendo aplicada uma pena restritiva de liberdade para o crime em comento, sendo o condenado conduzido ao cárcere para que se cumpra a sua reprimenda em regime inicial fechado e com regime de progressão diferenciado, uma vez que se trata de crime hediondo (requisito objetivo: cumprimento de 2/5 da pena se primário e 3/5, se reincidente).

Ainda dentro dessa situação hipotética, vamos supor que advenha doença mental no sentenciado, de caráter duradouro e durante o cumprimento da pena corporal.

Nessa situação, o artigo 183 da Lei de Execução Penal também não obriga o magistrado a determinar a substituição por medida de segurança, seja de ofício, seja a requerimento do Ministério Público ou da Autoridade Administrativa. Mais uma vez revela-se uma faculdade, já que o termo lá previsto é “poderá”.

Novamente dentro do instituto da conversão, veremos que o artigo 184 da Lei de Execução Penal também traz a terminologia “poderá”, quando o tratamento ambulatorial se mostre mais viável que a internação ante a incompatibilidade da medida.

Se a legislação não prevê obrigatoriedade do exame criminológico, principalmente em se tratando do crime de estupro de vulnerável, a doutrina, por sua vez, se divide em dois entendimentos no que tange à conversão da pena em medida de segurança: a conversão por tempo indefinido e aquela pelo tempo remanescente da pena. Não vislumbramos a necessidade de se adotar apenas uma ou outra, mas sim aquela que se mostre mais adequada ao caso em concreto.

Entretanto, entendemos que o exame criminológico, no caso do delito em estudo, se realizado na fase da persecução penal pode, se o caso, levar à aplicação de medida de segurança ao invés da penalização, iniciando-se o processo



executório já em consonância com o preceito constitucional da individualização, possibilitando-se, assim, o processo de reinserção social.

De outra banda, se realizado durante o processo executório da pena e constatada anomalia mental superveniente, também será possível aplicação de medida de segurança a guisa de tratamento, harmonizando-se, assim, com os preceitos da humanização, individualização e da dignidade da pessoa humana.

Portanto, pouco importa se a medida de segurança é aplicada por ocasião da prolação da sentença ou se durante o processo de execução penal; ou sendo o caso de conversão, se por tempo indeterminado ou pelo remanescente da pena, desde que atenda aos princípios a que se destina a legislação.

Pois bem. Conforme se denota das observações supracitadas, verificamos que, no que diz respeito ao exame criminológico com vistas ao tratamento do criminoso sexual, *mister* se faz os entendimentos doutrinários que corroboram nossa opinião acerca de sua eficácia.

Segundo lecionou Luiz Régis Prado:

O exame criminológico exsurge na Lei de Execução Penal como instrumento indispensável para a elaboração do programa individualizador da execução de modo a oportunizar a cada sentenciado os elementos necessários para sua reinserção social.<sup>22</sup>

Sobre o crivo do mero atestado de conduta carcerária, acentuou Júlio Fabbrini Mirabette:

[...] Não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social[...]<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> PRADO, Luiz Régis, Comentários ao Código Penal. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 173.

<sup>23</sup> MIRABETTE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 11ª edição. São Paulo: Atlas, p. 423.

Pelo exposto, deflui-se que ideal seria a obrigatoriedade da realização do exame, com vistas ao adequado tratamento ao delinquente de um dos crimes hediondos de repercussão mais negativa em todos os ramos da sociedade e do Direito, porquanto, na situação em que se encontra a operabilidade do ordenamento jurídico brasileiro, não há como se harmonizar a finalidade da persecução penal, do processo executório da pena ou medida, dos preceitos constitucionais supracitados e da supremacia do interesse público.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se depreende de todo o conteúdo jurídico e fático deste trabalho, cumpre-nos salientar que, não obstante a falha estatal no tocante à falta de estrutura de estabelecimentos adequados ao fiel cumprimento dos dispositivos legais, não há como não mencionar que a omissão por parte do operador jurídico também é causa de injustiças e ausência de cumprimento dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais aqui traçados. Principalmente no que diz respeito à reinserção social de detentos, egressos do sistema prisional e penas alternativas.

Pedimos *venia* para, aqui, destacar o poder de decisão inerente somente aos magistrados.

Isto porque, de nada adianta Advogados, Promotores de Justiça, Diretores de Penitenciárias ou a sociedade na parte que lhe é legítima, requererem o cumprimento da lei se, no fim das contas, somente quem pode dar a decisão final, é o jurisdicionado, seja de primeiro grau ou da mais alta Corte deste país.

Ao juiz cabe decidir pela progressão de regime mediante realização de exame criminológico. Em outras palavras, a negativa da realização do exame pericial é tornar letra morta o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, a própria Resolução nº. 96 do Conselho Nacional de Justiça<sup>24</sup>.

Nesse sentido avaliou muito bem o estudioso Luiz Régis Prado ao lecionar sobre o exame criminológico como essencial para a individualização da pena e reinserção social do condenado.

A negativa supracitada dos magistrados ocorre com significativa frequência nas instâncias iniciais, onde se analisam mecanicamente os requisitos objetivo e subjetivo, sem qualquer preocupação com os ditames da Constituição Federal.

Ousamos, aqui, frisar que tanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto o Supremo Tribunal Federal (STF) editaram Súmulas que apenas facultam ao magistrado a aplicação do laudo técnico para aferição do mérito da progressão.

---

<sup>24</sup> Resolução nº 96, de 27 de outubro de 2009 – Capítulo I – artigo 1º: fica instituído o Projeto Começar de Novo no âmbito do Poder Judiciário, com o objetivo de promover ações de reinserção social de presos, egressos do sistema carcerário e de cumpridores de medidas e penas alternativas.

A postura de juristas como Renato Marcão e Júlio Fabbrini Mirabette mostram-se claras quando de suas assertivas sobre a não exclusão do ordenamento jurídico, especificamente da Lei de Execução Penal, da realização do exame criminológico, seja na fase inicial do cumprimento da pena, seja durante a fase executória da reprimenda ou medida de segurança; esta, raramente aplicada.

O professor Guilherme de Souza Nucci teceu importantes comentários acerca da necessidade de avaliação da personalidade do agente criminoso, enfatizando que esta não se trata de aspecto permanente do ser humano. Mostrou justamente o contrário, ou seja, que se trata de condição mutável inerente ao ser humano.

Na mesma linha de raciocínio também seguiram os renomados juristas Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Régis Prado e Júlio Fabbrini Mirabette.

Também é de se destacar a observação de Guilherme de Souza Nucci ao frisar que o requisito subjetivo, além de não poder ser atestado senão por profissional devidamente qualificado, assevera que, da forma como vem sendo feita, mediante simples atestado de boa conduta carcerária firmado por Diretores de unidades prisionais, estaríamos por aceitar não uma execução penal, mas, também, em transformá-la em execução administrativa da pena.

Esse ponto foi de suma importância para o desenvolvimento deste Trabalho de Conclusão de Curso, mormente para destacar o porquê da escolha, dentre o rol dos crimes hediondos, aquele tipificado no artigo 217-A do Código Penal, já que, sob a égide do exame criminológico para aferição do mérito para a progressão prisional, trata-se de crime de repercussão muito negativa e temerosa em todos os ramos da sociedade.

No entanto, pouco se faz tanto no sentido da prevenção, punição e tratamento, seja do agente delituoso ou das vítimas desse tipo incriminador.

Sobre o tipo penal escolhido para análise e ilustração da necessidade do exame pericial, mostraram-se salutares as ponderações de Júlio Fabbrini Mirabette, tanto sob o aspecto da nova definição quanto da proteção ao bem jurídico tutelado.

Aprofundamo-nos na controvérsia que envolve a não exigibilidade de realização do exame criminológico, destacando a sua possibilidade ante a não revogação desse instituto à luz da Súmula Vinculante nº. 26 do STF e da

Súmula nº. 471 do STJ, as quais asseguram claramente quais os motivos que trazem a possibilidade da aplicação do referido exame pericial para aferição do mérito da progressão e suas *benesses*.

Diante da realidade que é a falência da sistemática carcerária brasileira, salvo raríssimas exceções que servem, inclusive, de exemplo para os demais Estados da Confederação, não é difícil perceber que amontoar delinquentes de toda natureza num espaço mal construído, sem condições mínimas de higiene, ausência de atividades educacionais e laborativas, os quais apenas servem para readaptar o agente criminoso para viver dentro da verdade dos cárceres do Brasil ou, nos caso de criminosos sexuais, para aumentar seus distúrbios em virtude da violação da dignidade da pessoa humana contínua a que serão submetidos durante o cumprimento de suas penas, definitivamente não é a solução para a diminuição da reincidência criminal, tampouco da criminalidade.

Entretanto, por se tratar de um Trabalho de Conclusão de Curso, não nos caberia, aqui, apresentar maiores sugestões do que as já delineadas neste estudo sobre a necessidade da realização de exame criminológico para aferição de mérito para progressão de regime prisional em se tratando de condenados pela prática de crimes hediondos.

Porém, levando em conta a importância das atividades da comunidade acadêmica como forma da evolução da sociedade como um todo, concluímos que não podemos nos comportar como meros expectadores da difícil realidade fática com a qual nos deparamos, mercê da não operabilidade da função social que reveste o próprio intuito das criações das instituições de ensino.

Entendemos que a base da melhoria de um país se faz através da formação de indivíduos cada vez mais investidos de educação, informação, conhecimento e valores éticos, os quais só podem ser inseridos mediante fatores que influenciem positivamente a personalidade humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 11ª edição. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. V. 4. Legislação Penal Especial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato. *Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MIRABETTE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 7ª edição revista e ampliada. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal.

Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969.

Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Lei nº. 8.930 de 06 de setembro de 1994. Altera dispositivos da Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990.

Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.

Súmula Vinculante nº 26, STF. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados\\_Sumula\\_Vinculante\\_STF\\_1\\_a\\_29\\_31\\_e\\_32.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf).

*Castração Química para pedófilo volta a agitar o mundo.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br>.

Resolução nº 96, de 27 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

## APÊNDICE

Durante a conclusão deste Trabalho de Conclusão, passou a vigorar na Coréia do Sul uma lei autorizadora da castração química para pedófilos condenados.

A lei permite que os magistrados apliquem àqueles que cometem abuso sexual contra menores de 16 anos de idade, punição através da castração química, consistente em tornar os delinquentes impotentes sexualmente, cujo efeito é induzido, podendo perdurar por quinze anos.

Segundo o Ministério da Justiça da Coréia do Sul, é o primeiro país asiático a adotar essa forma de punição, não obstante os protestos dos grupos relacionados aos direitos humanos.

A lei foi aprovada por 137 votos a favor e 13 contra pelo Parlamento sul-coreano.

Para esta monografia, é interessante salientar o exemplo da Coréia do Sul, não pelo seu caráter punitivo, mas, justamente porque ele faz alusão de grande importância no que diz respeito a um dos objetos desta monografia, cuja pedra de toque é a solução tanto para a segurança da coletividade quanto para tratamento adequado a infratores do tipo penal descrito no artigo 217-A do Código Penal.

Isto porque lá, os agressores sexuais são diagnosticados como pessoas com desvios sexuais e que devem se submeter à castração mediante a administração de hormônios supressores da testosterona (hormônio masculino), o que diminui a libido masculina, além do fato de que os homens assim punidos terão, além do procedimento médico, assistência psicológica e comportamental.

A edição da lei sul-coreana, em paradigma com a legislação brasileira, se coaduna com os preceitos constitucionais da individualização da pena, da humanização e da reinserção social, refutando, por si só, qualquer alegação de aplicação de pena cruel ou afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e tratamento degradante.

Pelo contrário; a meu ver, diante da realidade dos cárceres no Brasil, se adapta perfeitamente aos preceitos supramencionados.

Também está em consonância com o estado democrático de direito se atentarmos para o fato de que o Estado não pode ser vingativo, mas, sim, resgatar o preso ao convívio social, dentro dos ditames dos Direitos Humanos. Todo



tipo de reintegração ou reinserção social do condenado faz parte dos escopos do estado democrático de direito.<sup>25</sup>

Vale lembrar que, segundo informação obtida junto ao sítio Consultor Jurídico, o Brasil recebeu dois projetos de lei para punição de pedófilos e estupradores mediante a castração química que não foram aprovados, cuja notícia transcrevo *in verbis*:

Só neste ano, no Brasil, a Câmara dos deputados recebeu dois projetos de lei para punir com castração química os condenados por pedofilia e estupro. Uma das propostas foi devolvida ao seu autor, Sandes Júnior (PP-GO), por desrespeitar dispositivo da Constituição Federal que prevê: não haverá penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea e). A outra também não foi pra frente. No Senado, o Projeto de Lei nº 552/2007 foi arquivado no começo deste ano.<sup>26</sup>

Da mesma fonte se extrai importante ensinamento do psiquiatra forense Roberto Moscatello, ainda que, embora contrário à inclusão da castração no ordenamento jurídico, mostra-se bastante pertinente a análise da exigência do exame criminológico para os preceitos da individualização e humanização da pena:

do ponto de vista psiquiátrico-forense na área criminal, a pedofilia deve ser considerada uma perturbação de saúde mental e conseqüente semi-imputabilidade, já que o indivíduo era capaz de entender o caráter criminoso do fato e era parcialmente ou incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento (perda do controle dos impulsos ou vontade). Quando associada ao alcoolismo, demência senil ou psicoses (esquizofrenia, por ex.) deve ser considerada a inimputabilidade. Em consequência é imposta medida de segurança detentiva (internação em Hospital de Custódia) ou restritiva (tratamento ambulatorial) por tempo indeterminado e que demonstra ser o procedimento mais humano, terapêutico, eficaz e de prevenção social.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Artigo 5º, Pacto de São José da Costa Rica.

<sup>26</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br>.

<sup>27</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br>.

Outros países como os Estados Unidos da América (USA) já se utilizavam da forma de tratamento pela castração química para criminosos sexuais, sendo que neste, a praticada foi adotada em oito Estados. A Itália utiliza a como forma de desconto em prisão domiciliar, sendo que, em caso de suspensão do tratamento, o condenado volta ao cárcere.

Como se vê, o tema é demasiadamente complexo para ser tratado apenas na sua forma positivista, já que abrange aspectos psicológicos para todos os envolvidos nos crimes sexuais, particularmente, o estupro de vulnerável.

O que mais sensibiliza é a bagagem que a vítima desse crime carregará por todo tempo de sua existência posterior e, aí sim, entra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Isto porque, diante de meu parco conhecimento acerca da alma e da mente humana, seria impossível apagar da memória de qualquer ser, exceto em bebês de tenra idade, as cenas horrendas de ser violentado sexualmente.

De outra banda, ao visitar a Cadeia Pública de Barra do Turvo/SP, nesta região do Vale do Ribeira, unidade minúscula onde só permanecem presos provisórios pela prática de crimes sexuais, me deparei com a agonia desses delinquentes que sabem das humilhações, estupros, discriminação e descaso que experimentarão, caso sejam condenados e transferidos para cumprir o total de suas reprimendas em Penitenciárias, juntamente com todos os demais tipos de criminosos, sem qualquer tipo de assistência pelo poder público que os julgou e condenou.

Daí, a necessidade da efetividade do que já está disposto em lei, seja na Constituição Federal, seja nas leis infraconstitucionais que compõe o ordenamento jurídico brasileiro.

ANEXO

*Supremo Tribunal Federal*  
Coordenadoria de Análise de Jurisprudência  
DJe nº 146 Divulgação 29/07/2011 Publicação 01/08/2011  
Ementário nº 2556 - 02

263

14/06/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 103.070 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX  
PACTE.(S) : CLAUDEMIR DA CRUZ HENRIQUE  
IMPTE.(S) : MAURICIO DUARTE FACUNDO DA SILVA  
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO, ROUBO QUALIFICADO E TENTATIVA DE ROUBO SIMPLES. PROGRESSÃO DE REGIME. ALEGAÇÕES DE INAPLICABILIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 11.464/07 E DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO SUBMETIDAS À APRECIÇÃO DO STJ. CONHECIMENTO DA MATÉRIA POR ESTA CORTE. IMPOSSIBILIDADE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXAME CRIMINOLÓGICO. REALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM INDEFERIDA.**

1. O *habeas corpus* não pode veicular matérias não suscitadas no Tribunal *a quo*, sob pena de supressão de instância.

2. *In casu*, as alegações referentes à inaplicabilidade do artigo 2º da Lei n. 11.464/07 à hipótese dos autos e à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa não foram submetidas à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, o que impede sejam conhecidas por esta Corte, sob pena de supressão de instância (Precedentes: HC n. 104.391/MG, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 06.05.11; HC n. 102.981/SP, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 24.03.11; HC n. 98.616/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ de 22.02.11).

3. O cumprimento inicial da pena privativa de liberdade no regime fixado na sentença viabiliza ao condenado, em razão do sistema progressivo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ser transferido para outro regime menos rigoroso, desde que preencha os requisitos do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, que, em sua redação original, determinava que: "a decisão será motivada e precedida de parecer da



**HC 103.070 / SP**

Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.”

4. A Lei n. 10.792/03 alterou a redação do dispositivo supratranscrito, suprimindo a exigência daquele exame, *verbis*: “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado 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”.

5. A Lei n. 10.792/03, não obstante tenha silenciado a respeito da obrigatoriedade do exame criminológico, é lícito ao juízo da execução, fundamentadamente, determinar sua realização (Precedentes: HC n. 105.234/RS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 21.3.11; HC n. 106.477/RS, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ de 19.4.11; HC n. 102.859/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 1º.02.10).

6. O requisito subjetivo da progressão não está restrito ao “bom comportamento carcerário”, como faz parecer a literalidade da lei, mas, antes requer analisar as características psicológicas, a probabilidade da adaptação do condenado ao regime menos rigoroso e a progressiva capacidade de reinserção social, entre outros fatores.

7. O exame criminológico funda-se também no poder instrutório do juiz da novel concepção de atividade judicial.

8. *In casu*, a decisão do que determinou a realização do exame está fundamentada na ausência de elementos que demonstrem que o paciente preenche o requisito subjetivo para obtenção do benefício.

Ordem indeferida.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem

*Supremo Tribunal Federal*

**265**

**HC 103.070 / SP**

de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de junho de 2011.

Luiz Fux - Relator

*Documento assinado digitalmente*

14/06/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 103.070 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX  
PACTE.(S) : CLAUDEMIR DA CRUZ HENRIQUE  
IMPTE.(S) : MAURICIO DUARTE FACUNDO DA SILVA  
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de CLAUDEMIR DA CRUZ HENRIQUE contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. ART. 112 DA LEP. NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 10.792/2003.

I - Para a concessão do benefício da progressão de regime, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), nos termos do art. 112 da LEP, com redação dada pela Lei n.º 10.792/2003, podendo o Magistrado, **excepcionalmente**, determinar a realização do exame criminológico, diante das peculiaridades da causa, **desde que** o faça em decisão concretamente fundamentada (cf. HC 88052/DE, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 28/04/2006) (**Precedentes**).

II - Dessa forma, muito embora a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal não mais exija o exame criminológico, esse **pode** ser realizado, se o Juízo da Execução, diante das peculiaridades da causa, assim o entender, servindo de base para o deferimento ou indeferimento do pedido (**Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso**).

III - Na espécie, o e. Tribunal de origem, **forte nos**

HC 103.070 / SP

**elementos fáticos-probatórios dos autos**, entendeu que por se tratar de sentenciado pela prática do crime de **estupro**, a peculiaridade do caso recomendaria a realização de exame criminológico. De fato, mostra-se razoável a fundamentação invocada pelo órgão julgador, já que, **na hipótese**, a medida permitirá aferir, em prognose que se espera fundamentada, a capacidade de adaptação do paciente ao regime mais brando.

*Writ* denegado.”

O paciente foi condenado a 17 (dezesete) anos e 29 (vinte e nove) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 213, 157, § 2º, I, e 157 c/c o artigo 14, II, e do Código Penal, *verbis*:

“Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

“Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

(...)

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;”

“Art. 14 - Diz-se o crime:

(...)

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.”

O juízo da execução deferiu o pedido de progressão de regime formulado pela defesa.

HC 103.070 / SP

Contra essa decisão, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs agravo em execução, afirmando que o paciente não preenche o requisito subjetivo para a obtenção do benefício.

O TJ/SP deu provimento ao agravo “para cassar a progressão prisional concedida, determinando-se a realização de exame criminológico e o retorno do agravado ao regime fechado” (fl. 46), sob o fundamento de que “não se encontra suficientemente esclarecida nos autos a capacitação, em si, do sentenciado, ou seu merecimento, para obtenção do benefício” (fl. 43).

A defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, indeferido.

Dá esta impetração, na qual sustenta a inaplicabilidade, *in casu*, do artigo 2º da Lei n. 11.464/07, que estabeleceu a necessidade do cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena para concessão da progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, por tratar-se de diploma legal posterior ao cometimento das infrações penais pelo paciente.

Afirma que a Lei n. 10.792/03 alterou o artigo 112 da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84), suprimindo a exigência do exame criminológico para fins de verificação do implemento do requisito subjetivo.

Alega violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto a regressão de regime demandaria a prévia oitiva do condenado.

Requer seja concedida medida liminar a fim de determinar a progressão do paciente para o regime semi-aberto. No mérito, pleiteia a



HC 103.070 / SP

confirmação da cautelar.

A liminar foi indeferida.

O Ministério Público Federal manifesta-se pela denegação da ordem em parecer assim ementado:

“EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME. O ART. 112 DA LEP NÃO EXCLUI A CONSIDERAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS DE ORDEM SUBJETIVA PARA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. REQUISITO SUBJETIVO. EXAME CRIMINOLÓGICO. EXIGÊNCIA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA PELO TRIBUNAL PAULISTA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.”

É o relatório.

14/06/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 103.070 SÃO PAULO

**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Discute-se neste *habeas corpus* o direito do paciente, condenado pela prática dos crimes de estupro, roubo qualificado e tentativa de roubo simples, à progressão do regime fechado para o semi-aberto.

Preliminarmente, nota-se que as alegações referentes à inaplicabilidade do artigo 2º da Lei n. 11.464/07 à hipótese dos autos e à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa não foram submetidas à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, o que impede sejam conhecidas por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Nesse sentido, os seguintes julgados:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO. 1. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. ARGUMENTO DISTINTO DAQUELES APRESENTADOS NA INSTÂNCIA ANTECEDENTE: IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. 2. PRISÃO EM FLAGRANTE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO. IMPROCEDÊNCIA. HABEAS CORPUS DO QUAL SE CONHECE EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGA-SE A ORDEM. 1. Não submetida à instância antecedente a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, não cabe ao Supremo Tribunal Federal dela conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância. Precedentes. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

**HC 103.070 / SP**

firmou-se no sentido de que a possibilidade de reiteração criminosa é motivação idônea para a manutenção da custódia cautelar. 3. *Habeas corpus* do qual se conhece em parte e, na parte conhecida, denega-se a ordem." (HC n. 104.391/MG, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 06.05.11).

"EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PRISÃO PREVENTIVA DE ADVOGADA. SALA DE ESTADO MAIOR. QUESTÃO NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. ORDEM DENEGADA. 1. Não havendo correlação do fundamento apresentado nas instâncias inferiores com o que se tem na presente ação, compete àquelas avaliar a possibilidade de cumprimento da prisão preventiva da Paciente em sala de Estado Maior, sob pena de julgamento *per saltum* de questão não analisada por elas, o que não é admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. Ordem denegada." (HC n. 102.981/SP, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 24.03.11).

"EMENTA *Habeas corpus*. Homicídio. Prisão ordenada independentemente de trânsito em julgado. Superveniência do trânsito em julgado. *Writ* prejudicado. Fixação de regime inicialmente fechado. Questão não submetida ao crivo do STJ. Supressão de instância. *Habeas corpus* não conhecido. 1. Prejudicialidade do *writ* impetrado perante Tribunal Superior fundada em decisão liminar, precária e efêmera, obtida pelo paciente perante esta Suprema Corte inócurrenente. 2. Superveniência de trânsito em julgado da decisão condenatória, a ensejar o reconhecimento da prejudicialidade de ambas as impetrações. 3. A questão relativa à propriedade do regime prisional imposto ao paciente pela decisão condenatória não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, não se admitindo a apreciação do tema por esta Suprema Corte, de

HC 103.070 / SP

forma originária, sob pena de configurar verdadeira supressão de instância. Precedentes. 4. *Writ* não conhecido.” (HC n. 98.616/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ de 22.02.11).

Por outro lado, o impetrante requer o deferimento da progressão de regime sem que o paciente seja submetido a exame criminológico, tendo em vista que a realização desse exame não é mais obrigatória, nos termos da atual redação do artigo 112 da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84).

Verifica-se que, após iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fixado na sentença, o condenado pode, em razão do sistema progressivo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ser transferido para outro regime menos rigoroso, desde que preencha os requisitos do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, que, em sua redação original, determinava que:

“A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do **exame criminológico, quando necessário.**” (Sem grifos no original).

A Lei n. 10.792/03 alterou a redação do dispositivo supratranscrito, suprimindo a exigência daquele exame:

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado 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”.

Observa-se, portanto, que, consoante a nova redação do artigo 112 da LEP, dois são os requisitos necessários para a progressão de regime:

**HC 103.070 / SP**

cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior (requisito objetivo) e bom comportamento carcerário (requisito subjetivo).

Todavia, não obstante o silêncio da Lei n. 10.792/03 a respeito da obrigatoriedade do exame criminológico, o juízo da execução pode, fundamentadamente, determinar sua realização. Isto porque a análise do requisito subjetivo pressupõe a verificação do mérito do condenado, que não está restrito ao “bom comportamento carcerário”, como faz parecer a literalidade da lei.

A aferição do mérito de um indivíduo pressupõe um estudo amplo de sua conduta e não apenas uma análise do comportamento por ele apresentado durante o seu recolhimento ao cárcere. Deve-se analisar as características psicológicas, a probabilidade da adaptação a regime menos rigoroso, a progressiva capacidade de reinserção social, entre outros fatores. Nesse sentido, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Além do cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, exige a lei, para a transferência para regime menos rigoroso, que o mérito do condenado indique a progressão. (...)”

Não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social. Ensina Hans Göbbels: ‘O bom comportamento de um preso não pode ser determinante imediata para estabelecer-lhe um prognóstico biológico-social favorável, principalmente porque tal ‘comprovante’ de melhoria se baseia fundamentalmente em informes de funcionários de prisões, fornecidos pouco antes da liberação, e que se atêm ao bom comportamento externo, a fim de facilitar a readaptação sem inconvenientes ao termo da condenação. Mas este comportamento externo só de forma incompleta permite tirar conclusões sobre o caráter e a conduta futura do preso. Na verdade, a adaptação do sentenciado à organização do

HC 103.070 / SP

estabelecimento se deve a vários e múltiplos fatores simultâneos e justapostos, e somente a verificação dos motivos predominantes permitirá uma conclusão motivada sobre o caráter.'

É necessário, pois, que se conheça a capacidade provável do condenado adaptar-se ao regime menos rigoroso, não bastando o seu bom comportamento. O comportamento mau ou *sofrível*, porém, indica normalmente uma inaptidão para o regime mais suave. Fugas, difícil convivência com os companheiros, falta de respeito para com os funcionários, displicência no trabalho ou no aprendizado, cometimento de faltas disciplinares, etc, correspondem ao demérito que não aconselha a progressão. A aferição do mérito, porém, se refere à conduta global do preso e dela faz parte um acréscimo na confiança depositada no mesmo e a possibilidade de atribuição de maiores responsabilidades para o regime de mais liberdade. O condenado deve ser avaliado, aliás, em função do regime para o qual pretende progredir; terá que ser examinado tendo em vista as regalias de que irá gozar no regime progressivo seguinte. Não deve ser concedida a progressão quando se verificar que o apenado não apresenta condições para se ajustar ao novo regime." (Mirabete, Julio Fabbrini. Execução penal – comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11ª ed. rev. e atual. 7ª reimp. São Paulo: Atlas, 2007, págs. 423/424).

Mirabete afirma ainda que o exame criminológico também encontra respaldo na faculdade atribuída ao magistrado de determinar a realização de provas e/ou diligências quando entender necessário:

"No art. 112 não mais se dispõe que a decisão será precedida do parecer e do laudo de exame criminológico, exigindo-se apenas a motivação da decisão e a prévia manifestação do Ministério Público e do defensor. Há que se ponderar, porém, que a lei, nos termos dos arts. 34 do CP e 8º da Lei de Execução Penal, determina que o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime

HC 103.070 / SP

fechado será submetido a exame criminológico, como medida destinada a obtenção dos dados indispensáveis à 'individualização da execução'. Aliás, por ser obrigatório o exame criminológico, tem-se decidido que a determinação de tal exame para decidir sobre a progressão não constitui constrangimento ilegal. Firme, porém, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, preenchidos os requisitos do art. 112, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a negativa da realização do exame criminológico caracteriza constrangimento sanável por *habeas corpus*. Nesta hipótese, de condenado que inicia o cumprimento da pena em regime fechado, a obrigatoriedade da realização do exame criminológico constitui injunção não apenas para o condenado, mas também para a administração, que deve ordená-lo com vistas à individualização da execução pena. Pode o juiz, porém, determinar a aferição do mérito do condenado, exigível para a progressão de regime (item 5.30). Nos termos do art. 196, § 2º, 'entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada'. Aliás, além de dispor expressamente sobre o poder de iniciativa do juiz da execução na produção da prova, previsto também no Código de Processo Penal (art. 156), a lei autoriza a produção de provas requeridas pelas partes, ao impor a decisão 'de plano' apenas na hipótese de ser 'desnecessária a produção de prova' (art. 196, § 1º) (item 8.3). Assim, ainda que não seja obrigatório o exame criminológico, diante da insuficiência dos elementos constantes dos autos, o juiz, de ofício ou acolhendo requerimento do Ministério Público ou da defesa, pode determinar a realização do exame criminológico ou exames periciais específicos que se mostrem necessários para aferição do mérito e para a decisão sobre a progressão de regime." (Mirabete, Julio Fabbrini. Execução penal – comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11ª ed. rev. e atual. 7ª reimp. São Paulo: Atlas, 2007, págs. 432/433).

Esta Corte vem, reiteradamente, decidindo que a realização do

HC 103.070 / SP

exame criminológico, de caráter facultativo, pode ser determinada pelo juízo da execução, desde que em decisão fundamentada, consoante se verifica nas ementas dos seguintes julgados:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. 1. SUPERVENIÊNCIA DE NOVAS DECISÕES PROFERIDAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, CUJOS FUNDAMENTOS SUBSTITUEM AQUELES SUBMETIDOS AO EXAME DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E, POSTERIORMENTE, POR INTERMÉDIO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO, AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. ELABORAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA FINS DE PROGRESSÃO: POSSIBILIDADE, MESMO COM A SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 10.792/2003. NECESSIDADE DE DECISÃO FUNDAMENTADA. 1. A decisão pela qual se indeferiu o pedido de progressão de regime e que levou a defesa do ora Paciente a percorrer as instâncias antecedentes até a impetração do presente *habeas corpus* foi substituída pelas proferidas posteriormente. 2. Conforme entendimento firmado neste Supremo Tribunal, a superveniência da Lei n. 10.792/2003 não dispensou, mas apenas tornou facultativa a realização de exames criminológicos para a aferição da personalidade e do grau de periculosidade do sentenciado. Precedentes. 3. As avaliações psicossociais estão compreendidas no gênero “exame criminológico” e podem servir de subsídio técnico para a formação da livre convicção do magistrado. 4. Na linha dos precedentes deste Supremo Tribunal posteriores à Lei n. 10.792/2003, o exame criminológico, embora facultativo, deve ser feito por decisão devidamente fundamentada, com a indicação dos motivos pelos quais, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, ele seria necessário, como se tem na espécie. 5. Ordem denegada.” (HC n. 105.234/RS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 21.3.11).

“EMENTA *Habeas corpus*. Execução penal. Exame



## HC 103.070 / SP

criminológico. Lei nº 10.792/03. Progressão de regime. Decisão fundamentada. *Habeas Corpus* denegado. Acompanhamento psicológico por profissional habilitado disponibilizado pelo estado. Direito do preso (art. 41, inciso VII, da Lei nº 7.210/84). Ordem concedida de ofício para esse fim. 1. Esta Suprema Corte vem se pronunciando no sentido de que “o exame criminológico, embora facultativo, deve ser feito por decisão devidamente fundamentada, com a indicação dos motivos pelos quais, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, ele seria necessário” (HC nº 94.503/RS, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 12/12/08). 2. *Habeas Corpus* denegado. 3. É fundamental que o estado ofereça as necessárias condições ao paciente, disponibilizando profissional de psicologia para realizar o seu regular acompanhamento, por se tratar, inclusive, de um direito do preso, consagrado na Seção II, art. 41, inciso VII, da Lei nº 7.210/84. 4. Ordem concedida de ofício para esse fim.” (HC n. 106.477/RS, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ de 19.4.11).

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROGRESSÃO DE REGIME. LAUDO PERICIAL DESFAVORÁVEL. REQUISITO SUBJETIVO NÃO CUMPRIDO. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. É lícita a realização de exame criminológico para análise dos requisitos subjetivos para a progressão de regime, nos termos do decidido no HC 82.959/STF. 2. O bom comportamento carcerário não é suficiente para a concessão do requisito da progressão, quando existente laudo pericial desfavorável ao regime menos gravoso. 3. Ordem denegada.” (HC n. 102.859/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 1º.02.10).

*In casu*, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determinou a realização do exame criminológico está fundamentada na ausência de elementos que demonstrem que o paciente preenche o requisito subjetivo para obtenção do benefício, conforme se verifica no

HC 103.070 / SP

seguinte trecho do acórdão (fl. 43):

“Não se encontra suficientemente esclarecida nos autos a capacitação, em si, do sentenciado, ou seu merecimento, para obtenção do benefício.”

*Ex positis, denego a ordem.*

**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 103.070**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

PACTE.(S) : CLAUDEMIR DA CRUZ HENRIQUE

IMPTE.(S) : MAURICIO DUARTE FACUNDO DA SILVA

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 14.6.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian  
Coordenadora

**SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1. CRIMES HEDIONDOS E SUA DEFINIÇÃO</b> .....	12
1.1 Breve Histórico sobre o Objetivo da Lei de Crimes Hediondos .....	15
1.2 Da Edificação da Lei de Crimes Hediondos .....	17
<b>2. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMO TIPO PENAL</b> .....	19
2.1 A Tutela aos Vulneráveis .....	22
<b>3. O SISTEMA PROGRESSIVO DE EXECUÇÃO PENAL</b> .....	24
3.1 Finalidade da Execução Penal .....	27
3.2 Progressão de Regime Prisional para Crimes Hediondos .....	29
3.3 Exame Criminológico, Progressão e seus Benefícios .....	31
<b>4. NECESSIDADE DO EXAME COM VISTAS AO TRATAMENTO</b> .....	40
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	44
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	47
<b>APÊNDICE</b> .....	49
<b>ANEXO</b> .....	52