

Atividade Probatória na Execução Penal

Renato Marcão

Jurista. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Autor de vários livros jurídicos, dentre eles: *Curso de Processo Penal*; *Curso de Execução Penal*; *Tóxicos*; *Crimes de Trânsito*; *Estatuto do Desarmamento*; *Crimes contra a Dignidade Sexual*; *Execução Penal*; *Lei de Execução Penal Anotada*; *Crimes Ambientais e Prisões Cautelares*, *Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*.

Engana-se profundamente quem pensa que a produção de provas só se faz possível na fase de investigação e durante o curso do processo de conhecimento.

No processo de execução, de igual forma, e sob as mesmas condições, é intensa a atividade probatória.

Por aqui também se aplicam os princípios sobre prova; as regras sobre a distribuição subjetiva do ônus da prova; os momentos da prova (proposição, admissão, produção e valoração); os meios de prova etc.

Incidem também os princípios da legalidade, individualização da pena, intranscendência ou personalidade da pena, da razoabilidade, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, juiz natural, presunção de inocência (sim, presunção de inocência quanto aos fatos novos, surgidos no curso da execução, como ocorre com a imputação de falta grave, p. ex.), persuasão racional ou livre-convencimento, obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), dentre outros.

Já no art. 8º da LEP verificamos situações em que o executado será (ou poderá ser) submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da pena.

O exame criminológico constitui *prova técnica*, a ser elaborada por profissionais capacitados.

Para obter progressão de regime, o executado deverá *provar* que atende aos requisitos do art. 112 da LEP, e para tanto, é incumbência sua demonstrar que cumpriu o tempo de pena exigido para a hipótese e que ostenta bom comportamento carcerário, a ser materializado em atestado de conduta fornecido pelo diretor do estabelecimento em que se encontrar.

Há quem entenda que ainda é possível a realização de *exame criminológico* para a finalidade de apurar a presença, ou não, de requisito subjetivo para progressão de regime (LEP, art. 112), com o que não concordamos.

No sentido de que o juiz pode determinar a realização do exame, temos a Súmula Vinculante 26 (STF)¹ e a Súmula 439 do STJ.²

Ainda em sede de progressão de regime, quando se tratar de crime praticado contra a administração pública, para obter o benefício, além dos requisitos genéricos o executado deverá *provar* a reparação do dano causado ou a impossibilidade de fazê-lo (CP, § 4º do art. 33).

A regressão de regime com base no art. 118 da LEP é providência que só pode ser adotada

1. Súmula Vinculante 26: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico" (DJe 238, de 23-12-2009, p. 1).

2. Súmula 439: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada" (DJe de 13-5-2012).

se ficar *provada* a prática de falta grave, por *documento e/ou testemunha*, assegurada a ampla defesa e o contraditório com a possibilidade de *oitiva do executado em juízo*, quando então poderá *confessar* ou *negar o deslize*, *apresentar álibi*, indicar *testemunhas*, fornecer *prova documental* e ainda propor *outros meios de prova* para a apuração do fato. Nesse particular, calha ressaltar que, se depois de produzidas as provas permanecer eventual incerteza a respeito do cometimento da falta, a dúvida deverá ser resolvida em favor do executado.

Para obter remição de pena, é preciso *prova documental* dos dias de trabalho ou de estudo, conforme dispõe o art. 126 da LEP.

Para a declaração de perda dos dias remidos, também é preciso *prova* do cometimento de falta grave (LEP, art. 127).

Dentre outras situações, também é preciso *produzir prova* quando se pleitear: 1) a concessão de livramento condicional, sua suspensão ou revogação; 2) violação de deveres relacionados com o monitoramento eletrônico; 3) seja reconhecido o descumprimento de pena restritiva de direitos; 4) a avaliação de eventual causa de revogação do *sursis*; 5) o reconhecimento da cessação da periculosidade, e 6) a extinção da punibilidade, pela morte do executado.

Intensa, portanto, a *atividade probatória no campo execucional*, e para ela devem estar aparelhados tecnicamente os operadores do direito, pena de negação a garantias fundamentais que interessam a toda a sociedade.

Como disse ROBERTO LYRA, é preciso “modernizar sempre sua caixa de ferramentas: o martelo da lei, o serrote da jurisprudência, os pregos e os parafusos da doutrina”.

E arrematou: “O principal é o direito corrente, a lei aplicada, a seleção, a organização, a crítica dos julgados. Quem ensina, estuda, defende, acusa, decide, não pode dispensar esses instrumentos de ação”.³

³. *Formei-me em direito... E agora?* Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1956, p. 67.