

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O restabelecimento do exame
criminológico por meio da
súmula vinculante nº 26: uma
manifestação do ativismo
judicial**

The restoration of criminological
examination by binding
precedent n. 26: a manifestation
of judicial activism

Flávia Ávila Penido

Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

O restabelecimento do exame criminológico por meio da súmula vinculante nº 26: uma manifestação do ativismo judicial*

The restoration of criminological examination by binding precedent n. 26: a manifestation of judicial activism

Flávia Ávila Penido**

Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves***

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a súmula vinculante número 26, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, representa uma manifestação do ativismo judicial. Considerando-se os caracteres do modelo da atual jurisdição constitucional, a atividade jurisdicional não pode confundir-se com uma atuação preponderantemente política, de forma a substituir a atividade política exercida pelo Legislativo sob pena de frustrar o paradigma do Estado de Direito. Partindo dessa premissa se analisa a edição da súmula vinculante número 26 pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, súmula esta que tem por objeto o exame criminológico. O Tribunal, ignorando a alteração legislativa operada em 2003, que deixou de exigir o exame criminológico como um requisito à progressão de regime, restabeleceu a possibilidade de recurso ao exame como mecanismo apto a verificar o implemento do requisito subjetivo. Partindo desse marco, este artigo questiona os limites da intervenção jurisdicional na seara política, ignorando a manifestação legislativa e inserindo um requisito desfavorável ao apenado, com base no pretenso fim de assegurar a segurança social. Para tanto, analisa teoricamente as críticas apontadas ao ativismo judicial para então aplicá-las ao contexto da edição da súmula vinculante em comento, sobretudo analisando o histórico da previsão do exame criminológico na Lei de Execução Penal e as justificativas para reinserção desse requisito.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Súmula vinculante número 26. Exame criminológico.

ABSTRACT

This article aims to show that the binding precedent No. 26, issued by the Supreme Court in 2009, is a manifestation of judicial activism. Considering the characters of the current constitutional jurisdiction model, the judicial activity cannot be confused with a predominantly political action in order to replace the political activity exercised by the Legislature otherwise frustrate the rule of law paradigm. From this demarcation is that it analyzes

* Recebido em 31/10/2014
Aprovado em 01/02/2015

** Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Professora Auxiliar na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada militante na área de Direito Penal e em Processo Penal, com ênfase em execução penal. Contato: f.avilapenido@gmail.com

*** Mestranda em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Tem experiência na área de pesquisa científica, atuando principalmente nos seguintes temas: prova, processo penal e modelo constitucional de processo. Contato: jordania_cog@hotmail.com

the issue of binding precedent No. 26 by the Supreme Court in 2009, this summary that has the criminological examination by object. The Court, bypassing the legislative amendment operated in 2003, which no longer require the criminological examination as a requirement progression system, restored the right of appeal to the examination as a mechanism able to verify to implement subjective requirement. From this framework, this paper questions the limits of judicial intervention in politics harvest, ignoring the legislative manifestation and inserting an unfavorable condition for inmates, under the pretense order to ensure social security. Therefore, theoretically analyzes the criticisms to judicial activism and then apply them to the context of the issue of binding precedent under discussion, mainly analyzing the survey forecast of historical criminological in the Penal Execution Law and the justifications for reintegration this requirement.

Keywords: Judicial Activism. Binding precedent number 26. criminological examination.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa atenta para a crescente judicialização da política, com a postura da sociedade de cobrar, no âmbito Judiciário, soluções que originariamente caberiam ao executivo ou legislativo. Isso resulta na progressiva substituição das normas pelas decisões jurisdicionais com a prevalência de decisões solipsistas que ignoram a norma imposta pelo Legislativo. Esse fenômeno independe da atuação jurisdicional propriamente dita, e acaba por refletir características do contexto social atual. Trata-se da alternativa que a sociedade encontrou para verem efetivados seus direitos fundamentais.

O problema surge quando os órgãos jurisdicionais internalizam essa função de suprir as lacunas sociais, e passam a adotar uma conduta proativa, tomando a iniciativa de regular situações ainda sequer dispostas em lei ou restringir direitos pautados em uma pretensa vontade social. Trata-se do chamado ativismo judicial.

Nesse contexto, a pesquisa propõe a análise do fenômeno do ativismo judicial atrelado ao contexto social em que está inserido e considerando os ditames do processo democrático. Fundamental verificar até que ponto a atuação proativa de um órgão jurisdicional é legítima, especialmente quando este cria restrição a direitos ou quando afasta a aplicabilidade da norma criada por meio do processo legislativo desencadeado pelos representantes eleitos pelo povo.

Pretende-se abordar, especificamente, a edição da súmula vinculante n. 26 editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2009. A súmula, sem observar a alteração legislativa operada em 2003, firmou entendimento de que é possível a exigência do exame criminológico como requisito subjetivo complementar à concessão da progressão de regime ou livramento condicional. Trata-se do restabelecimento pelo Judiciário de requisito que dificulta a concessão de um direito assegurado por lei, com base na justificativa de assegurar a segurança social.

Verifica-se, pois, embate entre as funções previamente estabelecidas pela Constituição ao Judiciário e Legislativo, que se refletem diretamente nas garantias do processo constitucionalizado e, por conseguinte, nos direitos e garantias fundamentais do apenado.

Forçoso lembrar que, para concretizar o Estado de Direito, é preciso que este esteja amparado por um ordenamento jurídico-constitucional. Por Estado de Direito depreende-se a sujeição desse Estado a princípios e regras limitadores da atuação dos membros do Judiciário, como forma de garantir o controle da atividade jurisdicional pelo povo, de quem emana o poder exercido.

Com observância desse contexto, o presente artigo estrutura-se a partir da delimitação dos contornos que encerram a noção do ativismo judicial para então demonstrar o histórico de previsão do exame criminológico na Lei de Execução Penal (LEP). Ato contínuo, passa-se a apresentação de algumas justificativas comumente utilizadas para se defender a exigência da referida perícia, bem como os contra-argumentos. Isso, como forma de contextualizar o aspecto social inerente ao exame criminológico.

Nesses termos, partindo do estudo do ativismo judicial no contexto democrático processual, é que se propõe o debate da súmula vinculante de número 26 que tem como objeto o exame criminológico: tema a ser desenvolvido na presente pesquisa.

2. LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL

A pesquisa estrutura-se partindo do pós-modernismo, quando o processo apresentava-se como instituição legitimadora da Jurisdição.¹ Quer dizer que deve se desencadear a partir de uma instituição constitucionalizada previamente definida e permeada pelas garantias dispostas no texto constitucional, como forma de legitimação da tutela dos direitos fundamentais quando do exercício da função jurisdicional.

Considerando-se os caracteres do modelo da atual jurisdição constitucional, a atividade jurisdicional não pode confundir-se com uma atuação preponderantemente política, de forma a substituir a atividade política exercida pelo Legislativo. Esse contexto ressaltaria o fenômeno do ativismo judicial.

Vieira, citando Cass Sunstein, estabelece alguns critérios que identificam a postura ativista do órgão jurisdicional:

Em uma primeira acepção, o ativismo judicial será medido pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo (SUNSTEIN, 2005, p. 41-44). Ou seja, com que frequência os tribunais “retiram a decisão das mãos dos eleitores” (SUNSTEIN, 2005, p. 43). Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático².

Conforme exposto pelo autor, o ativismo judicial mostra-se presente quando o Judiciário passa a invalidar as normas e atos normativos emanados por outras Funções do Estado. Quando atinge o âmbito do Legislativo, faz com que os órgãos jurisdicionais retirem o poder de regulamentação das mãos dos eleitores. O referido fenômeno também transparece quando o Judiciário busca suprir omissões, como por exemplo, visando concretizar políticas públicas garantidores de direitos fundamentais.

Luís Roberto Barroso define o ativismo judicial segundo alguns parâmetros:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas³.

Ocorre que, atualmente, o Judiciário vem assumindo função de dar respostas rápidas aos clamores sociais e, por vezes, acaba extrapolando sua função jurisdicional em nome da eficiência que se espera:

Esse contexto de uma presença mais efetiva do direito cria, como consequência lógica, um processo de judicialização de demandas sociais, preocupadas com a concretização do amplo elenco de Direitos Fundamentais. As consequências para a teoria processual não são pequenas. Tal processo é denominado

1 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

2 SUNSTEIN, Cass apud VIEIRA, José Ribas; GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. (Edição Especial Direito). Disponível em: <[http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20re visado.pdf](http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20re%20visado.pdf)>. Acesso em: 6 out. 2014.

3 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jun. 2012. p. 28.

“judicialização da política”. Ele consiste em uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional, com o escopo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica⁴.

No âmbito do processo penal, mostra-se clara essa relação:

O sentimento geral de ausência de segurança, que prevalece atualmente na sociedade brasileira, decorrente o aumento significativo da criminalidade violenta, associada à exigência de uma resposta penal mais célere, tem favorecido o discurso da lei e da ordem, que no campo do processo penal, resume-se ao utilitarismo processual. Esse utilitarismo pode ser traduzido na relativização dos direitos fundamentais individualizados e na adoção de uma política criminal policialesca, inspirada na prevalência da segurança pública⁵.

Nesse sentido, considerando-se os ideais do processo constitucionalizado, questiona-se se é possível permitir que este sirva como instrumento de política pública usada para aplacar os anseios dos cidadãos que, ante a insegurança, cobram do Judiciário uma maior atuação — a exemplo do que ocorre no processo penal.

Em outros termos, considerando-se que o processo constitui meio de construção do Estado Democrático de Direito⁶, questiona-se a possibilidade de que ele sirva de instrumento para dar respostas à sociedade, especialmente quando, para tanto, o Judiciário precise regulamentar situações ou criar parâmetros não previstos em lei, indo além do seu espectro de atuação.

Acerca do ativismo judicial, o que se vê é ampliação no âmbito de ação do Judiciário, que passa a interferir no espaço que tradicionalmente seria destinado à atuação das demais Funções.

A função interpretativa necessária à aplicação do Direito é inegável. Ocorre que essa interpretação às vezes ultrapassa os limites da aplicação da norma ao caso concreto, de forma a inovar no ordenamento jurídico:

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.⁷

De acordo com Cappelletti, toda atividade jurisdicional constitui, substancialmente, atividade criativa que exige do aplicador do Direito a interpretação do sentido da lei de forma a adaptá-la ao caso concreto. Ao interpretar, o juiz inevitavelmente transforma, integra ou esclarece a vontade da lei, conforme o seu entendimento⁸. O mesmo autor esclarece que “*o reconhecimento de que é intrínseco a todo ato de interpretação certo grau de criatividade não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete*”. Essa discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, na medida em que o juiz está adstrito a certos limites, considerando seu vínculo com o ordenamento jurídico.⁹

Assim, tomando-se por base o contexto do Estado de Direito Democrático, há que se garantir que o Estado, quando do exercício da função jurisdicional, esteja vinculado às normas por ele editadas. O processo deve tornar possível o exercício da jurisdição, mas, ao mesmo tempo, limitar a atividade do Estado-judiciário. Assim, tratando-se de um Estado de Direito, há que se pressupor a sujeição daquele Estado a

4 VIEIRA, José Ribas; GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. (Edição Especial Direito). Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20re%20visado.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2014.

5 SANTOS, Fernanda Barbosa; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hermenêutica a favor da tutela dos direitos fundamentais no processo penal. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2008, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 1974-1985. p. 1975.

6 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

7 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jun. 2012. p. 31.

8 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 74.

9 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 74.

um regime de direito que, ao mesmo tempo, torna possível e limita o exercício de suas funções essenciais, dentre elas a jurisdição. Carré de Malberg, a esse respeito, informa que o regime do Estado de Direito implica essencialmente a imposição de regras limitativas impostas pelo Estado a si mesmo no interesse de seus súditos. Assim, para o autor, o Estado de Direito é aquele que formula prescrições relativas ao exercício de suas funções de forma a estabelecer mecanismos para preservar e defender os cidadãos das arbitrariedades das autoridades estatais. Portanto, estabelece-se no interesse e para a salvaguarda dos indivíduos, assegurando a proteção de seus direitos.¹⁰

E continua o autor:

Os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico, sem olvidarem a supremacia da Constituição como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infringam. A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais.¹¹

Nesse contexto é que se passará a análise da edição da súmula vinculante número 26 que, sem observar a vontade legislativa que extirpou do ordenamento jurídico o exame criminológico, restabeleceu a possibilidade de exigência da referida perícia como um requisito complementar a aferição do implemento do requisito subjetivo necessário à concessão da progressão de regime e do livramento condicional.

2.1. O restabelecimento da exigência do exame criminológico por meio da súmula vinculante número 26

A súmula vinculante nº 26 foi publicada em 2009 e, desde então, foi amplamente mencionada por encerrar a discussão acerca da inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Na verdade, nesse ponto o enunciado da súmula não inovou substancialmente, posto que já estivesse em vigor a Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do parágrafo primeiro para prever o regime inicialmente fechado.

A novidade comemorada por grande parte da doutrina pode ser extraída dos debates que antecederam a edição da súmula, nos quais o STF deixa transparecer que, em se tratando de crimes praticados antes da vigência da Lei 11464/07, aplica-se o art. 112 da LEP — que prevê como requisito objetivo necessário à concessão da progressão de regime o cumprimento de 1/6 da pena —, já que a lei em comento aumentou o requisito objetivo para 2/5, se primário; e 3/5, se reincidente. Esse entendimento firmado homenageia o já consagrado princípio que rege o conflito de leis penais no tempo: “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Ocorre que a súmula vinculante nº 26 tratou também do exame criminológico, e é exatamente esse o ponto controverso.

É de se observar que a súmula vinculante nº 26 passou a admitir a realização facultativa de exame criminológico quando o magistrado, diante do caso concreto, acreditar ser necessário. Esse seria só mais um dentre outros entendimentos firmados pelo STF por meio de súmulas vinculantes, não fosse uma especificidade: a redação do art. 112 da LEP antes e depois da vigência da Lei nº 10.792/03.

Até 2003 o parágrafo único do art. 112 da LEP previa a possibilidade de o juiz, caso entendesse necessário diante do caso concreto, determinar a realização de exame criminológico com vistas a fundamentar a concessão — ou não — da progressão de regime. A partir desse ano, com o advento da Lei nº 10.792/03, o referido dispositivo legal foi alterado de forma a não mais prever a possibilidade de realização do exame criminológico no momento da concessão do benefício da progressão de regime¹².

10 CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1948. Versión española de José Lón Depetre. p. 450-451.

11 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 122.

12 Artigo 112 da LEP em sua redação original: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a trans-

Observa-se que a LEP, que trazia em seu bojo o exame criminológico facultativo, foi alterada em 2003 e não mais menciona a possibilidade de realização do exame.

Não obstante, em 2009, com a edição da súmula vinculante nº 26, o STF restabeleceu a facultatividade do exame criminológico, conforme é possível extrair da redação da súmula em comento:

Súmula Vinculante nº 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, **podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico** (grifo nosso).

Como se vê, o STF, quando da edição da súmula vinculante nº 26, não se limitou a firmar entendimento sobre o assunto. Fez mais: restabeleceu a previsão de instituto que havia sido derogado de nosso ordenamento jurídico quando da entrada em vigor da Lei nº 10.792/03. E mais: instituto que restringe o direito fundamental à liberdade, uma vez que cria requisito que condiciona a concessão dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal a um laudo criminológico.

A postura ativista do STF interferiu sensivelmente na alteração legislativa promovida pela lei nº 10.792/03 de forma a restabelecer o que sua redação original previa. Ignorou-se a vontade do legislador externada pela subtração de um requisito à progressão de regime e o reinsereu no ordenamento jurídico, como se o órgão jurisdicional fosse legislador.

2.2. O voto divergente do Ministro Marco Aurélio

Quando da votação da súmula vinculante nº 26 pelo Plenário do STF, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se contrariamente à sua edição.

Dentre os argumentos veiculados pelo ministro em seu voto, destaca-se, em primeiro lugar, a questão do atraso na concessão dos benefícios, quando estes dependiam da realização de exame criminológico. Marco Aurélio menciona os dados levantados pela Defensoria Pública de São Paulo que demonstram que cerca de oitenta mil presos aguardavam a realização do exame criminológico, já tendo cumprido os demais requisitos necessários à concessão do benefício:

[...] Esse texto foi expungido [refere-se ao texto original do parágrafo único do art. 112 da LEP, que previa o exame criminológico e foi alterado em 2003 de forma a não mencionar mais o exame], ou seja, tendo em conta a realidade brasileira — volto ao quadro mencionado da tribuna pelo ilustre defensor, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo —, esse exame já se mostrava, senão inócuo — quanto ao conteúdo de duvidosa propriedade —, inviável, porque oitenta mil presos aguardavam, havendo alcançado tempo para a progressão, o famigerado exame. Recordo, a imprensa veiculou a existência de trabalho visando, justamente, a dar àqueles que estão sob a custódia do Estado tratamento digno, tratamento previsto na própria Constituição Federal. Por isso, penso que não podemos desconhecer essa realidade normativa, ou seja, que a exigência do exame criminológico seja afastada como requisito necessário à progressão.¹³

ferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”. Artigo 112 da LEP com redação pela lei 10.793/03: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes”.

13 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf>. Acesso em: 06 out. 2014

Como bem disse o ministro, essa realidade de atrasos na concessão dos benefícios era fator corriqueiro na execução penal brasileira, quando vigente em nosso ordenamento a previsão legal de exigência do exame criminológico. Por se mostrar inócua e prejudicial aos condenados, tal previsão foi extirpada de nosso ordenamento em 2003.

Diante da constatação de prejuízos acarretados aos condenados pela exigência do exame, restabelecê-lo por meio da súmula vinculante seria, em suma, vincular os órgãos do Judiciário a uma interpretação desfavorável ao apenado:

Quanto à parte final, conheço os pronunciamentos de ambas as Turmas da Corte, apenas ressaltaria certa modificação legislativa, que foi mencionada da tribuna, verificada em 2003. O que havia antes no art. 112 da Lei de Execução Penal – LEP? Tinha-se parágrafo que direcionava no sentido de a progressão dar-se a partir do denominado exame criminológico. Editou-se a Lei nº 10.792, em 2003, e expungiu-se essa exigência. **Indago: podemos partir para interpretação analógica que acabe por prejudicar o réu? A resposta é desenganadamente negativa.** Não podemos nos antecipar a projeto em tramitação no Congresso, para restabelecer — no campo jurisprudencial — o exame criminológico, que, sabidamente, dificulta a progressão. Como ressaltado da tribuna, em 2003, havia oitenta mil presos na fila de pedidos aguardando o exame. Por isso é que adianto o voto, e devo ter muito cuidado na edição de verbete vinculante, especialmente em matéria penal, no sentido de não aprová-lo, porque se o fizermos, restabelecendo a redação primitiva do artigo 112 da Lei de Execução Penal, estaremos atuando como legisladores¹⁴ (grifo nosso).

E continua o ministro, atentando novamente que a edição da súmula vinculante em discussão acabaria por restabelecer exigência prejudicial ao apenado, especialmente diante da derrogação do texto original do art. 112:

[...] penso que se reintroduz, no cenário normativo – já que o verbete vinculante tem força *erga omnes*, só não obrigando o Congresso Nacional –, exigência prejudicial ao réu. Volta a valer o texto primitivo derogado pela lei que mencionei, a Lei nº 10.792/03. A derrogação, para mim, mostra-se, no caso, muito clara. Por quê? Porque antes havia o parágrafo único com a seguinte redação: “a decisão será motivada e precedida de parecer da comissão técnica de classificação e do exame criminológico”.¹⁵

Como é possível inferir das palavras do ministro, com aprovação do verbete, estar-se-ia restabelecendo, no mundo das normas, exigência derogada pelo Legislativo a partir da Lei nº 10.792/03 e se antecipando a projeto de lei ainda em tramitação. Marco Aurélio conclui com questionamentos enfáticos: “mantém-se a exigência do exame criminológico? Restabelecemos, portanto, ignorando a derrogação ocorrida, o texto anterior. Antecipamo-nos, portanto, à aprovação do projeto que está em curso no Congresso?”¹⁶

O ministro alerta ainda que “se o fizermos, restabelecendo a redação primitiva do artigo 112 da Lei de Execução Penal, estaremos atuando como legisladores¹⁷”.

Isso porque, conforme é possível extrair da íntegra de seu voto, o STF estaria vinculando os demais órgãos do Judiciário a posicionamento contrário à vontade manifestada pelo Legislativo quando da edição da Lei nº 10.792/03. Se o legislador altera o ordenamento jurídico de forma a retirar requisito antes necessário à concessão da progressão de regime, não pode o Judiciário retomar a possibilidade de exigência desse requisito.

14 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf>. Acesso em: 06 out. 2014.

15 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf>. Acesso em: 06 out. 2014, p. 8.

16 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf>. Acesso em: 06 out. 2014.

17 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf>. Acesso em: 06 out. 2014.

Em outros termos, a partir da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.792/03, o exame criminológico deixou de ser um requisito à progressão de regime. O que a súmula vinculante nº 26 fez foi retomar a redação original do art. 112 da LEP, ignorando a vontade expressa do legislador quando este editou a lei datada de 2003.

Como é possível inferir, o STF exorbitou de sua função jurisdicional e fez mais do que estabelecer seu entendimento acerca do instituto. Se atualmente não há menção ao exame no dispositivo legal, não há o que interpretar. Em verdade, o STF atuou como legislador ao inserir requisito não previsto em lei.

Dessa forma, apesar de ter sido o único voto contrário à edição da súmula, seu posicionamento merece destaque, pois, afinal, reconhece a atuação exorbitante do STF ante o cenário normativo vigente.

3. O EXAME CRIMINOLÓGICO COMO REQUISITO À PROGRESSÃO DE REGIME: DIVERGÊNCIAS

O exame criminológico consiste em perícia vista como capaz de delinear a personalidade do condenado por meio de análise psicológica e da avaliação de sua conduta pessoal, para identificar a sua propensão ao crime¹⁸. Segundo Guilherme de Souza Nucci, o exame criminológico parte da análise de diversos fatores para avaliar o grau de periculosidade do apenado e sua tendência à reincidência. O autor cita como alguns desses fatores a maturidade do condenado, sua disciplina, a capacidade de suportar frustrações e estabelecer laços afetivos com a família ou terceiros, seu grau de agressividade¹⁹.

O exame criminológico previsto na redação original do parágrafo único do artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP), objeto deste estudo, tem por escopo verificar se o condenado está apto a retornar ao convívio social por meio do ingresso em regime de cumprimento de pena mais brando. Em suma, objetiva avaliar o grau de periculosidade do condenado e a probabilidade de ele voltar a delinquir²⁰. É realizado, no

18 Segundo Bitencourt, “o exame criminológico, que é uma perícia, embora a LEP não o diga, busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinquir, o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, por meio de um exame genético, antropológico, social e psicológico”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 499) Edmundo Oliveira conceitua o exame criminológico como uma pesquisa que visa apurar a periculosidade do réu, analisando para tanto o crime praticado e os “precedentes pessoais e familiares do réu, sob os aspectos físico-psíquico, psicológico e sociológico-ambiental”. OLIVEIRA, Edmundo. *O delinqüente por tendência*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 111. Segundo Salo de Carvalho, “o dispositivo se inspira na reclamada defesa social e tem por objetivo a prevenção geral. Se após o exame criminológico (ou resultar da convicção do juiz) ainda revelar o condenado sinais de desajustamento aos valores jurídico-criminais, deverá continuar a sofrer imposição daquela pena até o seu limite final se a tanto for necessária em nome da prevenção especial. CARVALHO, Salo de. *O papel da perícia psicológica na execução penal: psicologia jurídica no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: NAU, 2009. p. 142.

19 Nucci, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 400-501.

20 O exame tem objetivos distintos a depender do momento em que é exigido, a saber: o exame criminológico exigido no início do cumprimento da pena, com fulcro nos artigos 34 do Código Penal e 8º da LEP prevêem a realização do exame criminológico como instrumento para que se proceda à individualização da pena. Esta, atendida pelo exame de classificação bem como pelo acompanhamento técnico durante o cumprimento da pena, seria imprescindível para determinar as condições em que o apenado ingressou no sistema prisional e sua evolução. Visa, pois, identificar as características do apenado com vistas a elaborar um programa individualizado de cumprimento de pena, adequado às necessidades de cada condenado. O exame criminológico realizado para esse fim não se confunde com aquele realizado no momento da concessão dos benefícios previstos na LEP, já que os objetivos de realização do exame são distintos. Observando a redação original do artigo 112 da LEP, anterior a alteração trazida pela Lei 10.792/03, verifica-se que o exame tem por objetivo avaliar o grau de periculosidade do apenado e, portanto, a possibilidade de voltar a delinquir. A redação atual do artigo 112 da LEP, no entanto, não prevê a exigência do exame criminológico, o que será analisado adiante. Sem diferenciar os objetivos do exame criminológico tomando por base o momento de sua exigência, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), no parecer 2013 de 2009, acerca do Projeto de Lei nº 190/2007, que visa tornar o exame criminológico requisito necessário à concessão dos benefícios da execução penal, parecer este assinado pelo Senador relator Antônio Carlos Júnior, cita o princípio constitucional da individualização da pena como fundamento para a alteração do art. 112 da LEP no sentido de tornar obrigatório o exame. BRASIL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado n. 190, de 2007, que altera a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/68465>>

momento da concessão da progressão de regime ou livramento condicional, como complemento ao requisito subjetivo do bom comportamento carcerário.

Para aqueles que defendem a exigência do exame criminológico como requisito à concessão dos benefícios previstos na LEP, este se justifica por assegurar os interesses sociais, considerando-se que a avaliação do grau de periculosidade impediria a inserção do apenado em regime de cumprimento de pena mais brando quando demonstrasse que há grande probabilidade de este voltar a delinquir. É o que dispõe o item 32 da Exposição de Motivos da LEP bem como a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

As duas perícias, a criminológica e a da personalidade, colocadas em conjugação, tendem a fornecer elementos para a percepção das causas do delito e indicadores para sua prevenção. Ademais, pode impedir, como tem ocorrido, a transferência de reclusão para o regime de liberdade ou de prisão albergue, bem como a concessão de livramento condicional, de condenados que não estavam para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.²¹

Quando da elaboração do Projeto de Lei do Senado nº 75/2007, que visa tornar obrigatório o exame criminológico para fins de concessão dos benefícios da LEP, o Senador Gerson Camata ressaltou que:

A mera comprovação do bom comportamento carcerário pelo diretor do estabelecimento penal não alcança a avaliação por técnico das áreas psiquiátrica, psicológica e social. Além disso, a autoridade administrativa passou a conceder progressões e regressões dos regimes, independentemente do parecer da Comissão Técnica de Classificação. Portanto, sem o parecer desta Comissão, o sistema penal hoje permitiria, em tese, a transferência de reclusos para regime de semiliberdade ou de prisão-albergue, ou para a total liberdade, sem que estejam preparados para tanto, o que constituiria flagrante desatenção aos interesses da segurança social.²²

No mesmo sentido o Senador Demóstenes Torres, em parecer acerca do Projeto de Lei do Senado nº 75 de 2007, ressalta a fragilidade da avaliação feita pelo diretor do estabelecimento prisional acerca do comportamento do apenado, em detrimento da avaliação feita por profissionais integrantes da equipe multidisciplinar.²³

Segundo o exposto, somente o atestado de conduta carcerária emitido pelo diretor do estabelecimento prisional não seria suficiente para garantir que o condenado não voltará a delinquir quando inserido em regime de semiliberdade, o que colocaria em risco a segurança pública e os interesses sociais. Com a avaliação do grau de periculosidade por meio do exame criminológico, o que se busca é a garantia de que o condenado poderá atingir regimes de cumprimento de pena mais brandos sem, com isso, fragilizar a segurança pública.

Ocorre que defender que a execução penal sirva de instrumento para dar uma resposta ao clamor social é negar por completo o princípio da individualização da pena vez que

É incompatível falar em individualização da pena na execução penal e ao mesmo tempo afirmar que na execução penal vige o *in dubio pro societate*, eis que esta afirmação é exatamente a negação daquela. [...] Dar por prevalentes os interesses sociais na execução penal é negar vigência ao princípio da individualização da pena e às garantias constitucionais e usar o preso para dar satisfação à sociedade, ignorando sua individualidade e dignidade. Dessa forma, falar que na execução penal vige o *in dubio pro societate* é ignorar por completo que os princípios consagrados na Constituição se estendem à execução penal.²⁴

pdf>. Acesso em: 21 jan. 2015.

21 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 51.

22 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 75 de 2007*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena, quando se tratar de preso condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/9342.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

23 BRASIL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado nº 75, de 2007, de autoria do Senador Gerson Camata, que altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena, quando se tratar de preso condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=24088>>. Acesso em: 21 de jan. 2015.

24 BARROS, Carmen Silvia de Moraes. As modificações introduzidas nos arts. 6º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, ano 12, n. 48, p.179-193,

E a individualização da pena visa justamente ao necessário retorno do apenado ao convívio social, sem que a sua individualidade sirva de exemplo para alcançar fins que não lhe dizem respeito.²⁵

Ademais, exigir o exame criminológico com fundamento em interesses sociais significa negar a concessão de um **direito** com fundamento na personalidade do condenado. Trata-se de homenagem ao direito penal do autor, deslocando-se o juízo de culpabilidade para a culpa do autor em detrimento da conduta, ou seja, deixa de censurar o agente por seu comportamento, e passa a restringir direitos com fundamento na sua conduta de vida, seu caráter, sua personalidade. Não se funda no que o agente faz, mas o que ele é.²⁶

Considerando-se que o exame criminológico pune o condenado com a manutenção em regime mais rigoroso por supostos indícios de que este poderá voltar a delinquir, verifica-se que a perícia criminológica pauta-se pela culpabilidade do autor em detrimento da culpa pelo fato, baseando-se na personalidade do agente que pode ser mais ou menos tendenciosa à reincidência. Em suma, condiciona-se a concessão de um direito à reforma da personalidade do agente.

É ainda importante ponderar a impropriedade do objeto do exame criminológico, a chamada periculosidade do agente, ou seja, a sua tendência para o crime. A essa tendência, Eugênio Raul Zaffaroni dá o nome de “determinação”²⁷. Com esteio na lição do autor, inconcebível admitir que o homem esteja predeterminado à prática de um crime motivo pelo qual também seria impossível prever o comportamento humano. Nesse sentido, é a lição de Tânia Kalker com esteio em Jurandir Freire:

[...] é impossível prever o comportamento humano como quem prevê a dilatação do metal pelo calor. É impossível controlar a imprevisibilidade dos homens. Para ele, qualquer tentativa neste sentido, só pode estar a serviço de uma mascarada cumplicidade com as razões de Estado. E avaliar uma pessoa segundo seu grau de adaptação às normas sociais não pode ser considerado outra coisa.²⁸

Quando o exame criminológico se propõe a quantificar o grau de periculosidade do agente e verificar se este está apto a retornar ao convívio social, de forma a não oferecer riscos à segurança social, pauta-se na análise da periculosidade do agente. Busca-se realizar possível juízo de reincidência, como se fosse possível que um exame consiga predizer se o apenado vai ou não voltar a delinquir.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), quando da elaboração de parecer acerca do Projeto de Lei do Senado nº 190 de 2007, também criticou a exigência do exame criminológico. Isso porque, diante da diversidade de situações que podem levar ao crime, a análise de apenas alguns delas não seria capaz de precisar a possibilidade da ocorrência ou não de outro fato criminoso. Em outras palavras, analisar somente alguns aspectos da vida do apenado não garante a precisão do exame em avaliar as possibilidades de reincidência:

Sendo o comportamento criminoso uma relação entre a ação do sujeito e o meio que realiza essa ação, seria possível estabelecer graus de periculosidade ou prognóstico de reincidência a partir da análise tão

maio/jun. 2004. p.182-183

25 BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. As modificações introduzidas nos arts. 6 e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 12, n. 48, p.179-193, maio/jun. 2004. p. 182-183.

26 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. p. 235.

27 “Quando se sustenta que o homem é um ser que somente se move por causas, isto é, determinado, que não goza de possibilidade de escolha, que a escolha é uma ilusão e que, na realidade, sempre atuamos movidos por causas, sem que nossa conduta se distinga dos outros fatos da natureza, nessa concepção não haverá lugar para a culpabilidade. [...] Por conseguinte, em nada servirá para a qualificação da pena. Somente será considerado o grau de determinação que tenha o homem para o delito, ou seja, a periculosidade. Esse será, assim, o direito penal da periculosidade, para o qual a pena terá como objeto (e também como único limite) a periculosidade. [...] Em princípio, descartamos de plano a idéia de uma completa determinação do homem. cremos que o determinismo é uma degradação da imagem humana que, embora sendo um ente submetido a condicionamentos históricos de índole muito diversa, nunca perde totalmente a sua capacidade de escolha, sua autonomia moral e, portanto, sua responsabilidade. Caso se negue a possibilidade de escolha humana, nega-se com isso qualquer forma de responsabilidade. Quem não pode escolher não pode ser responsável de nada, em nenhum sentido”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 115-116.

28 KOLKER, Tania. A atuação dos psicólogos no sistema penal. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Org.). *Psicologia jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro: NAU, 2009. (Ensino da Psicologia). p. 201.

exclusivamente de alguns vetores do comportamento ligados ao sujeito? Seria possível pretender alertar às autoridades da ocorrência de um futuro comportamento criminoso desconsiderando as contingências? A resposta parece ser negativa. Então por que submeter os sujeitos que passam pela prisão a essa medida? Qual sua intencionalidade? Que conceitos são evocados para justificar tal procedimento?²⁹

Corroborando as críticas ofertadas à exigência do exame o posicionamento do Conselho Federal de Psicologia (CFP) que editou a resolução de nº 0009/2010, regulamentando a atuação do psicólogo no sistema prisional³⁰.

Em seu art. 4º, “a”³¹, demonstrando sua contrariedade ao exame criminológico como forma de prever comportamentos, o CFP vedou a participação de psicólogos na elaboração de laudos criminológicos que tenham por objetivo instruir pedidos de progressão de regime ou livramento condicional. Em nota o Conselho Federal de Psicologia esclareceu os motivos que levaram a edição da resolução mencionada:

A Resolução 009/2010 é resultado de debates realizados sobre o uso do exame criminológico para concessão de benefícios legais, como livramento condicional ou progressão de regime. Entende-se que não é possível realizar tal prática sem considerar a eficácia do modelo de privação de liberdade, ou seja, as condições de execução da pena, que são variáveis importantes e que interferem no processo de avaliação. Não é possível concluir o que ocorrerá com aquelas pessoas, considerando apenas as suas características e condições individuais, sem problematizar todo o processo e os elementos oferecidos para a suposta ressocialização ou superação de fatores que o levarão a cometer novos delitos³².

E continua:

Ao vedar a realização do exame criminológico pelos psicólogos, os Conselhos de Psicologia têm claro que este exame nunca contribuiu para o desenvolvimento de políticas de continuidade, ou seja, acompanhamento do preso ou atendimento psicológico. Ao contrário, ele leva à substituição de acompanhamento sistemático e contínuo dos indivíduos pela simples rotulação, que pode beneficiar ou a prejudicar os sujeitos, sem que contribua com soluções para os problemas identificados pelos profissionais psicólogos – presentes no comportamento dos indivíduos, mas também no contexto, na sociedade, nas relações em que cada ser está inserido. Ademais, o exame criminológico gera expectativas reducionistas e simplistas quanto à possibilidade de prever o comportamento futuro do preso, visto que o comportamento é fruto de um conjunto amplo e diversificado de determinantes. [...] Pode-se questionar também a forma como são realizados os exames criminológicos, os quais, ainda que não mais previstos em Lei, são solicitados para ser realizados em pouco tempo e em condições impróprias, levando à tomada de decisão em processos de soltura de pessoas que podem não corresponder às condições adequadas para a convivência social (grifo nosso)³³.

Diante das manifestações do Conselho Federal de Psicologia, constata-se que até mesmo os psicólogos, profissionais que fazem parte da equipe multidisciplinar responsável pela realização do exame criminológico

29 BRASIL. Ministério da Justiça. *Parecer CNPCP sobre exame criminológico para progressão de regime*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F1AD397ITEMID2D0D9AD3507E4A849A6385DC6AD105D5PTBRIE.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

30 Conselho Federal de Psicologia. *Resolução n. 009/10*. Regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional. Disponível em: <http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010_009.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2015.

31 Art. 4º. Em relação à elaboração de documentos escritos: a) Conforme indicado nos Art. 6º e 112º da Lei nº 10.792/2003 (que alterou a Lei nº 7.210/1984), é vedado ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvam práticas de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado. Conselho Federal de Psicologia. *Resolução n. 009/10*. Regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional. Disponível em: <http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010_009.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2015.

32 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Nota sobre a Resolução CFP que, ao regulamentar a atuação do psicólogo no sistema prisional, impede a realização do exame criminológico pela categoria*. 2010. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/nota-sobre-a-resolucao-cfp-que-ao-regulamentar-a-atuao-do-psicologo-no-sistema-prisional-impede-a-realizacao-do-exame-criminologico-pela-categoria/>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

33 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Nota sobre a Resolução CFP que, ao regulamentar a atuação do psicólogo no sistema prisional, impede a realização do exame criminológico pela categoria*. 2010. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/nota-sobre-a-resolucao-cfp-que-ao-regulamentar-a-atuao-do-psicologo-no-sistema-prisional-impede-a-realizacao-do-exame-criminologico-pela-categoria/>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

co, fazem críticas muito semelhantes àquelas apontadas pelos demais autores. Verifica-se a ineficiência do exame como instrumento para prever a reincidência, funcionando como mecanismo de reforço ao direito penal do autor a pretexto de se garantir a segurança social sabidamente inalcançável por essa via.

Trata-se de exercício de previsão de condutas pautado em alguns indícios que não têm o condão de serem determinantes da conduta do agente. Se não é possível defender a existência da periculosidade como a predeterminação do indivíduo ao crime, tampouco há possibilidade de se mensurar essa determinação, o exame criminológico não encontra razão para subsistir pela inexistência de seu próprio objeto.

4. CONCLUSÃO

O momento atual, com a elevação do processo à instituição constitucionalizada, mostra-se propício ao debate acerca do ativismo judicial, especialmente quando se constata que, cada vez mais, o Judiciário vem sendo proclamado pela sociedade como a função capaz de sanar seus anseios e as lacunas deixadas pelo legislativo e executivo. A sociedade, no afã de ver suas demandas atendidas, acaba por aceitar, ou clamar, por uma conduta pró-ativa do Judiciário sem, contudo, observar as normas constitucionais que permeiam o processo imitam e legitimam o exercício da função jurisdicional.

Considerando-se os caracteres do modelo da atual jurisdição constitucionalizada, a atividade jurisdicional não pode confundir-se com uma atuação preponderantemente política, de forma a substituir a atividade política exercida pelo Legislativo. Esse contexto resultaria no fenômeno do ativismo judicial.

O ativismo judicial, além de conferir poder criativo aos órgãos jurisdicionais, mostra-se como mecanismo por meio do qual o magistrado ou Tribunal, ao proferir decisões, pode invalidar normas criadas pelo Legislativo ou criar critérios limitadores de sua aplicabilidade, de acordo com o que a ideologia do julgador presume ser justo e adequado ao caso concreto. Retira, pois, a legitimidade do cidadão, conferida pela Constituição, de elaborar as normas por meio de seus representantes eleitos, passando os órgãos jurisdicionais a assumir a função de criação e gestão das normas.

Nesse sentido, a norma editada pelo Congresso Nacional vai sendo relativizada e, aos poucos, substituída por sentenças. O Judiciário, pois, passa a funcionar como um 'poder moderador', responsável por validar e corrigir os atos emanados pelas demais Funções do Estado.

Ao desvincular o órgão jurisdicional dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, afasta-se do ideal de um Estado de Direito Democrático. Nesse tipo de Estado, as normas vinculam o Estado-judiciário funcionando como um limitador do arbítrio dos órgãos que o compõem. O ativismo judicial, pois, pode comprometer a democracia processual e, por conseguinte, a construção de um Estado de Direito Democrático ante a relativização das normas em face do subjetivismo do julgador.

Nesse contexto, a Súmula Vinculante nº 26 mostra-se como verdadeiro exemplo de manifestação do ativismo judicial. Isso porque com o advento da Lei nº 10.792, em 2003, e a consequente alteração da redação do artigo 112 da LEP, verifica-se que a previsão de realização do exame criminológico foi expurgada do nosso ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, quando a súmula vinculante nº 26, em 2009, trouxe a possibilidade de realização de exame criminológico, ela fez mais do que firmar entendimento acerca de tema controverso: restabelece um instituto que havia sido derogado por lei.

E é exatamente quanto ao aspecto da inovação que a súmula vinculante nº 26 se destaca entre as demais: a referida súmula não somente firmou o entendimento acerca da possibilidade de exigência do exame criminológico, como também inovou no ordenamento jurídico ao reintroduzir a redação derogada do parágrafo único do art. 112 da LEP. Não se trata de interpretar um ou outro dispositivo legal de forma a optar pelo

entendimento mais condizente com o texto constitucional. O dispositivo legal no qual se baseia a súmula simplesmente não trata mais do instituto, de forma que não se tem nessa hipótese mera interpretação, mas, sim, inovação.

Em outros termos, quando o Judiciário, por meio do STF, editou uma súmula com efeito vinculante acrescentando ao nosso ordenamento um instituto que não mais estava previsto, fez mais do que interpretar: legislou. Mostra-se como exercício de atividade legislativa típica, porém, por órgão que não tem essa como sua principal atribuição.

Por fim, cabe ainda mencionar que, conforme bem destacou o Ministro Marco Aurélio, ao proferir seu voto contrário à edição da súmula, esta pretende criar requisito à concessão dos benefícios da LEP por interpretação analógica em prejuízo do condenado. O prejuízo mostra-se claro tomando por base a demora na concessão do benefício quando pendente de realização de exame criminológico por determinação do magistrado.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. As modificações introduzidas nos arts. 6 e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 48, p.179-193, maio/jun. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jun. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Parecer CNPCP sobre exame criminológico para progressão de regime*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F1AD397ITEMID2D0D9A-D3507E4A849A6385DC6AD105D5PTBRIE.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf>. Acesso em: 06 out. 2014

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 75 de 2007*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena, quando se tratar de preso condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/9342.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

BRASIL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado nº 75, de 2007, de autoria do Senador Gerson Camata, que altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena, quando se tratar de preso condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=24088>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

BRASIL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 190, de 2007, que altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/68465.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1948. Versión española de José Li3n Depetre.

CARVALHO, Salo de. O papel da perícia psicol3gica na execu33o penal. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Moç3o contra o exame criminol3gico*. Disponível em: <<http://www.cprj.org.br/documentos/2009-mocao-contra-exame-criminologico.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Nota sobre a Resoluç3o CFP que, ao regulamentar a atuaç3o do psic3logo no sistema prisional, impede a realizaç3o do exame criminol3gico pela categoria*. POL, 2010. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/nota-sobre-a-resoluco-cfp-que-ao-regulamentar-a-atuao-do-psicologo-no-sistema-prisional-impede-a-realizacao-do-exame-criminolgico-pela-categoria/>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

Conselho Federal de Psicologia. *Resoluç3o n. 009/10*. Regulamenta a atuaç3o do psic3logo no sistema prisional. Disponível em: <http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010_009.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdiç3o constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey: 2004

GUERRA, Gustavo Rabay. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicializaç3o da política e das relaç3es sociais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 4. 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/136/132>>. Acesso em: 06 out. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KOLKER, Tania. A atuaç3o dos psic3logos no sistema penal. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Org.). *Psicologia jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro. 2.ed. Rio de Janeiro: NAU, 2009. (Ensino da Psicologia).

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execuç3o penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NEGRI, André Del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Nucci, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Edmundo. *O delinqüente por tendência*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SANTOS, Fernanda Barbosa; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hermenêutica a favor da tutela dos direitos fundamentais no processo penal. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2008, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 33. ed. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelaç3o do direito in concreto. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, v.14, p.5-17, nov./dez. 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIEIRA, José Ribas; GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. (Edição Especial Direito). Disponível em: <[http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20re visado.pdf](http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20re%20visado.pdf)>. Acesso em: 6 out. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.