

Machine Learning for Súmulas Vinculantes

Law: Beatriz Sabdin Chagas, Carla Marcondes Damian, Ana Clara Macedo Jaccoud,
Pedro Burlini de Oliveira

Math: Henrique Hennes, Jorge Poco, Jean Roberto Ponciano, Lucas Resck, Raphaël Tinarrage

PROGRESSÃO DE REGIME EM CRIMES HEDIONDOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: uma análise empírica pela Súmula Vinculante 26

REGIME PROGRESSION FOR HEINOUS CRIMES IN BRAZILIAN SUPREME COURT (STF): an empirical analysis of Súmula Vinculante 26

**Ana Clara Macedo Jaccoud
Pedro Burlini de Oliveira
Raphaël Tinarrage**

Resumo

Uma das principais discussões que circundam a execução penal dos crimes hediondos, é a possibilidade de exigência de exame criminológico como requisito para progressão de regime. Isso porque, esse exame já foi obrigatório em Lei, a qual após revogada gerou uma lacuna, que a Súmula Vinculante nº 26 (SV 26) do Supremo Tribunal Federal buscou colmatar. Frente a tal lacuna e as discussões emergentes, foi realizado um estudo empírico sobre o comportamento de casos no STF que pedem a progressão de regimes para condenados por crimes hediondos ou assim equiparados, verificando as nuances da aplicação dos requisitos para essa progressão. Para tanto, a pesquisa contou com uma produção empírica baseada em métodos de Machine Learning, a partir da criação de um modelo treinado para identificar decisões do STF relacionadas à SV 26. Além disso, o artigo apresenta uma exposição teórica sobre aspectos dogmáticos do exame criminológico e sua expressão jurisprudencial do STF. A partir dessa verificação, foram expostas descobertas sobre a persistência da exigência do exame e sobre a concentração de processos no STF tratando da progressão de regime nesses tipos de crimes.

Palavras-chave: Exame criminológico; Progressão de regime; Súmula Vinculante 26; Crimes hediondos; Machine Learning.

Abstract/Resumen/Résumé

One of the main discussions surrounding the regime progression in heinous crimes is the possibility of demanding a criminological examination as a critério for regime progression in heinous crimes. That is because this examination was once mandatory in law, which after being revoked generated a gap that the Supreme Court's (STF) Súmula Vinculante nº 26 (SV) aimed to meet. With this gap and emerging discussions in mind, An empirical study was carried out on the behavior of cases that ask for the progression of regimes on heinous or similar crimes, verifying the nuances of applying the criteria for this progression. For this, the article relied on an empirical production of STF decisions on the subject based on Machine Learning methods, as well as having a theoretical exposition on this examination and its jurisprudential expression of the STF. From this verification, findings were exposed about the continuous incidence of the tool and the concentration of cases in the STF about the schere progressivos in these types of crimes.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminological examination; regime progression; STF's Binding Precedent 26; Heinous crimes; Machine Learning.

1 INTRODUÇÃO

O atual sistema penal brasileiro evidencia uma questão latente de complexa resolução: o problema do hiperencarceramento. Como verificado pelos dados divulgados pelo órgão ligado ao Ministério de Justiça e Segurança Pública, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no Brasil há, pelo relatório publicado em 2021, em relação a esse mesmo ano, mais de 750 mil pessoas presas em unidades prisionais e carceragens das delegacias. Destes apenados, conforme o mesmo departamento, cerca de 45,92% se encontram no regime fechado, de modo que a população carcerária aumentou em 3,89% com relação à 2018. Nesse contexto, cumpre ressaltar que, conforme o mesmo estudo, o regime fechado atualmente concentra mais de 300 mil pessoas condenadas em cumprimento de pena nesse regime. Além disso, o regime fechado tem maior prevalência entre a população encarcerada em virtude de crimes hediondos, sendo certo que até recentemente havia vedação legal para progressão de regime em tais delitos. Como solucionar, então, a situação do excesso de pessoas em regime fechado? O próprio sistema penal oferece uma solução para esse problema: a progressão de regime, que é, não só um direito dos apenados, mas também uma forma de diluir a população carcerária em regimes menos gravosos e menos superlotados, a partir do preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos pelos apenados.

Surge, diante disso, uma nova pergunta: quais são os critérios e óbices ao redor da progressão de regime, um direito do preso e potencial solução para um dos maiores problemas do sistema penal? Uma delas, da qual esse artigo tratará, é a controvérsia acerca do uso do exame criminológico para a progressão de regime em crimes hediondos. O exame é, em muitos casos, em especial nos de crimes hediondos, determinado como um dos requisitos para a progressão de regime e usado de forma indiscriminada, apesar de não ser mais previsto como obrigatório em Lei, sendo atualmente apenas objeto da Súmula Vinculante nº 26 (SV 26) do Supremo Tribunal Federal. Enunciado esse que estabeleceu, então, que o exame pode ser pedido, desde que fundamentado pelo magistrado. Ocorre que, na prática, não é dessa forma que muitos casos ocorrem, ou seja, não raro a decisão judicial que exige o exame como requisito para progressão de regime carece de justificção, o que não só infringe a SV 26, como se apresenta como óbice para o direito à progressão de regime dos presos por crimes hediondos, pois, como será exposto à frente, esse exame é moroso e não padronizado.

O sistema constitucional oferece um ferramenta processual para esses casos, em que a defesa do apenado busca demandar do magistrado a aplicação da SV 26, qual seja, a Reclamação.

Assim, a análise dessas Reclamações concernentes à SV 26, possibilita a aferição quanto aos requisitos para a progressão de regime e uso do exame criminológico para os crimes hediondos, bem como os usos e motivações de tais decisões judiciais.

Frente a esse cenário, a presente pesquisa buscou, então, estudar o uso desse exame para progressão de regime em crimes hediondos, a partir das Reclamações e outros veículos processuais no STF fundamentados na Súmula Vinculante nº 26, a partir do contexto apretnado da progressão de regime enquanto direito do apenado e forma de diminuir a lotação do regime fechado. Para tanto, foi realizada preliminarmente, no tópico 2, uma análise teórica, conduzida a partir de um estudo de bibliografias já publicadas, para explicitar os conceitos e histórico de todos os institutos em questão. Em seguida, foi conduzido, na seção 3, um estudo empírico desta súmula, que se baseou em métodos de Machine Learning, para a criação e treinamento de um modelo para identificar decisões que tratam de progressão de regime em crimes hediondos e seus requisitos. Com o modelo e suas descobertas, realizou-se uma análise qualitativa dos dados encontrados, a partir da transposição visual desses dados em gráficos que foram também analisados. A partir disso, buscou-se traçar um estudo sobre a forma, frequência e concentração da aplicação dos exames criminológicos. Por fim, apresentaram-se, na seção 4, as conclusões, bem como as perspectivas futuras quanto a esse tema.

2 HISTÓRICO DO USO DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO DE REGIME DE CRIMES HEDIONDOS

A fim de se compreender o uso do exame criminológico ao longo do tempo, mostra-se importante traçar um breve histórico contextualizado acerca de sua confecção no bojo da progressão de execução da pena, bem como sua utilização e legitimação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 PROGRESSÃO DE REGIME PARA CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O surgimento da categorização de crimes hediondos vem com a Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XLIII, a partir da previsão de que crimes definidos como “hediondos” pelo legislador seriam inafiançáveis e insuscetíveis à graça e à anistia.

A partir da previsão constitucional, em 1990, o Congresso Nacional editou a lei nº 8.072, qualificando quais crimes previstos no Código Penal seriam classificados como hediondos e equiparados a esta categoria¹. Além da previsão do rol de crimes, a lei estipulava tratamento mais gravoso a eles, com o texto original, em seu art. 2º, §1º, proibindo a progressão de regime. À época, houve uma reação de parte do campo jurídico brasileiro, que atestava que a proibição de progressão de regime seria manifestamente contra o instituto da individualização da pena e o caráter ressocializador da pena (BITTENCOURT, 2018, p. 929).

Como aponta o professor Nilo Batista, a palavra “hediondo” (e logo, esta definição) não detém “denotação técnico-jurídica”, sendo uma invenção do constituinte, mesmo que outros ordenamentos jurídicos na história, como o romano, elencassem alguns crimes como *mais gravosos* do que outros (ROCHA et al., 2022, p. 108). Para o Professor Nilo, a única interpretação possível e legal da denominação “hediondo”, capaz de justificar o grave tratamento dispensado a esse tipo de crime pela Constituição, lhe conferindo maior objetividade, seria a de “*reprovação moral, que pode incidir sobre elementos tão díspares quanto o meio empregado ou a quantificação do dano*” (2003, p. 346), apreciação esta, contudo, raramente aplicada pelos magistrados na prática.

A primeira ruptura da proibição de regime para crimes hediondos ocorreu em 1997, com a publicação da lei nº 9.455, que disciplinava o crime de tortura. Esta lei criava uma exceção para aplicação da lei dos crimes hediondos no crime de tortura, prevendo que a pena para este crime *iniciaria* no regime fechado - ou seja, haveria possibilidade de progressão de regime. Dessa forma, parte da doutrina passou a pressionar pela *analogia in bona partem*, para que a exceção aplicada ao crime de tortura tornasse-se a regra dos crimes hediondos (BITTENCOURT, 2018, p. 929). Em um momento inicial, o esforço se mostrou inócuo, com o Supremo Tribunal Federal, em 2003, editando a súmula nº 698, que explicitava que, dentro dos crimes hediondos, o regime inicial fechado era apenas próprio do crime de tortura.

A partir de uma mudança de paradigma, em 2006, o STF no julgamento do HC 82.959/SP, julgou inconstitucional o § 1º do art. 2º da lei de Crimes Hediondos, tornando possível a progressão de regime. O interessante deste julgamento é que o STF adotou eficácia *erga omnes*, se tratando de controle incidental de constitucionalidade, devendo ser aplicado por todo ordenamento jurídico. A partir de então, não havendo lei específica que previsse como se daria a progressão de regime para condenados a crimes hediondos e equiparados,

¹ Para se entender o porquê de haver a promulgação da lei dos crimes hediondos, recomenda-se a obra de Alberto Silva Franco, 2005.

aplicava-se a eles o requisito genérico de progressão de regime previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal (LEP), de número 7.210/84.

Em resposta a uma ausência de requisitos mais duros para a progressão de crimes hediondos, o Legislativo, de forma rápida, publica em 2007 a lei nº 11.464/07. A nova lei substituía o cumprimento integral de pena no regime fechado pelo cumprimento obrigatoriamente *inicial*, conferindo nova redação ao §1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, além de criar requisitos mais difíceis para progressão de regime de condenados por crimes hediondos e equiparados. Segundo Arlas, é interessante notar que o legislador determinou a máxima fração do cumprimento de pena em regime fechado, já que caso a aumentasse mais, a progressão de regime ficaria inútil (2018, p. 64). Definido o histórico e propósito do instrumento de súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, cabe destacar um breve histórico da formulação da Súmula Vinculante nº 26.

No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 26, pacificando de vez o tema. O texto da súmula observa a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da redação original da lei dos crimes hediondos e atesta a possibilidade de requerer o exame criminológico como requisito para obtenção da progressão. É interessante notar que o STF agiu sem fundamentação legal, pois, como se analisará mais a frente, não há em nosso ordenamento jurídico previsão para realização do exame criminológico como requisito *para a progressão de regime* desde 2003, a partir da extinção do parágrafo único do art. 112 da LEP pela lei nº 10.792/03.

Como toque final, é importante perceber como o tema encontra-se nos dias de hoje. A partir da aprovação do “Pacote Anti-Crime”, em 2019, os crimes hediondos e equiparados possuem novos requisitos de progressão de regime, atendendo ao exposto da nova redação do artigo 112 da LEP. Já no STF, encontramos duas teses, contraditórias e coexistentes, sobre a inconstitucionalidade da nova redação do §1º, artigo 2º, da lei 8.072/90, trazida pela lei nº 11.464/07. O primeiro entendimento, proveniente do julgamento do HC 111.840/ES, é de que não se pode declarar que todo condenado a crime hediondo ou equiparado terá que cumprir pena *inicialmente* em regime fechado, declarando inconstitucional a nova redação do §1º, art. 2º, da lei supracitada. O segundo entendimento, proveniente do julgamento do HC 123.316/SE pela Primeira Turma do STF, é de que apenas os condenados por crime de tortura, por sua maior gravidade, devem ser obrigatoriamente submetidos ao regime inicial fechado.

É digno de nota que em decisão muito recente, a Quinta Turma do STJ, no HC 631.739/SP, no início de agosto deste ano, determinou como se aplica a SV 26. Para a Quinta Turma, o pedido de progressão de regime para condenados por crimes hediondos e

equiparados deve ser fundamentado não apenas na gravidade do delito, mas também a partir do histórico concreto do apenado durante seu encarceramento.

Tendo em mente como se deu o histórico da conquista de possibilidade de progressão de regime para condenados por crimes hediondos e equiparados, vale fazer algumas observações sobre o instrumento do exame criminológico, apontado pela Súmula Vinculante nº 26.

2.2 O INSTRUMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO

Diante das discussões sobre a Súmula Vinculante nº 26, cabe analisar o conceito e o contexto da ferramenta do exame criminológico ao qual esse enunciado faz referência, bem como a justificação penal da psicologia para a aplicação desse Exame.

Fazendo um breve panorama do seu contexto de criação, tem-se que o Exame Criminológico, de acordo com Mayrink (1972), deve sua origem principalmente à Escola Criminológica Positivista, que aliava a biologia e a psicologia ao estudo da criminologia. Com o entendimento de que características biológicas e psicológicas seriam determinantes para o cometimento de crimes, sendo a manifestação criminosa considerada uma patologia, surgiu com Lombroso, Ferri e Garófalo (BARATTA, 2002, p. 38) a ideia de submeter os “criminosos” a exames para analisar a presença do comportamento criminoso pelo viés da biologia e psicologia.

A partir dessa herança da Escola Criminológica Positivista, foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro o Exame Criminológico, conceituado como uma avaliação, conduzida por psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, de elementos psicológicos e de personalidade relacionados ao apenado (DA COSTA, 1972, p. 21). A inserção desse exame foi positivada na Lei de Execução Penal (LEP), Lei 7.210/84, que, em sua redação original, previa o exame criminológico como requisito obrigatório para que o apenado progredisse de regime prisional. O art. 112 da referida lei, impunha, além do requisito objetivo do tempo de cumprimento decorrido para a progressão, o requisito subjetivo do exame criminológico. Contudo, a Lei 10.792/03, que trouxe alterações à LEP, modificou esse artigo, estipulando, então, que o art. 112 passaria a vigorar com a estipulação de que o requisito subjetivo seria atestado pelo bom comportamento carcerário. A partir disso, tem-se, então, que o exame não mais teria caráter obrigatório e por não estar mais previsto no ordenamento, a partir desta abolição em 2003, o pedido de exame criminológico ele se tornou ilegal, a partir do princípio da legalidade da Administração Pública, que só pode atuar a partir de definição de lei. Se não

há previsão, o juiz não poderia atuar pedindo esse exame. A que pese, cabe ainda destacar o papel da Súmula Vinculante 26, que será melhor aprofundado a frente, de restituir esse cenário de possibilidade de pedido do exame para progressão de regime em crimes hediondos. Isso porque, após esse enunciado, se restabelece a possibilidade do pedido do exame a ser realizado, conforme sondado pelo Instituto de Ciências Penais: “O que efetivamente ocorre em razão da pressão e exigência do Ministério Público e do Poder Judiciário pela continuidade da utilização do exame, demonstrando que persiste a valoração do exame criminológico na decisão judicial.” (INÁCIO, 2020).

Segundo Álvaro Mayrink da Costa (1972), tem-se que do ponto de vista doutrinário, o exame foi instituído no sistema penal com o objetivo de promover a individualização da pena, em uma lógica de que para que a pena atinja seu fim de prevenção e reeducação, seria necessário analisar se há risco de o apenado voltar a cometer crimes. Essa clara reminiscência da Escola Criminológica Positivista dá ao exame um caráter de análise biopsicossocial, para aferir se a dinâmica delitiva ainda está presente e se o indivíduo já está apto para a convivência sem novos delitos.

Cumprido ressaltar que o exame criminológico não é padronizado, não há um modelo de exame para todos os apenados, nem mesmo padronização quanto aos profissionais que aplicam, podendo ser psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais. Além disso, por não ter modelo nem determinação do profissional a realizar, ele tende a ser moroso e aumentar ainda mais o tempo do apenado no regime mais gravoso do qual ele pretende progredir. O juiz ao pedir e obter o laudo do exame criminológico, não precisa seguir o que está disposto nele, o magistrado ainda tem discricionariedade para decidir por qualquer caminho, independente das constatações técnicas dispostas no laudo. Esses fatos abrem margem para diversas críticas, que, apesar de não serem foco desse estudo, ressoaram sobre o Conselho Federal de Psicologia. Esse órgão realiza diversas críticas a esse exame, na Resolução CFP 012/2011, que dispõe sobre a conduta do psicólogo no sistema penal, e na Nota técnica sobre a suspensão da resolução CFP 012/2011, que discorre sobre uma suspensão judicial da mencionada resolução, como disposto na dita nota:

“Uma avaliação psicológica pressupõe rigores éticos e técnicos, que preconiza o consentimento da pessoa avaliada e não uma submissão obrigatória, tal como se caracteriza o exame criminológico. Como agravante, há no ambiente prisional ampla precariedade de condições e recursos, impedindo muitas vezes uma atuação qualificada e ética dos profissionais da Psicologia, especialmente no que tange às práticas de avaliação psicológica.” (Nota técnica sobre a suspensão da resolução CFP 012/2011 - 10 de abril de 2015)

Além disso, esses documentos ainda se aprofundam nas críticas, sendo taxativos quanto à incompatibilidade entre a profissão do psicólogo e a realização de Exames Criminológicos, explicitando que esse exame vai em desacordo com o Código de Ética Profissional do Psicólogo. Isso porque, conforme o CFP, o exame desrespeita os princípios da profissão de psicólogo, podendo até configurar negligência do psicólogo que o realiza, dado que não é técnico-científico, se aproximando mais a previsões superficiais que há uma análise psicológica, conforme dispõe o psicólogo Freitas (2013), “tivemos que nos instrumentalizar a partir de nossa prática, inclusive nos recusando a ocupar um lugar que, se é que existe, não nos pertence. FUTURÓLOGO”. Conclui-se assim, que esse instituto do Exame Criminológico é controverso e não tem respaldo da comunidade da psicologia.

Importante notar, no entanto, que as críticas da comunidade de psicologia ao exame criminológico não impactam significativamente a existência do exame criminológico no ordenamento e sua aplicação. Isso porque, como mencionado, esse exame pode ser realizado não só por psicólogos, mas também por assistentes sociais e psiquiatras. Além disso, a resolução do conselho não é determinante em termos da proibição dos psicólogos.

Estando claro o conceito e especificações da aplicação do exame criminológico que é foco do estudo da análise sobre a aplicação da Súmula 26, passa-se às disposições sobre o instituto da Súmula e desse enunciado.

2.3 A INSTITUIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 26

Como um instrumento jurídico, a Súmula Vinculante surgiu na reforma do judiciário em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45. Como corte superior do direito, o Supremo Tribunal Federal, idealmente, deveria julgar casos pontuais, mas no Brasil havia uma percepção de que se chegava uma quantidade excessiva de casos com demandas muito repetitivas a esse órgão de cúpula do judiciário (MORAES, 2021, p. 827). A partir de uma análise detalhada no art. 103-A da Constituição, onde o instrumento está previsto, é possível perceber que a súmula vinculante tem como objetivo, no Brasil, não apenas aumentar a eficiência do Judiciário, mas também uniformizar as decisões deste poder em todo o país, a partir de um entendimento único sobre dada matéria (CHAGAS et al., 2022).

Definido o histórico e propósito do instrumento de súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, cabe destacar um breve histórico da formulação da Súmula Vinculante nº

26. Em dezembro de 2009, o STF publicou a Súmula Vinculante 26.² A manifestação da Procuradoria Geral da União era, à época, a de que este instrumento seria resolutivo de duas questões principais: a retroatividade ou não da lei 11.464/07 e a possibilidade ou não de o juiz determinar a realização do exame criminológico na avaliação de progressão de regime prisional. Havendo sido declarada inconstitucional a impossibilidade de progressão de regime, era necessário assentar o entendimento acerca do uso da nova lei no tempo. Não estava claro se os crimes hediondos cometidos antes da publicação da lei (em 28 de março de 2007) seguiriam os lapsos da nova lei ou o antigo lapso de $\frac{1}{6}$ previsto no artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP), aplicado até que norma mais específica fosse elaborada. Contudo, como farta a jurisprudência de que a lei não pode retroagir em prejuízo do réu, pouca controvérsia foi gerada pelo problema de qual requisito de progressão de pena adotar. Decidiu-se que, condenados por crimes hediondos e equiparados entre a primeira declaração de inconstitucionalidade e a edição da lei de 2007 deveriam seguir o exposto no então artigo 112 da LEP, com os requisitos genéricos de progressão de regime.

Constata-se, no entanto, que é na segunda parte da Súmula, sobre a utilização de exame criminológico, que reside a maior disputa, orientada, sobretudo, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), representada pelo doutor Rafael Ramia Muneratti na ocasião do debate de criação do verbete. Baseando-se no princípio da individualização da pena, o STF estabeleceu, através da Súmula Vinculante 26, que poderia ser determinada a realização desse exame, desde que o pedido fosse idoneamente fundamentado pelo juiz. Segundo o Ministro Dias Toffoli na discussão da criação da súmula, essa já era a interpretação que a Primeira Turma vinha fazendo nos processos. Para eles, a lei superveniente apenas aboliu a exigência ao exame, mas não a faculdade do juiz, pelo poder geral de cautela, de requisitar perícias.

Em contrapartida, a corrente desfavorável à aprovação do verbete, voto vencido representado na Corte apenas pelo ministro Marco Aurélio, defende que normatizar a realização do exame criminológico mediante justificação do pedido pelo juiz de execução seria estar agindo erroneamente, em nome do Poder Legislativo, excedendo os limites da competência legislativa derivada. A exigência de realização deste exame, vale lembrar, havia sido derogada pela lei 10.792/2003, que suprimiu o parágrafo único do 112 da LEP. Procedimentalmente, não foi suprimida a necessidade de avaliação do mérito do condenado para concessão do benefício da progressão de regime, mudando apenas a maneira pela qual

² Vale citar, em 2010, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) publicou a Súmula no 439, de mesma natureza, com redação: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.".

este mérito era comprovado, agora a partir do comportamento, que não poderia ser considerado nem mau, nem péssimo. Desta forma, a partir do princípio da legalidade na Administração Pública - que explicita que o Poder Público só pode agir a partir do previsto em lei -, argumenta-se que o Judiciário não poderia pedir o exame criminológico, já que este não estava mais positivado. Sob este viés, entende-se que basear a "fundamentação idônea" em um julgamento de valor sobre o próprio crime seria prática *bis in idem* ao apenado, já condenado mais severamente por ter cometido um crime considerado mais gravoso pelo legislador, i.e. um crime hediondo. Esta linha argumentativa defende, então, que não caberia a uma súmula vinculante trazer uma exigência já abolida por lei e não mais exigida como prática recorrente na maioria dos tribunais executivos do país. Além disto, defendem ainda que o exame burocratiza demasiadamente os pedidos de progressão, já que entre a elaboração do regime e o julgamento do pedido, mesmo que o réu já possuísse o lapso de progressão e o bom comportamento, poderia ainda passar meses aguardando seu benefício, o que, em última instância, contribuiria para a precarização do sistema penitenciário, desumanizado e superlotado. É esta a tese defendida pela Defensoria Pública de São Paulo, então representada pelo doutor Rafael Muneratti à época do debate da súmula, baseada na tese 53 desta entidade (DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO, 2009).

Apoiando este posicionamento vencido, estava também o Conselho Federal de Psicologia. Em 2003, estimaram que cerca de 80 mil condenados com pedido de progressão já protocolado na vara de execução criminal, possuindo todos os outros requisitos objetivos e subjetivos necessários, aguardavam apenas o parecer do exame criminológico para a progressão. (STF, 2009) Além disso, já se pronunciaram extensivamente repudiando a confecção do exame no bojo da progressão de pena e desaconselhando eticamente todos os profissionais sobre sua tutela a o conduzirem, no documento "Diretrizes para atuação e formação de psicólogos do sistema prisional brasileiro" (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2007) brasileiro A subjetividade dos conceitos de periculosidade e de irresponsabilidade penal não encontram pacífico entendimento na doutrina e, por isso, dificilmente se conseguiria utilizá-los como critério isonômico entre os presos. Ademais, argumentam que um gasto expressivo seria necessário para criar e manter comissões de avaliação em todos os presídios, movimento que não encontra recepionalidade nas escassas verbas destinadas ao sistema prisional.

Como já visto acima, a segunda declaração de inconstitucionalidade, do mesmo artigo 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos - agora com a redação de 2007, dada pela lei nº 11.464 - surge primeiro em 2012 (HC 111.840/ES), mas é reafirmada em 2017, no ARE 1.052.700.

A partir dessa declaração, seria inconstitucional decretar que *todo* culpado por crime hediondo ou equiparado iniciasse o cumprimento de pena em regime fechado, definindo-se que isto também feriria o princípio de individualização da pena. Agora, a decisão do regime inicial de cumprimento de pena desses condenados deveria observar o artigo 33 do Código Penal. Vale ressaltar, essa declaração de inconstitucionalidade não altera em nada a Súmula Vinculante 26, que já prevê a possibilidade de cumprimento de pena ao condenado por crime hediondo comparado no regime semiaberto - apenas o que muda é que o regime semiaberto pode ser o primeiro regime que o apenado enfrenta.

É interessante notar que, ao contrário da primeira declaração de inconstitucionalidade, não houve nenhuma reação posterior do Congresso Nacional. O decidido pela Súmula Vinculante continua em vácuo legislativo: não há lei que fale sobre especificidade do requisito de exame criminológico na progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados até agora. Além disso, o Congresso ainda não derrubou o atual artigo 2º, §1º da Lei dos Crimes Hediondos, apesar da sua declaração de inconstitucionalidade.

3 ANÁLISE EMPÍRICA DA UTILIZAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 26

Tendo sido esclarecido o contexto por trás do instrumento da Súmula Vinculante 26 e sua definição no ordenamento jurídico brasileiro, cabe apresentar como se deu nosso trabalho.

A partir da apresentação do instrumento da Súmula Vinculante nº 26 e o histórico de seu contexto no Brasil, podemos tratar como realizamos a análise empírica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo de nosso estudo é identificar como se deu a aplicação desta Súmula ao longo do tempo. Para realizar o primeiro objetivo, mais difícil, deveríamos analisar *todas* as decisões do Supremo Tribunal antes da criação da Súmula em questão e categorizá-las como passíveis da aplicação da Súmula e de seu tema ou não.

A fim de concluir essa tarefa quase impossível, utilizamos o método de *Machine Learning*³, que foi treinado para identificar, sozinho, como qualquer caso é relacionado com a SV 26 ou não - basicamente. Assim, inicialmente trabalhamos a partir de um conjunto de dados de decisões que aplicavam a Súmula Vinculante 26 a fim de entender *como se dava uma decisão que utilizava este instrumento*.

³ Entende-se por *Machine Learning* aqui algoritmos preditivos (no nosso caso, de classificação), treinados a partir de um conjunto de dados. Para uma descrição completa do(s) modelo(s) utilizado(s), referir a [cit], um texto metodológico, também de nossa autoria, com explicações precisas.

O conjunto de dados utilizado em nosso trabalho foi aquele oferecido pelo projeto *Supremo em Números*⁴, que consiste em um conjunto de decisões produzidas pelo STF entre os anos de 1988 e 2018. Para atingir o objetivo da análise - a utilização da SV 26 -, selecionamos apenas as decisões, tanto monocráticas quanto em colegiado, sobre os temas “Direito Penal” e “Direito Processual Penal”, áreas correlatas ao texto da Súmula, o que resultou na seleção de 151.765 documentos.

A análise desses 151.765 documentos se deu em algumas etapas. Primeiro, transformamos os documentos em vetores, a fim de poder utilizar os métodos usuais de análise de dados (utilizamos a transformação TF-IDF). Em segundo lugar, ajustamos um modelo de classificação (usamos a regressão linear), para que ele pudesse reconhecer automaticamente o que fazia uma decisão ser uma decisão que trabalha com a Súmula Vinculante 26. Para realizar esta etapa, utilizamos decisões que citam explicitamente a SV 26 como "documentos modelos" (565 casos). Finalmente, aplicamos o algoritmo de classificação em todos os vetores criados anteriormente. Este algoritmo é descrito em detalhes em nosso artigo metodológico (CHAGAS et al., 2022).

O algoritmo de detecção automática permitiu identificar quais decisões do STF anteriores à criação da Súmula, mas sobre o seu tema. Estes casos foram identificados pelo nosso modelo, de forma autônoma, com hiperparâmetro limiar de 0,5. São precisamente os casos que falam de progressão de regime de crimes hediondos ou equiparados. A partir dos resultados, conseguimos determinar quantas demandas que chegaram ao STF antes da criação da súmula poderiam ter sido resolvidas, a princípio, por sua publicação.

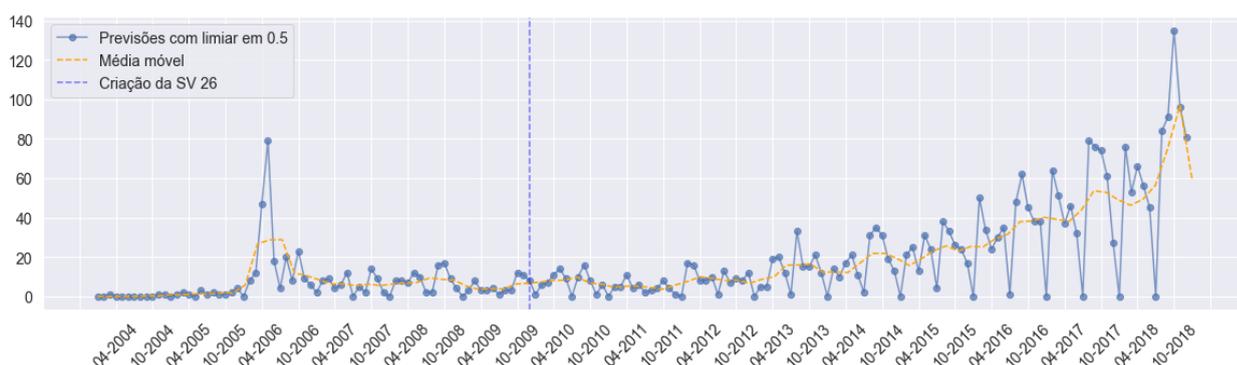
A partir de nosso trabalho empírico, chegamos a algumas conclusões sobre o instituto da Súmula Vinculante 26 e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira, aparente já pela verificação manual de cada decisão que utiliza a Súmula Vinculante n° 26, é que apenas 53,3% dos casos que citam a SV 26 que chegam ao STF analisam o mérito da Súmula - ou seja, quase a metade dos casos da Súmula não criam efeitos jurídicos e nem resolve disputas, gerando apenas mais trabalho para o Tribunal. É o caso de decisões de Ministros que pedem mais informações sobre o caso em questão a órgãos públicos ou anulam o processo por algum tipo de vício (CHAGAS et al., 2022). Nesse aspecto, um trabalho futuro pode demonstrar se o grande número de decisões que não trata sobre a demanda principal do processo é apenas específica da Súmula Vinculante 26. Talvez, os instrumentos de

⁴ Além de manter um importante banco de dados de decisões do STF, o Supremo em Números fez inúmeros estudos de jurimetria da corte, como pode ser visto em (PEREIRA; WERNECK ARGUELHES; DA FRANCA COUTO FERNANDES DE ALMEIDA, 2020) e originou outros tantos trabalhos (CORREIA et al., 2019; RESCK et al., 2022).

reclamações ou habeas corpus - os principais meios por que agentes ajuizam ações da SV 26 - tenham no sistema jurídico a característica de terem uma alta porcentagem de vícios processuais. Além disso, vale mencionar que casos de progressão de regime também apresentem mais resoluções a partir de perda superveniente de objeto, com o condenado tendo progredido de regime ou tendo sido liberto à época que o caso chegou aos Tribunais Superiores.

A segunda observação é o comportamento dos documentos correlacionados ao texto da SV 26, seja antes, seja depois, de sua edição, presente na Figura 1. Pelos resultados, houve um pico de casos chegando ao STF, logo em 2006, que pode ser explicado pela declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da lei de Crimes Hediondos, no HC 82.959/SP⁵. A partir desta decisão, acreditamos que parte do ordenamento jurídico brasileiro buscou no STF a resposta como proceder para a realização de progressão de regime para condenados a crimes hediondos e equiparados, não acreditando que a simples aplicação do instituto básico de progressão de regime previsto no então artigo 112 da LEP. Uma hipótese para a explicação a brevidade deste pico é a discussão, no Congresso Nacional, de um projeto de lei que previsse uma progressão de regime para os condenados por crimes hediondos e equiparados mais severa do que aquela presente na LEP⁶.

Figura 1 - Número absoluto de documentos detectados com probabilidade acima de 0.5 por mês, de 2004 a 2018 (azul escuro) e sua média móvel (laranja tracejado). O ano de criação da SV 26 (2009) é destacado pela linha vertical azul tracejada.



Com a edição da SV 26, em 2009, houve uma baixa momentânea de casos desta temática no STF, com um aumento significativo a partir do segundo semestre de 2015. Antes

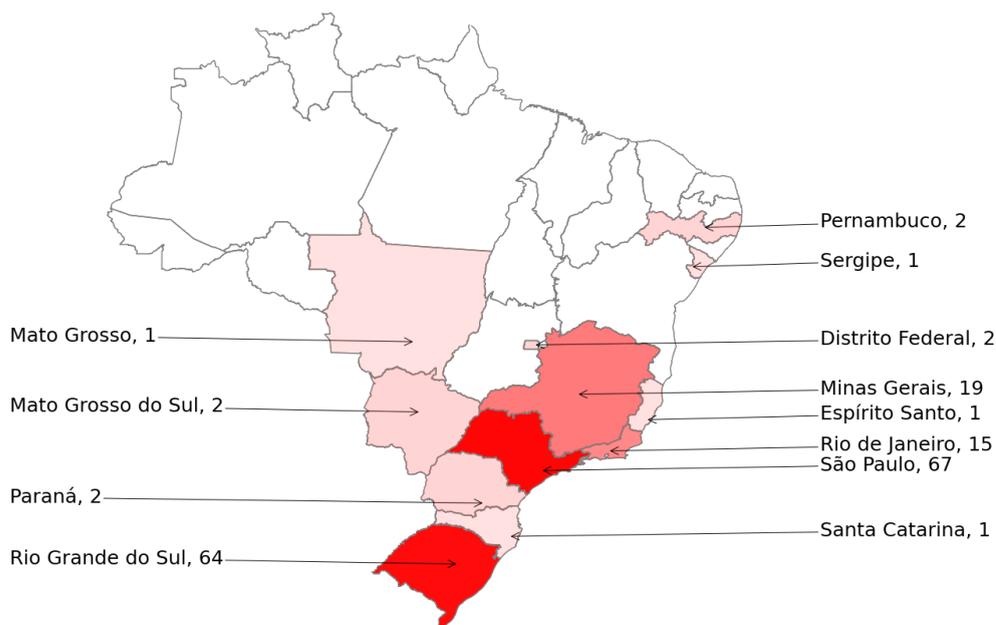
⁵ O Anuário da Justiça de 2011 também observou um aumento de pedidos de progressão penal para crimes hediondos no STJ. Aponta o relatório que, de 2004 para 2005, houve um aumento de 45%, enquanto de 2005 para 2006, de 87%. <https://www.conjur.com.br/2011-mai-29/numero-pedidos-habeas-corporus-stj-dobra-tres-anos>

⁶ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=318362>

de oferecer uma tentativa de explicação deste aumento, vale mencionar outras descobertas - a origem das decisões temáticas à SV 26 que chegam ao STF e o teor dos pedidos que chegavam a este Tribunal.

A partir da edição da Súmula Vinculante 26, houve uma mudança da origem dos processos que chegavam ao Supremo sobre progressão de regime em crimes hediondos. Se antes havia uma concentração de casos principalmente entre Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais, após o aparecimento da SV 26, São Paulo passou a ser responsável por 81% dos casos, como podemos ver pela Figura 2. A partir deste dado, podemos afirmar que a Súmula Vinculante 26 conseguiu reduzir o número de casos em todo território nacional, menos em São Paulo.

Figura 2 - Número de documentos estimados pelo modelo, antes da criação da SV 26, por Estados

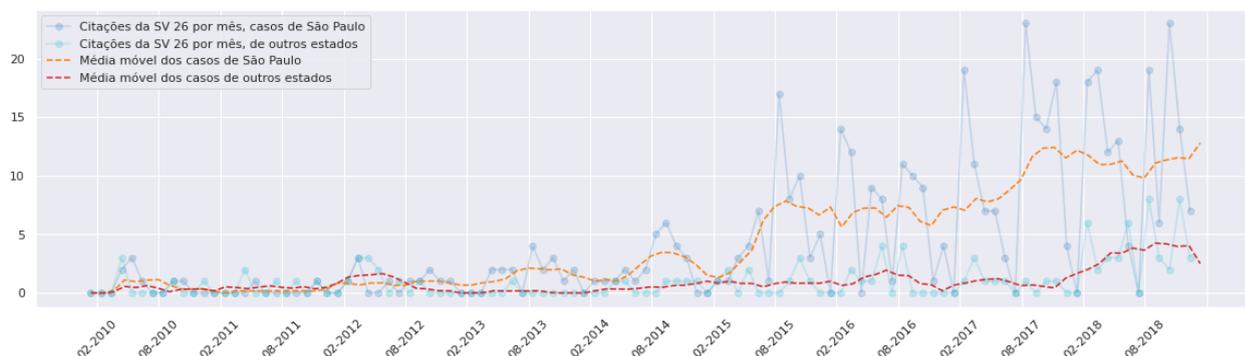


Desta maneira, é o Estado de São Paulo o único responsável pelo aumento de casos observado a partir do segundo semestre de 2015. Além disso, pela visualização manual dos documentos, observamos uma mudança no teor dos *pedidos* a partir do tempo. Quanto mais próximo da data de edição da Súmula, mais os pedidos se concentram em *como* realizar a progressão de regime. Quanto mais distantes de 2009, mais os pedidos se concentram em *como fundamentar a necessidade* do exame criminológico - instituto que antes não aparecia nos pedidos.

Mesmo que nossa pesquisa não tenha objetivo outro a não ser a descoberta do comportamento das citações da Súmula Vinculante 26, nos arriscamos a lançar uma hipótese institucional para este pico observado estritamente por SP. Assim, acreditamos na necessidade de uma pesquisa futura, fundamentada em uma área do saber próxima à Sociologia, para a compreensão real do que cria esta diferença entre São Paulo e o restante do país, muito bem observada na Figura 3.

O Estado de São Paulo apresenta, historicamente, a maior população carcerária do país, como observado pelos relatórios anuais do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)⁷. No estudo mais recente do DEPEN, realizado entre julho e dezembro de 2021, o Estado concentrava 30,26% da população carcerária em celas físicas do país. Outro dado interessante é que, no mesmo intervalo, São Paulo apresentou 34,84% das incidências em crimes hediondos e equiparados no país - um número muito alto em relação ao restante dos Estados (DEPEN, 2021).

Figura 3 - Número de documentos que citam a SV 26, provenientes de São Paulo ou não



A partir desses dois dados, acreditamos que a concentração de casos relacionados à Súmula Vinculante 26 em SP se dá pela alta concentração de crimes hediondos neste Estado. Dessa maneira, o Estado ser a origem da maior parte dos casos no STF seria um desdobramento natural de ser o Estado com maior população carcerária do país. É interessante notar que os municípios que o algoritmo detectou como principais originários das reclamações/HCs que utilizam a SV 26 são justamente aqueles detêm penitenciárias de

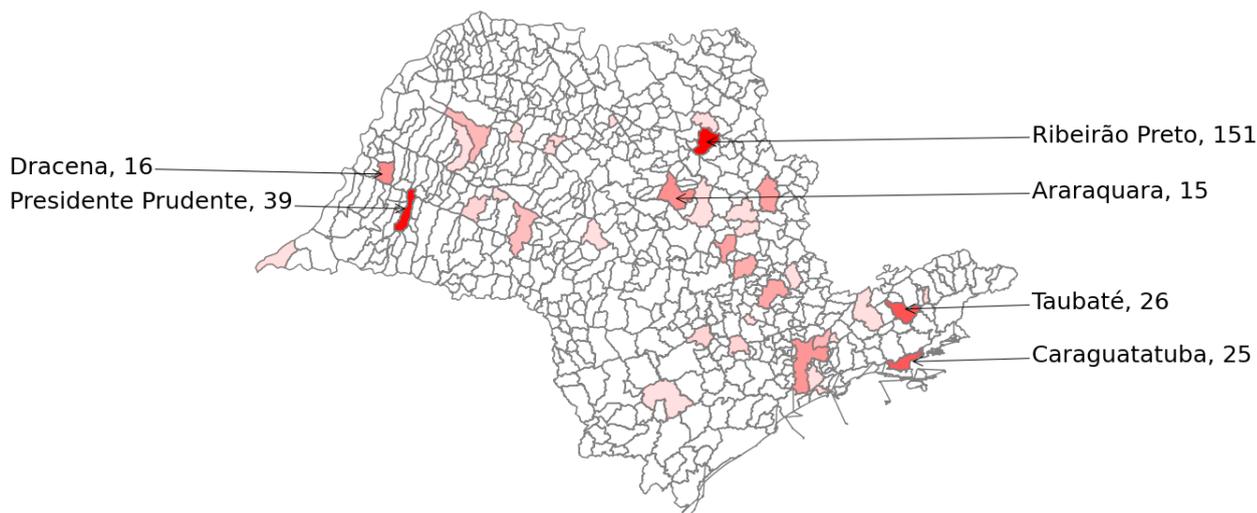
⁷ Nesse sentido, dado de 2006

https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/caop_crim/INFORMA%C3%87%C3%95ES_PENITENCI%C3%81RIAS/relatorio_2016_22111.pdf (p.9); dado de 2015

<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/06/estudo-revela-que-sp-tem-maior-taxa-de-encarceramento-de-negros-do-pais.html>; dados de 2011 (AMARAL, 2016).

regime fechado, como aponta a relação entre a Figura 4 e o mapa das penitenciárias do Estado de São Paulo oferecido pela Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo (2021).

Figura 3 - Número de documentos em São Paulo citando a SV 26, por município



Pela análise manual dos casos, percebemos que, a partir de 2015, a DPESP começa a impetrar Reclamações e Habeas Corpus, a partir da utilização da SV 26, que pedem pela reavaliação da *fundamentação* da negação de progressão de regime de seus assistidos. Não sabemos precisar porque justamente isto ocorre a partir de 2015, mas acreditamos que esta defesa vem a partir da contestação da instituição de que o pedido de exame criminológico seria ilegal por parte dos juízes da Execução Criminal, e que a fundamentação deste pedido exclusivamente a partir da constatação de que o condenado cometeu crime hediondo ou equiparado seria uma prática de *bis in idem*, pois o condenado já foi julgado mais penosamente por seu crime, seguindo ainda a aplicação da Tese 52 da DPESP.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, analisamos a progressão de regime para crimes hediondos e equiparados no Brasil a partir do instituto da Súmula Vinculante nº 26. Para esta análise, realizamos uma comparação entre decisões sobre este tema no STF antes e após a publicação desta Súmula, a partir de uma comparação manual e de métodos de *Machine Learning*, como observados em nosso artigo metodológico (CHAGAS et al., 2022).

Sob o viés teórico, ficou determinado que o histórico da progressão de regime para crimes hediondos passou por diversas fases, desde a proibição, antes da reforma do Judiciário,

até o momento atual, em que a progressão é permitida e não possui o critério subjetivo obrigatório do exame criminológico, que pode ser pedido, desde que seja fundamentado pelo magistrado, conforme a SV 26. Além disso, restou esclarecido que o exame é muito questionado, por entidades como o Conselho Federal de Psicologia e a própria instituição da Defensoria Pública de São Paulo, que entendem que esse exame sequer deveria continuar sendo aplicado.

A partir dessas conceituações, foram expostas as descobertas feitas pelo modelo de Machine learning. Assim, feita uma delimitação do comportamento das decisões sobre o tema no STF, pudemos perceber que a súmula teve um impacto inicial na diminuição de Reclamações e outros processos sobre a aplicação da Súmula 26. Desse modo, ficou evidente que a demanda mais discutida após a edição da SV 26 se referia à fundamentação do pedido de exame, de modo que além de aumentar a discussão sobre a fundamentação, o modelo apontou que os processos levados ao STF eram concentrados no Estado de São Paulo. A partir do modelo, detectamos que este Estado foi responsável por 81% das demandas presentes no STF, o que em uma análise pormenorizada faz sentido por ser a Unidade Federativa com maior população carcerária.

Por fim, acreditamos que, a partir das descobertas de dados presentes em nosso artigo, bem como da explicitação da teoria sobre a questão, futuros trabalhos possam explicar o comportamento observado por nossa pesquisa. Esperamos que essas constatações sobre o uso do exame criminológico, colaborem para uma aplicação verdadeiramente fundamentada e conforme a SV 26 do exame criminológico., para que o direito do preso a progressão de regime e o desaforamento do regime fechado no Brasil sejam concretizados.

5 REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino Do. **Habeas Corpus nos Tribunais Superiores** - Análise e proposta de reflexão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.

ARLAS, Leonardo Teixeira. **O Regime de Cumprimento de Pena Imposto aos Crimes Hediondos e Equiparados: uma análise acerca de sua constitucionalidade**. Trabalho de Conclusão de Curso, UFRGS, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Brasília, DF, 22 de dezembro de 2009. DJe nº 238/2009, p. 1.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. Outro Argumento Sobre Crimes Hediondos. *In: Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 344–348.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CORREIA, F. A. et al. An Exploratory Analysis of Precedent Relevance in the Brazilian Supreme Court Rulings. Proceedings of the ACM Symposium on Document Engineering 2019, 23 set. 2019.

DA COSTA, Álvaro Mayrink, **Exame Criminológico**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972, p.21.

CHAGAS, Beatriz Sabdin; DAMIAN, Carla Marcondes; TINARRAGE, Raphaël. **O impacto da Súmula Vinculante 26 na diminuição de demanda similar no STF: uma análise quantitativa por modelos de *machine learning***. Submetido à publicação. 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Tese 53**. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www2.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706>. Acesso em 28 ago. 2022.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** de Julho a Dezembro 2021. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Último acesso em 28 ago. 2022.

FREITAS, Cristiano Rodrigues et al. **Fragments de discursos (não tão amorosos) sobre o Exame Criminológico: Um livro falado**. Rio de Janeiro: Conselho Regional de Psicologia 5ª Região, 2013.

INÁCIO, Mariana Secorun; ALBUQUERQUE, Carolina de; VALANDRO, Caroline Linck Pinto. **O exame criminológico como retorno à criminologia positivista**. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 261-294, 2020. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p261-294.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Diretrizes para Atuação e Formação dos Psicólogos do Sistema Prisional Brasileiro**. Brasília, 2007.

PEREIRA, T.; WERNECK ARGUELHES, D.; DA FRANCA COUTO FERNANDES DE ALMEIDA, G. **VIII Relatório Supremo em Números : Quem decide no Supremo? : tipos de decisão colegiada no tribunal**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

RESCK, Lucas Emanuel; PONCIANO, Jean R.; NONATO, Luis Gustavo; *et al.* LegalVis: Exploring and Inferring Precedent Citations in Legal Documents. **IEEE Transactions on Visualization and Computer Graphics**, p. 1–1, 2022.

ROCHA, Mateus Barbosa; FREIRE, Paula Assunção ; MADEIRA, Hewldson Reis. A Evolução Da Lei Dos Crimes Hediondos Sob a Análise Da Teoria Do Direito Penal Do Inimigo De Gunther Jakobs. *In: Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e*

práticas 3. Paraná: Aya Editora, 2022, p. 105–119. Disponível em: <https://ayaeditora.com.br/Livro/21111/>. Acesso em: 25 ago. 2022.

SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DE SÃO PAULO. **Mapa das Unidades Penitenciárias de São Paulo.** Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/uni-prisionais/pen.html>. Último acesso em: 28 ago. 2022.

STF. **Pleno - Súmulas vinculantes.** YouTube, 17 dez. 2009. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=j99fVwUyFbM>. Acesso em: 20 ago. 2022.