



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

Francine Machado de Paula (Brasil)*

A inconstitucionalidade do exame criminológico como requisito para a concessão da progressão de regime prisional

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo abordar a inconstitucionalidade da utilização do exame criminológico como requisito para progressão de regime prisional. Nesse sentido, abordaremos os motivos que propiciaram o surgimento deste tipo de exame, bem como a forma em que o mesmo vem sendo realizado, e se podemos ou não dar a ele o caráter de científico tão aclamado por aqueles que defendem a sua manutenção no ordenamento jurídico. Buscaremos, assim, demonstrar sua inconstitucionalidade, seja em razão da inexistência atual de disposição legal expressa para tal imposição, seja em razão da restrição que o exame criminológico causa a direitos elementares, como o da liberdade de pensamento ou de convicção, bem como da ofensa aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório quando de sua realização.

Palavras-chave: processo penal, exame criminológico, regulação jurídica, responsabilidade do Estado, garantias constitucionais, legislação penal, Brasil.

ZUSAMENFASSUNG

Gegenstand dieser Arbeit ist die Verfassungswidrigkeit des Einsatzes von kriminologischen Untersuchungen als Vorbedingung für eine Erleichterung der Haftbedingungen. Dazu wird auf die Gründe eingegangen, die die Einführung dieser Untersuchung begünstigten, sowie auf die Art ihrer derzeitigen Durchführung. Ebenso wird der Frage nachgegangen, ob ihr die Wissenschaftlichkeit zugebilligt werden kann, wie sie von den Fürsprechern ihrer Beibehaltung in der Rechtsordnung vertreten wird. Dabei wird der Versuch unternommen, ihre Verfassungswidrigkeit nachzuweisen, und zwar aufgrund fehlender ausdrücklicher Rechtsgrundlagen für ihre Durchsetzung, aufgrund der mit der kriminologischen Untersuchung verbundenen Einschränkung von Grundrechten wie dem Recht auf Meinungs- und Überzeugungsfreiheit sowie aufgrund des Angriffs auf die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit, der effektiven Verteidigung und des rechtlichen Gehörs während ihrer Durchführung.

* Bacharel em Direito e Especialista em Ciências Penais pela PUC Minas. <francinedepaula@gmail.com>

Schlagwörter: Strafprozess, kriminologische Untersuchung, rechtliche Regelung, Verantwortung des Staates, Verfassungsgarantien, Strafgesetzgebung, Brasilien.

ABSTRACT

This study deals with the unconstitutionality of using criminological examinations as a requisite for progressing through the stages of the prison regime. It looks at the reasons that gave rise to this type of examination, the way it is being carried out and if it can be endowed with the scientific character hailed by those who defend its place in the legal system. We shall also try to show its unconstitutionality, whether due to the inexistence of any legal provision expressly requiring it or due to the restrictions which the criminological examination imposes on basic rights, such as freedom of thought or of conscience, or the infringement of the principles of legality, the full right of defence and of a contradictory procedure on occasion of its performance.

Keywords: criminal procedure, criminological examination, legal regulation, State liability, constitutional guarantees, criminal law, Brazil.

1. Introdução

Com a alteração da Lei de Execução Penal, promovida pela Lei 10.792/03, que não mais dispôs expressamente acerca da realização do exame criminológico para a progressão de regime durante o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, várias foram as discussões que surgiram acerca do assunto. Assim sendo, pergunta-se: diante do silêncio do legislador, estaria ou não o preso vinculado ao resultado de um exame criminológico para que a seu favor seja concedida uma progressão de regime?

De acordo com o atual artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP), para que seja dado ao preso o direito da progressão torna-se necessária a comprovação de dois requisitos, a saber: o cumprimento de 1/6 da pena e a comprovação de um bom comportamento carcerário, abonada pelo diretor do estabelecimento.

A título de ilustração, vale apenas ressaltar que antes do advento da citada Lei que modificou a LEP em 2003 o antigo artigo 112 continha expressamente em seu parágrafo único a possibilidade de realização do exame criminológico para comprovação da cessação da periculosidade do condenado, apenas quando necessário.

Embora não mais exista tal previsão legal, vale-nos aqui destacar que já existe atualmente projeto de Lei – PL 1294/2007 – em tramitação no Congresso Nacional para que haja o retorno da obrigatoriedade da realização do exame para a concessão do direito à progressão. Ocorre, contudo, que, apesar de a LEP não exigir mais a realização do exame criminológico, este vem sendo realizado em alguns casos como requisito para que uma possível progressão de regime prisional seja concedida.

O que nos cabe aqui analisar é a forma em que tal exame vem sendo realizado, bem como a sua validade científica, se é que podemos dar a ele tal caráter. Seria tal exame constitucional? Seria tal exame capaz de nos dar uma resposta segura acerca de uma futura e possível reincidência por parte daquele que está cumprindo uma

pena privativa de liberdade, ou seria ele apenas um instrumento de poder capaz de excluir por um tempo ainda maior do meio social pessoas previamente rotuladas como inadaptáveis ou perigosas para viver neste meio? Tais perguntas se pautam nas hipóteses que buscaremos discutir a partir de então.

2. O exame criminológico e os requisitos para progressão de regime exigidos pela lei de execução penal

O surgimento do exame criminológico remonta ao final do século XIX, quando Cesare Lombroso, pela primeira vez, afirmou sua necessidade como instrumento capaz de detectar o grau de periculosidade de determinados indivíduos tidos como criminosos potenciais, ou que possuíam uma “personalidade voltada para o crime”.

Assim sendo, a Criminologia passou a se utilizar de métodos científicos para analisar a conduta de determinados delinquentes e, através de saberes como a Psiquiatria, a Psicanálise e a Psicologia, começou a estudar a personalidade do indivíduo, estabelecendo com isso o seu quadro clínico para a provável (re)incidência ou não em condutas criminosas, momento este em que o fato criminoso praticado perdeu sua relevância face à detecção de uma suposta periculosidade do agente.

Atualmente previsto no art. 8º da Lei de Execução Penal, o exame criminológico representa, num primeiro momento, uma das etapas consistentes na individualização da execução da pena privativa de liberdade, decretada anteriormente em sentença penal condenatória irrecorrível. A partir dele, busca-se conhecer o indivíduo, recolhendo o maior número de dados possíveis sobre sua personalidade.

De acordo com estudos organizados na Europa pela ONU, no ano de 1951, o exame em apreço deve conter:

[...] (a) um *exame biológico* (físico em geral, que permitirá conhecer a oportunidade de exames especializados, os quais poderão ser o exame físico complementar praticado por um neurologista, o exame radiológico, o de radiologia clínica, o endocrinológico e o eletroencefalográfico); (b) um *exame psicológico*, que permite medir as faculdades, as aptidões e as realizações mentais, e descrever as características da personalidade; (c) um *exame psiquiátrico*, que não aspira a resolver as questões de enfermidade mental e responsabilidade criminal, senão aclarar os matizes da personalidade e do comportamento, que só o psiquiatra pode compreender, e, finalmente; (d) um *exame social*, realizado por um assistente social, cuja missão é conhecer a vida social do delinquente, participar de sua integração e contribuir para o tratamento.¹

Como podemos perceber, o exame é realizado por meio de um trabalho conjunto, desenvolvido por uma Comissão Técnica de Classificação, mais conhecida como CTC.

¹ Thompson. *Quem são os criminosos?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.29.

Ocorre, contudo, que embora exista este exame criminológico, propriamente dito e previsto no art. 8º da LEP, por qual passam todos aqueles condenados à pena privativa de liberdade no início de seu cumprimento, poderá o mesmo também ser realizado em momento posterior para se analisar, por meio de um parecer denominado “parecer criminológico”, a possibilidade ou não de uma progressão de regime prisional, que terá por base a suposta cessação ou não da periculosidade do agente.

Temos, assim, a possibilidade de realização de dois exames criminológicos no decorrer da execução de uma pena. Uma no início do seu cumprimento, para individualizar a execução penal, e outra, sobre a qual neste trabalho nos deteremos, para a concessão da progressão de regime, que deverá estabelecer se o condenado voltará ou não a praticar um novo crime.

O que vale aqui dispor é que a LEP, dentre seus dispositivos, elenca a possibilidade de progressão de regime para o preso, desde que sejam atendidos dois pressupostos expressamente instituídos, que são: o cumprimento de 1/6 da pena — desde que não se trate daqueles crimes tidos como hediondos² — e a comprovação de um bom comportamento carcerário por parte do agente.

Ocorre, contudo, que desde o ano de 2003, em que houve a supressão legal do exame criminológico como requisito para a concessão da progressão de regime, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que embora tenha o legislador, numa alteração, suprimido a obrigatoriedade do exame criminológico do texto da lei, sua análise pelo juízo da execução é facultativa, devendo o mesmo se utilizar de seus resultados — desde que o faça de forma fundamentada — para impedir a progressão de regime do preso. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça pacificou tal entendimento com a elaboração da Súmula de número 439, que apresenta a seguinte redação: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

Assim, é-nos apresentada a seguinte hipótese: mesmo já tendo cumprido 1/6 ou, dependendo do caso, 2/5 ou 3/5 de sua pena e não tendo praticado nenhuma falta grave no decorrer do seu cumprimento, apresentando portanto um ótimo comportamento carcerário, não terá o preso direito à progressão, devendo permanecer todo o tempo referente à sua condenação dentro do sistema prisional, se o mesmo for considerado perigoso aos olhos dos que sobre ele exercem o poder da investigação.

O primeiro ponto que nos cabe indagar é a legalidade de uma decisão que nega a progressão de regime para o preso com base em um exame criminológico, uma vez preenchidos os requisitos legais para sua concessão, quando a LEP nada diz a respeito de sua realização, nem sequer acerca de uma faculdade de realização do mesmo.

O novo entendimento do STJ se atém ao fato de que, desde que motivada a decisão, o exame pode ser exigido. Ou seja, mesmo que não previsto em lei, o preso pode ser, e na maioria dos casos será, submetido a uma avaliação de sua personalidade, avaliação esta que, dependendo dos resultados, pode impedi-lo de exercer o seu direito à

² Costa. *Exame Criminológico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.89.

progressão. Temos com isso a nova máxima dos Tribunais: desde que fundamentado, tudo é válido e legal.

Vale dispor, contudo, que a Constituição da República elenca entre as garantias do cidadão, em seu art. 5º, II, o direito de ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, tendo recepcionado de forma geral o princípio da legalidade.

A partir disso, já temos uma total incongruência face à Constituição em relação à exigibilidade da realização do exame criminológico e à vinculação do seu resultado a uma possível decisão de progressão de regime. Deve ficar claro que pelo princípio da legalidade ninguém pode ter um direito restringido sem que exista uma lei possibilitando tal restrição, sob pena de convivermos sob o manto de uma total insegurança jurídica. Ninguém pode ter o cumprimento de uma pena agravada, mesmo que a decisão para tal seja fundamentada, sem que haja um dispositivo legal que assim o permita.

Ora, apesar de alguns afirmarem que a intenção do legislador ao não mais dispor expressamente acerca da realização do exame criminológico para a progressão de regime, não foi a de acabar com a possibilidade de sua realização, assim não pensamos. Caso esta fosse sua vontade, teria mantido a antiga redação do parágrafo único do antigo art. 112 da LEP, que possibilitava a realização do mesmo nos casos em que este se apresentasse como necessário. Assim não o fez, havendo, portanto, uma flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade quando o mesmo é realizado e vinculado o seu resultado à negação do direito à progressão.

Além disso, como veremos a seguir, por mais que ainda fosse prevista a faculdade de realização do exame, em alguns casos, seu resultado ainda assim não poderia ser tomado como algo absoluto, por não estar envolto pelo caráter da cientificidade, embora no discurso se afirme o contrário. O que temos com o exame criminológico não passa, na verdade, da utilização de um discurso de saber-poder, que faz com que a “ciência” dite os rumos de um futuro que, embora no discurso se diga cientificamente previsível, jamais poderá ser, ao menos para o conhecimento humano.

3. O saber psiquiátrico e o poder que advém desse saber

O exame criminológico para progressão de regime representa atualmente um dos pontos nevrálgicos da relação que pode existir entre o saber jurídico e o saber psi. A elaboração de laudos acerca da personalidade do condenado, visando-se estabelecer um conhecimento científico a seu respeito e acerca de seus futuros atos, ultrapassa os limites da ciência para engendrar no mundo do desconhecido no momento em que se busca ditar a capacidade de alguém voltar ou não a delinquir, o que, dependendo dos resultados, pode garantir o retorno do preso à sociedade, ou mais propriamente dito, uma progressão do regime fechado para o semi-aberto, ou ainda, quem sabe, a concessão de uma possível liberdade condicional.

Os rumos da execução da pena, portanto, encontram-se absolutamente vinculados à Psiquiatria ou à Psicologia. Essa fusão entre o saber jurídico e o saber psiquiátrico

remonta ao século XIX, quando do surgimento de movimentos que buscavam explicar o crime através da análise de fatos pregressos da vida do indivíduo. Assim sendo, suas atitudes passadas, sua hereditariedade, seus vínculos sociais, suas supostas enfermidades, passaram a ser julgadas como critério determinante para a prática de um delito. Investiga-se a causa que teria levado o indivíduo a delinquir, e a partir disso os meios para controlá-lo.³

A medicina passou, portanto, a ser o braço direito do Direito Penal, na medida em que é a grande responsável por diagnosticar todo o passado de um indivíduo e, a partir disso, o “perigo” existente dentro dele. A medicina passou a construir uma “verdade científica” e, a partir dessa “verdade”, a vincular a Execução Penal, pois se é científico, é confiável. Diagnostica-se a periculosidade do condenado que, por ainda ser considerado perigoso aos olhos de alguns, provavelmente voltará a delinquir, sendo assim afastado por um tempo ainda maior da sociedade sob a justificativa, é claro, do tão famigerado discurso da defesa social. Salo de Carvalho, nesse sentido, nos atenta para o fato de que:

Não se deve olvidar que sob o signo da segurança, adjetivada por expressões abstratas como coletiva, nacional ou pública, ergueram-se os principais regimes autoritários. Em prol da Defesa Social, nota-se a tolerância institucional às ilegalidades contra os direitos do cidadão. A falsa dicotomia entre o social e o individual sustentou Estados de terror e legitimou guetos totalitários de exclusão como as instituições prisionais.⁴

O que nos interessa aqui é discutir até que ponto seria válido um diagnóstico cujo fim precípua é estabelecer a possibilidade de reincidência de um condenado. Seria ao menos plausível, para não dizermos possível, falarmos em “instrumento técnico-científico” ao nos referirmos ao exame criminológico, como muitos o denominam, quando com ele se busca prever um futuro? Uma mera previsão poderia tomar contornos de cientificidade para garantir uma progressão de regime ou, quem sabe, a expedição de um alvará de soltura?

Assim dizemos porque o que se busca com o denominado exame criminológico para progressão de regime é justamente isso. Por meio de critérios absolutamente subjetivos, uma equipe formada por psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, avaliam a personalidade do preso, se ele está ou não arrependido do fato criminoso que praticou e se poderá ou não praticá-lo novamente, passando a ditar assim todo o rumo de uma execução penal com base em uma mera probabilidade, em uma possibilidade de um comportamento futuro. Temos, porém, que ciência alguma é capaz de afirmar qual será o comportamento de alguém num determinado momento do tempo. Ciência

³ Para os crimes considerados hediondos, previstos na Lei 8.072/90, a progressão de regime só será permitida quando o agente cumprir 2/5 da pena aplicada, se primário, ou 3/5, se reincidente, conforme dispõe o art.2º, §2º da referida lei.

⁴ Foucault. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 35.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p.19.

alguma é capaz de dizer que determinado indivíduo, ao retornar à sociedade, voltará a praticar um novo crime, ou a reincidir em sua conduta anterior.

Este não parece ser, porém, o pensamento atual e um tanto quanto famigerado dos nossos Tribunais, que insistem em se utilizar do selo de verdade absoluta atribuído ao saber psi para ditar o destino de um condenado com base em um exercício de mera futurologia, já que uma vez solicitada a realização do exame para averiguar a possibilidade de progressão de regime do preso, seu resultado deverá obrigatoriamente ser acatado pelo juízo da Execução.⁵

Temos que o que se busca com tais exames, na verdade, é justamente dotá-los do caráter de “científicos”, pois uma vez assim considerados paira sobre os mesmos a ilusão de uma neutralidade que na maioria dos casos não existe.

3.1. O exame criminológico como mecanismo de exclusão e o preconceito escondido entre as linhas dos laudos

O que nos vale neste instante examinar é até que ponto tal exame pode ser considerado neutro. Será que a partir do momento em que se dá a ele o caráter de “científico” seus resultados são capazes de demonstrar apenas a real periculosidade de alguém, se é que isso seja possível, ou por trás dele podem existir julgamentos éticos ou de valores arraigados na vivência dos profissionais responsáveis por sua elaboração?

Como sabemos, nossa sociedade é dividida em classes, mostrando-se o Direito Penal como um dos grandes instrumentos capazes de proteger os interesses daqueles que detém um determinado poder econômico. As classes inferiores são sempre subjugadas e punidas por seu modo de ser, de pensar, de agir. Estabelece-se um modelo padrão, ao qual se encaixam os detentores do poder econômico, e todos aqueles que não se encontram padronizados sob este enfoque são considerados como diferentes, como inimigos, como seres perigosos. Tem-se no diferente uma ameaça, e para esta ameaça deve existir sempre algo que a neutralize. Podemos observar, desse modo, a utilização de dois tipos diferenciados de tratamento penal “(a) um para os infratores que pertencem às camadas socialmente aptas para a convivência e (b) outro para aqueles que não pertencem a elas”.⁶

Desse modo, a existência de um estereótipo criado pela sociedade como um todo, com a massiva participação da mídia, é capaz de orientar e conduzir a aplicação da lei penal que, via de regra, recai apenas sobre aquele setor mais desfavorecido socialmente.

Augusto Thompson, ao tratar do assunto, nos alerta para o fato de que noventa e cinco por cento dos presos integram a classe menos favorecida da sociedade.⁷ A partir desses dados, costuma-se chegar à “lógica” conclusão de que ser pobre significa ser

⁵ Carvalho. *Pena e Garantia*. 3ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juirs, 2008, p.191.

⁶ De acordo com as orientações do STJ, o exame criminológico é facultativo, porém, uma vez realizado, seu resultado deverá vincular a decisão do juiz em relação à concessão ou não da progressão de regime. Vale aqui ressaltar, contudo, que, embora este seja um posicionamento adotado pelo STJ, não há nenhum dispositivo legal que obrigue o juiz a acatar o resultado do laudo.

⁷ Zaffaroni. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.101.

também criminoso, de que o crime nada mais é do que uma manifestação direta das classes sociais mais baixas. Assim, uma vez estabelecidos os modelos dos possíveis cometedores de atos delituosos, a máquina repressiva é ajustada de modo a atacar e excluir esses possíveis descumpridores da lei da sociedade; porém agora se vale de um instrumento muito mais seguro, eficaz e “humano”, por ser dotado do caráter da cientificidade — cientificidade essa capaz de prever até mesmo o imprevisível.

Vale-nos indagar, porém, se os técnicos responsáveis pela elaboração destes laudos que atestam a periculosidade ou não do condenado estão ilesos a todos estes tipos de julgamentos e preconceitos existentes em relação a uma determinada classe social. Podem estes laudos emitir um parecer confiável acerca do caso, ou seriam eles apenas instrumentos de arbitrariedade e estigmatização? Analisa-se o condenado, mas quem analisa o “analisador”?

Cristina Rauter, ao abordar alguns casos em que foi requerido o exame para comprovação da cessação da periculosidade de alguns condenados, nos atenta para o fato de que, na maior parte deles, o técnico responsável por sua elaboração leva sempre em consideração a condição social do agente, nele engrendando o perigo simplesmente por fazer parte de um setor menos privilegiado da sociedade. Sob esse ponto de vista, vários são os momentos em que vemos expressos nestes laudos expressões tidas como sinônimos de uma periculosidade latente, tais como “pessoa pobre globalmente”, “o agente viveu no submundo da favela”, “possui falas com erros gramaticais”, “incapaz de boas respostas”.

Além desta base utilizada por alguns técnicos para afirmação da periculosidade do agente, não raras são as vezes em que o próprio delito praticado, e em virtude do qual foi condenado, é levado em consideração para atestar ou não o seu perigo.⁸ Nesse sentido, se praticou um crime de natureza grave, certamente possui um personalidade altamente desvirtuada e perigosa. Valora-se sua condição social e, como se não bastasse, valora-se mais uma vez o ato praticado, que deveria ser levado em consideração apenas no momento da aplicação da pena e não mais como condição de possibilitar ou não a progressão de regime. Desse modo, explícito está o caráter estigmatizante e excludente do exame criminológico, que muito longe está de se encontrar à mercê de impressões subjetivas dos profissionais que o realizam, apresentando-se o mesmo apenas como uma forma mais justificável e menos desumana, por ter em si o selo da cientificidade, de manter fora da sociedade pelo maior tempo possível os indesejáveis de sempre.

4. A periculosidade como critério de conceito indeterminado

Como exposto no decorrer do texto, o exame criminológico para o fim de concessão da progressão de regime tem por fim fornecer ao juízo da execução um retrato fiel da personalidade do preso, o que indicará a possibilidade deste voltar ou não a delinquir.

⁸ Thompson. *Quem são os criminosos?*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.32.

O que queremos demonstrar, contudo, é que embora o Direito Penal se utilize do critério da periculosidade para fazer recair sobre algumas pessoas as suas consequências, este é um critério absolutamente vago e impreciso.

Dizemos conceito vago e impreciso, porque ao realizar o exame criminológico, psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais precisam afirmar se a periculosidade do condenado cessou ou não; ou seja: os técnicos cientistas estabelecerão por meio de um laudo a possibilidade de o preso voltar a delinquir se a ele for concedida a progressão de um regime mais severo para um regime mais brando.

Assim temos que no discurso o que se afirma é a cientificidade do exame, porém não podemos jamais chamar de científico algo que não passa de uma previsão, de uma probabilidade, de um exercício de futurologia, pois ninguém é capaz de analisar com alguma certeza a possibilidade de quem quer que seja praticar um delito, ou voltar a reincidir em uma conduta anterior. O que temos que perceber, como bem destaca Virgílio Mattos, é que:

A lei infraconstitucional denuncia, ao mesmo tempo, a noção de periculosidade como um conceito inoperável juridicamente, pois a exigência de um atestado qualquer, em forma de laudo de ausência de periculosidade, de que qualquer um de nós jamais representará risco para a sociedade é absurda. O risco é inerente à sociedade e não pode nunca ser eliminado.⁹

O que vemos estampado neste exame, portanto, é a utilização de um Direito Penal de autor, de um Direito Penal do inimigo, em substituição ao Direito Penal de ato¹⁰ que, ao prever de antemão a periculosidade de alguns agentes, possibilita o aumento do tempo de cumprimento de uma pena em regime integralmente fechado em razão simplesmente de um prognóstico feito acerca da personalidade do condenado, ou seja, suprime-se um direito em razão de um modo de ser ou de pensar do indivíduo.

Ocorre, contudo, que todo e qualquer exame, em especial o criminológico, que tenha por objetivo medir a capacidade de alguém voltar a delinquir é absolutamente inconstitucional. Inconstitucional porque, em razão de sua subjetividade, não é passível de contestação em juízo. Se o saber psi é o grande responsável pela elaboração dos laudos, tendo seus técnicos o conhecimento científico necessário para avaliar tais casos, como aqueles que não possuem tal conhecimento poderão negar seus resultados?

Uma vez constatada a personalidade ainda perigosa do condenado no exame criminológico, cabe ao juiz apenas acatá-lo com o fim de negar ao mesmo uma progressão de regime. Dificilmente outro saber poderá ir contra os resultados obtidos e, ocorrendo isso, temos uma ofensa flagrante aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Uma vez dado o resultado, ninguém mais contra ele poderá se impor, mesmo que o preso tenha um ótimo comportamento carcerário e já tenha cumprido o

⁹ Ibrahim. *Previsibilidade de Comportamento do Apenado: uma missão totalmente impossível*. Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica, 1999, p.136.

¹⁰ Mattos. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.153.

quantum necessário de sua pena para ter direito à progressão. Temos assim que, mesmo se tal exame fosse capaz de prever um acontecimento futuro, como alguns afirmam ser, ainda assim seria inconstitucional por não possibilitar, dado seu caráter subjetivo, refutação sob o aspecto probatório.¹¹

Além disso, pode-se observar que:

A situação é mais grave na medida em que os juízes adotam os laudos como fundamento das decisões negatórias, violando ainda a garantia da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF e também no art. 59, parágrafo único, da LEP). A função do juiz fica reduzida a acolher os laudos e, com isso, há a perigosa fundição do modelo jurídico com o discurso da psiquiatria. E o perigo está no excesso de subjetivismo, pois o discurso jurídico é refutável, mas o da psiquiatria não. É a ditadura do modelo clínico.¹²

Outro ponto que não podemos deixar de expor é a forma como tais exames são realizados. Na maioria das vezes, naqueles locais em que não existe uma equipe multidisciplinar formada para realizar o exame o condenado é levado à unidade prisional mais próxima para que tal realização seja possível, sendo o condenado com isso submetido a uma avaliação por pessoas que o veem pela primeira vez.¹³ Ora, temos aqui algo absolutamente ilógico. Como avaliar se alguém deixou ou não de ser perigoso, se isso realmente é possível, sem nunca ter tido nenhum tipo de contato anterior com esse alguém? Seria isso possível?

Além disso, temos que no momento da realização do exame o preso é submetido a uma situação absolutamente desconhecida, em que suas respostas, embora ele acredite serem as certas para o momento, podem levar à construção de um parecer totalmente desfavorável à sua condição. Como salienta Rauter, “[...] um não em psicanálise pode ser entendido como um sim, uma discordância como mera resistência”.¹⁴

Ainda devemos alertar para o fato de que o preso tem o direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, e de permanecer em silêncio quando assim o desejar, sem que isso seja utilizado em seu desfavor.¹⁵ O que ocorre, contudo, é que tal silêncio costuma ser interpretado pelos técnicos como algo negativo, como um não arrependimento em relação ao delito praticado pelo agente.

¹¹ Como bem destacam Zaffaroni e outros: “Este direito penal supõe que o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais. Tal inferioridade é para uns de natureza moral e, por conseguinte, trata-se de uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico; para outros de natureza mecânica e, portanto, trata-se de um estado perigoso”. (Zaffaroni et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.131).

¹² Carvalho. *Pena e Garantia*. 3ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juirs, 2008, p.132.

¹³ Lopes Júnior. “A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal”. *Boletim IBCCRIM*, <<http://www.ibccrim.com.br>> (25/08/2010).

¹⁴ Ibrahim. *Previsibilidade de Comportamento do Apenado: uma missão totalmente impossível*. Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica, 1999, p.135.

¹⁵ Rauter. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.99.

Outra questão a ser colocada, e não menos importante, é a consideração daquilo que se encontra nos autos do processo como uma verdade absoluta acerca dos fatos. Se o condenado apresenta quando da realização do exame uma versão distinta daquela formulada em juízo e na qual se baseou sua condenação, isto será considerado em seu desfavor.¹⁶

Como já tivemos a possibilidade de expressar, as pessoas que hoje se encontram submetidas a uma pena privativa de liberdade pertencem em sua maioria esmagadora ao setor menos privilegiado da sociedade, o que raramente lhes torna possível contratar profissionais que possam realizar uma defesa efetiva de seus direitos em juízo. Se esse quadro é o que geralmente encontramos, como tomar os autos do processo como uma verdade absoluta, quando não podemos falar nem sequer na garantia de uma defesa efetiva?

A lógica é, portanto, além de excludente, extremamente perversa, pois além de o avaliado não ter sequer a possibilidade de conhecer os métodos científicos de avaliação aos quais será submetido, ainda precisa confirmar todas as versões dos autos, independentemente do modo como estas foram obtidas. Arma-se, assim, a armadilha, cujo objetivo é sempre pegar os mais desavisados e, por óbvio, menos favorecidos.

5. A inconstitucionalidade decorrente da função atribuída à prevenção especial positiva

Como sabemos, a Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos IV, VI e VIII, garante a todos a liberdade de consciência e de pensamento, o que abrange, portanto, a liberdade referente a valores éticos, morais e religiosos de qualquer indivíduo. Se isso é garantido a cada um como um direito, por que restringi-lo em relação ao preso até que nele sejam infiltrados determinados valores tidos por alguns como corretos? Seria legítimo dar à prisão a função de provocar uma transformação na personalidade do condenado, se o mesmo tem direito a uma autonomia moral?

Dizemos isso porque o que se busca com a realização do exame criminológico para progressão de regime é a comprovação de que o preso já absorveu os valores da instituição, mostrando-se assim ressocializado. Temos a prisão como o local destinado a realizar uma legítima “lavagem cerebral” de forma a construir no condenado uma personalidade adequada ou similar àquela anunciada pela classe hegemônica. Os valores éticos e morais precisam ser aqueles seguidos pelo “homem modelo”, pelos representantes da classe dominante.

Assim sendo, a manutenção do condenado por um tempo ainda maior no cárcere, sem que a ele seja possibilitado o direito de cumprir um regime menos severo, passa a ser justificada por sua não regeneração, por ainda não ter se arrependido de seu ato.

¹⁶ Lopes Júnior. “A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal”. *Boletim IBCCRIM*, <<http://www.ibccrim.com.br>> (25/08/2010).

Ocorre, contudo, que não cabe ao Direito, e muito menos ao Direito Penal, impor determinados tipos de condutas ou comportamentos a ninguém. Cada um tem o direito constitucional de ser aquilo que quer, de pensar o que deseja, de ser mau ou bom por excelência, sob pena de cairmos numa grande armadilha que confunde Direito e Moral. Desse modo, como relata Luigi Ferrajoli:

O Estado, além de não ter o direito de obrigar os cidadãos a não serem ruins, podendo somente impedir que se destruam entre si, não possui, igualmente, o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar etc. – a personalidade dos réus. O cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o *direito* de ser internamente ruim e de permanecer aquilo que é.¹⁷

Embora esta seja uma regra clara, e que deve ser observada por um Estado que se diga Democrático e de Direito, não parece ser esse o entendimento atualmente defendido. Isso porque ainda hoje se tem permitido negar a progressão de regime a condenados pelo simples fato de eles não se mostrarem recuperados, sendo lá o que isso signifique. Assim sendo, por se mostrarem fora dos padrões éticos e, portanto, serem “diferentes”, ainda não podem se juntar aos “iguais”.

O que temos que perceber é que o Direito Penal nada mais é do que uma ordem reguladora de condutas e não de personalidades humanas, não podendo, portanto, se utilizar de determinados instrumentos de poder, como é o exame criminológico, para restringir direitos elementares dos cidadãos. Não cabe ao Direito Penal impor determinados pensamentos éticos ou morais a ninguém, sob pena de ferir o âmbito de autodeterminação do indivíduo. Como bem nos lembra Zaffaroni:

O argumento é claro e convincente, dentro do esquema em que é oferecido, isto é, para uma teoria moral, mas ocorre que o direito não é uma teoria moral, e sim jurídica. A análise ética (no sentido aristotélico) tem conteúdo e não é facilmente retorquível, e, se o for, não é tarefa dos penalistas.¹⁸

Destarte, temos por inconstitucional qualquer tipo de exame que tenha por fim analisar a interioridade do indivíduo com o objetivo de introjetar no mesmo valores predeterminados. A utilização de toda esta política de “correção” ou de “regeneração”, decorrente da função de prevenção especial positiva atribuída à pena, não se coaduna com a liberdade moral e ética dada como direito a todo e qualquer cidadão. Não podemos mais considerar o crime como um mal que deve ser curado a todo e qualquer custo, sob pena de limitarmos totalmente e de forma direta garantias e direitos do condenado previstos em âmbito constitucional.

¹⁷ Rauter. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.99.

¹⁸ Ferrajoli. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208.

6. Conclusão

Diante de todo o exposto, temos que o exame criminológico nada mais é do que um jogo de previsões futuroológicas que dá vazão a decisões que, embora no discurso se digam pautadas em um saber científico, não passam de meras deduções ou suposições que se unem à máquina repressiva estatal para excluir por um tempo ainda maior do meio social todos aqueles rotulados como inadaptáveis e incorrigíveis pelos que exercem o poder. Esses exames não passam de instrumentos que visam conter todos aqueles tidos como inimigos fora da sociedade, pelo maior tempo possível.

Ocorre, contudo, que a manutenção da possibilidade de realização deste exame, sendo ela facultativa ou não, não pode prosperar em razão de sua clara inconstitucionalidade. A exigência do exame criminológico para progressão de regime é inconstitucional por agravar a situação do condenado, suprimindo-lhe direitos, sem que exista nenhuma previsão legal para sua realização, o que como já abordamos, viola o princípio da legalidade. Inconstitucional, ainda, porque não pode ser contestado em juízo, já que representa uma verdade absoluta atestada pelo saber psi, o que contraria o princípio da ampla defesa e do contraditório. Por derradeiro, o exame também é inconstitucional por ter a finalidade de investigar a personalidade do preso, impedindo-o de progredir de regime simplesmente por não pensar e não agir de acordo com um modelo ético e moral imposto por uma minoria, o que fere o direito à autonomia moral e ética do condenado.

Não podemos permitir, portanto, a utilização num Estado de Direito de critérios indenificados, vagos e, sob o ponto de vista probatório, incontestáveis, para agravar a situação do cumprimento de pena de qualquer condenado. Não podemos deixar de lado todas as suas garantias em prol de prognósticos teoricamente científicos que na realidade se expressam apenas como meros instrumentos de estigmatização e de exclusão. Não podemos nos conformar com a ideia, por fim, de que decisões sejam tomadas sob o amparo de avaliações cuja cientificidade é absolutamente duvidosa, no sentido de negar uma progressão de regime para o preso quando já cumpridos os requisitos legais expressos em lei de cunho temporal e comportamental, sob pena de agirmos, com isso, em flagrante inconstitucionalidade.

Referências bibliográficas

- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantia*. 3ªed. rev e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- COSTA, Álvaro Mayrink. *Exame Criminológico: execução penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais. 2006.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 24.ed. Petrópolis, Vozes, 2001.
- IBRAHIM, Elza. *Previsibilidade de Comportamento do Apenado: uma missão totalmente impossível*. Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica, 1999.
- LOPES JÚNIOR, Aury. “A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal”. *Boletim IBCCRIM*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.com.br>>.
- MATTOS, Virgílio. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* 2ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7ª ed. rev. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7.ed. rev. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.524.