

Exame Criminológico: um Estudo sobre Direito Penal do Autor, Populismo Penal e Ilegalidades

Criminological Examination: a Study on Criminal Author, Penal Populism and Illegalities

Examen Criminológico: un Estudio sobre el Derecho Penal de Autor, el Populismo Criminal y las Ilegalidades

Luciano Filizola da Silva¹
UNIGRANRIO

Submissão: 12/07/2024

Aceite: 12/09/2024

Resumo

O presente estudo visa realizar uma análise sobre as consequências do retorno do exame criminológico durante a execução da pena privativa de liberdade como condição compulsória para a concessão de progressão de regime, conforme a Lei 14.843/2024 que trouxe alterações à Lei 7.210/1984, bem como os sintomas que podem relacioná-lo às permanências positivistas, ao direito penal do autor e ao populismo penal, visto seu forte apelo midiático, a precarização de garantias constitucionais e o distanciamento da programação ressocializadora da pena, visto que se vincula à análises subjetivas fundadas na periculosidade do autor, comprometendo o sistema vicariante, além de se distanciar do respeito necessário à dignidade da pessoa humana do apenado e à garantia à intimidade. Trata-se de pesquisa qualitativa, cujo método de abordagem é o hipotético-dedutivo, mediante o emprego das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave

Exame Criminológico – Positivismo – Populismo – Constituição

Abstract

The present study aims to carry out an analysis of the consequences of the return of the criminological examination during the execution of the custodial sentence as a compulsory condition for granting regime progression, in accordance with Law 14,843/2024, which brought changes to Law 7.210/1984, as well as the symptoms that can relate it to positivist permanence, to the author's criminal law and to criminal populism, given its strong media appeal, the precariousness of constitutional guarantees and the distance from the resocializing programming of punishment, given that it is linked to subjective analyzes founded in the dangerousness of the author, compromising

the vicarious system, in addition to distancing itself from the necessary respect for the human dignity of the prisoner and the guarantee of intimacy. This is qualitative research, whose approach method is hypothetical-deductive, using bibliographic and documentary research techniques.

Keywords

Criminological Examination – Positivism – Populism – Constitution

Resumen

El presente estudio tiene como objetivo realizar un análisis de las consecuencias de la devolución del examen criminológico durante la ejecución de la pena privativa de libertad como condición obligatoria para el otorgamiento de la progresión de régimen, de conformidad con la Ley 14.843/2024, que introdujo modificaciones a la Ley 7.210/1984, así como los síntomas que pueden relacionarlo con la permanencia positivista, con el derecho penal del autor y con el populismo criminal, dado su fuerte atractivo mediático, la precariedad de las garantías constitucionales y el distanciamiento de la programación resocializadora de la pena, dado que se vincula a análisis subjetivos fundados en la peligrosidad del autor, comprometiendo el sistema vicario, además de distanciarse del necesario respeto a la dignidad humana del preso y la garantía de la intimidad. Se trata de una investigación cualitativa, cuyo método de abordaje es hipotético-deductivo, utilizando técnicas de investigación bibliográfica y documental.

Palabras clave

Examen Criminológico – Positivismo – Populismo – Constitución

Sumário

Introdução – Disciplina e Controle Social – O Positivismo Criminológico, Orientações Punitivas e a Dignidade da Pessoa Humana – Populismo Penal e o Retorno do Exame Criminológico – O Exame Criminológico e sua Inconstitucionalidade – Conclusão

Introdução

A política criminal, não mais considerada como mero conjunto de decisões e medidas do poder público com o fim de realizar o controle dos fatos delitivos, mas como uma “ciência política do poder punitivo”, como nos ensina Nilo Batista (2022, p. 19) é notável em todas as esferas da administração, orientando e medindo a intensidade deste poder punitivo segundo determinados interesses, mas geralmente influenciada por um “paupérrimo senso comum criminológico conjugado a um preocupante populismo penal” com uma fé quase religiosa na pena, a qual teria a capacidade de solucionar ou apaziguar todos os conflitos sociais; “e se por acaso nada acontecer a despeito da pena, é que era pouca pena e bastará aumentá-la” (BATISTA, 2022, p. 243).

Muito próxima é a relação entre conflitos sociais, a exploração midiática de tais conflitos, o desenvolvimento de sentimentos de medo e inconformismo e políticas criminais punitivas, como se observa no caso a seguir.

No dia 5 de janeiro de 2023 o Sargento da Polícia Militar de Minas Gerais Roger Dias da Cunha foi assassinado em Belo Horizonte durante a perseguição de suspeitos que haviam atropelado um motociclista. Ocorre que o autor dos disparos, Welbert Fagundes, cumpria uma pena de 13 anos e 3 meses e naquele momento gozava do benefício da saída temporária (2024).

O ocorrido, ganhando grande espaço no telejornalismo e nas redes sociais reacendeu a discussão sobre a concessão das saídas temporárias, chamadas de “saidinhas”, benefício previsto no art. 122 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984) e concedido ao detentos que se encontram em regime semiaberto com o fim de visitar a família, frequentar cursos e participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social, ressalvado os casos de condenado por crime hediondo com resultado morte, conforme acréscimo advindo da Lei 13.964/2019.

Com o despertar dos sentimentos de impunidade, pouco debate político e apego à resposta punitiva, logo se resgatou um projeto de lei de autoria do deputado federal Pedro Paulo do MDB, que tramitava na Câmara do Deputados há 10 anos que visava revogar o benefício da saída temporária, além de recrudescer outros aspectos da execução penal.

O texto deveria ter sido submetido ao crivo da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). No entanto, logo depois do aval na Comissão de Segurança, foi aprovado um requerimento de urgência que pautou a matéria diretamente no plenário da Casa.

O Projeto 2.253/2022 substituiu o Projeto 6.579/2013 e foi aprovado em plenário da Câmara por 311 votos a favor e 98 contrários, seguindo para o Senado, quando teve seu texto aprovado com emendas, autorizando a saída para os casos de frequência em cursos profissionalizantes, sendo que o texto anterior propunha a vedação completa.

Porém, embora o foco dos debates girasse em torno da saída temporária, encontrava-se inserido no projeto, que acabou sendo aprovado, o retorno da obrigatoriedade do exame criminológico como requisito para progressão de regime.

O novo texto foi para o Presidente da República que sancionou a Lei 14.843/2024, mas com certos vetos, notadamente o que vedava a saída temporária, os quais foram derrubados pelo Congresso, mantendo a Lei com seu texto original,

ampliando o uso do monitoramento eletrônico e retornando a obrigatoriedade do exame criminológico para a progressão de regime.

O exame criminológico é um procedimento que tem como fim a avaliação da personalidade do condenado, sua periculosidade, a qual é definida como a probabilidade do mesmo voltar a delinquir, comportamento social e eventual arrependimento pelo fato praticado, permitindo um diagnóstico sobre a possibilidade do apenado ainda ser um “risco” para a sociedade.

O art. 8º e parágrafo único do art. 112 da Lei 7.210/1984 trouxe referido exame como requisito subjetivo obrigatório para a concessão de progressão de regime juntamente com a observação de bom comportamento segundo parecer técnico da Comissão Técnica de Classificação quando presente o requisito objetivo de cumprimento de parte da pena, que, na época, era de 1/6.

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal esclarece:

Fiel aos objetivos assinados ao dinamismo do procedimento executivo, o sistema atende não somente aos direitos do condenado, como também, e inseparavelmente, aos interesses da defesa social. O mérito do sentenciado é o critério que comanda a execução progressiva, mas o Projeto também exige o cumprimento de pelo menos um sexto do tempo da pena do regime inicial ou anterior. Com esta ressalva, limitam-se os abusos a que conduz a execução arbitrária das penas privativas da liberdade em manifesta ofensa aos interesses sociais.

Percebe-se o alinhamento da lei à proposta de defesa social, a qual será definida por Vera Regina de Andrade como um “saber essencialmente tecnológico da cura” (2012, p. 277), posto que auxiliado pelo diagnóstico criminológico e pela dogmática normativa, coroa o modelo científico que veio legitimar a pena de prisão como o principal instrumento de controle da criminalidade segundo o capitalismo globalizado.

Uma característica de um modelo de defesa social é o olhar maniqueísta sobre o problema criminal, reduzindo o fenômeno em dois polos, bem e mal, criminoso e vítima, irrecuperável e o recuperado, perigoso e adaptável, além de elevar a resposta punitiva como principal mecanismo de controle sobre o polo adverso, aquele que se opõe à ordem e ao definido como normal.

Referido procedimento tinha deixado de ser obrigatório para a progressão de regime com a entrada em vigor da Lei n. 10.792, em dezembro de 2003, que alterou a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210 /84), embora tornara-se predominante o entendimento

de que sua aplicação passara a ser facultativa, podendo o magistrado utilizar-se do exame quando achasse necessário, como se extrai da Súmula 439 do STJ de 2010, a qual “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada” e a Súmula Vinculante 26/2009 do STF, que determina:

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 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 (Súmula Vinculante 26/2009 do STF)

Esse posicionamento advindo dos Tribunais Superiores avesso à superação do exame criminológico acabou gerando grande divergência não só na doutrina jurídica como também dentro da psicologia, posto que uma corrente manteve o entendimento sobre a necessidade da manutenção do exame criminológico, tendo em vista a pluralidade de apenados com realidades distintas e que o referido exame seria o elemento orientador para esta individualização (NUCCI, 2015, p. 367), o que era sustentado por alguns profissionais da psicologia (GALLEAZZO e CHAVES, 2021), que defendem uma certa neutralidade no exame, cujo laudo se torna fundamental para auxiliar o julgador em seu ofício, pois não teria outro mecanismo para avaliar os aspectos subjetivos do apenado.

Por outro lado, também havia forte resistência ao seu uso indiscriminado, uma vez que, embora relevante o acompanhamento psicológico dos presos, atento aos aspectos da saúde mental, parte da doutrina irá denunciar sua lógica, por se tratar de um “diagnóstico judicial de probabilidades” (CARVALHO, 2001, p. 141) refratário à verificação científica, constituindo uma avaliação inquisitiva, cujos prognósticos moralistas ressuscitavam referências positivistas do tipo “personalidade voltada para o crime” (SANTOS, 2007, p. 531), além de constituir prática segundo a qual indeferir a progressão de regime baseado em laudo de exame criminológico quando o mínimo de pena exigido já foi cumprido e o apenado demonstra bom comportamento carcerário seria considerar condições não previstas em lei (MARCÃO, 2015).

O próprio Conselho Federal de Psicologia (CFP) se opôs a esse procedimento avaliativo na sua Resolução 009 de 2010, em seu art. 4º, alínea “a”, vedando o

profissional de psicologia a atuar no sistema carcerário em qualquer medida que tenha repercussão punitiva ou disciplinar, segundo texto que segue:

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.

Ocorre que em 2011 a Resolução 012 do CFP, que manteve a mesma restrição, sendo “vedado à(ao) psicóloga(o) participar de procedimentos que envolvam as práticas de caráter punitivo e disciplinar, notadamente os de apuração de faltas disciplinares”, além de vedar “a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexos causal a partir do binômio delito-delinquente” (2011), teve sua eficácia anulada por decisão judicial na Ação Civil Pública de Nº 502850788.2011.404.7100/RS do TRF da 4ª Região, a qual transitou em julgado em 2015.

Desta feita, como se já não fosse visível a fragilidade de critérios subjetivos a serem aplicados de forma discricionária para a concessão de direitos, o retorno de sua obrigatoriedade exige uma análise mais pormenorizada sobre o instituto, suas referências e consequências práticas no sistema carcerário segundo os paradigmas perigosistas do positivismo e de políticas públicas denominadas populistas.

Para tanto, a pesquisa se dará de forma qualitativa, cujo método de abordagem é o hipotético-dedutivo, mediante o emprego das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Assim, a questão que norteia o presente tema se refere à compatibilidade entre o retorno da obrigatoriedade do exame criminológico com o atual modelo de direito penal do fato, mais condizente com um Estado Democrático de Direito, posto que a hipótese que se apresenta é que tal instituto guarda permanências com um viés positivista.

O objetivo do presente trabalho é, uma vez definido o marco teórico na literatura crítica de Zaffaroni e Batista, bem como nos alicerces principiológicos da dignidade da pessoa humana, buscar um enfrentamento entre tais referências e o retorno do instituto do exame criminológico, utilizado como critério para a concessão de

garantias durante a execução da pena, permitindo uma avaliação crítica sobre sua validade em um cenário constitucional e coerência diante do fim ressocializador da pena privativa de liberdade.

Disciplina e Controle Social

A psiquiatria, que nasce em 1793 com o médico francês Philippe Pinel, ao criar a noção de doença mental passando para o saber médico os transtornos mentais enquanto manifestações do indivíduo a serem analisadas e tratadas, se aproxima do direito e passa a relacionar a noção de lucidez ao de capacidade e responsabilidade jurídica pelo que leva o Código Civil francês a exigir a interdição como meio hábil para a internação do sujeito jurídico que, pela primeira vez, era reconhecido como louco e juridicamente incapaz (FERRAREZE FILHO, 2021).

E com o desenvolvimento da psiquiatria, notadamente ao chegar no século XIX, segundo Foucault (2010, p. 270), ela passaria a deixar de lado a doença mental para assumir o estudo do comportamento humano e seus desvios, suas anormalidades, principalmente segundo o aspecto da sexualidade, tornando-se fundamento da grande maioria das outras anomalias, pois “antes de ser uma especialidade da medicina, a psiquiatria se institucionalizou como domínio particular da proteção social” (2010, p. 100), se institucionalizando como um ramo da higiene pública ao tempo que passava a codificar a loucura como perigo, sempre buscando a relação fundamental entre a loucura e o crime, principalmente nos comportamentos em que o crime seria imprevisível, posto a necessidade de se definir os sintomas capazes de identificar o delito.

Essa tentativa de investigar, dissecar e desvendar os corpos na busca pelos sintomas do anormal, da loucura e do perigoso ganha espaço fundamental nas chamadas instituições de sequestro, cuja hierarquia e vigilância disciplinar farão o papel de ambiente de estudo e disciplina, presente não só nos manicômios, mas também nas escolas, quartéis, hospitais e, certamente, nos presídios.

E o poder disciplinar, como ensina Foucault (1987), tem como fim o adestramento, a modelação dos corpos, sua padronização, guardando como objeto de atenção o desvio, visto que o castigo disciplinar é essencialmente corretivo segundo uma lógica de gratificação – sanção.

E será através do exame o exercício do controle normalizante, “uma vigilância que permite qualificar, classificar e punir”, estabelecendo sobre os apenados “uma visibilidade através da qual eles são diferenciados e sancionados” (FOUCAULT, 1987, p. 154).

Porém, à medida que o Estado – nação passou a concentrar para si o monopólio do controle social e manutenção da ordem, transformando o poder do soberano e poder público na expansão das democracias nos séculos XIX e XX, a intervenção punitiva vai se burocratizando em atividades administrativas de polícia, Justiça e execução da pena, profissionalizando agentes e regulando processos.

Bem observa Garland como essa capacidade estatal de impor “lei e ordem” passa a ser vista não como um “poder hostil e ameaçador, mas como uma obrigação contratual, devida pelo governo democrático aos cidadãos respeitadores da lei” (2008, p. 98).

Nas palavras de Lola Aniyar de Castro, o controle social pode ser definido como:

O conjunto de sistemas normativos (religião, ética, costumes, usos, terapêutica e direito – este último entendido em todos os seus ramos, na medida em que exercem esse controle reprodutor, mas especialmente no campo penal; em seus conteúdos como em seus não conteúdos) cujos portadores, através de processos seletivos (estereotipia e criminalização) e estratégias de socialização (primária e secundária ou substitutiva), estabelecem uma rede de contenções que garantem a fidelidade (ou, no fracasso dela, a submissão) das massas aos valores do sistema de dominação; o que, por motivos inerentes aos potenciais tipos de conduta dissonante, se faz sobre destinatários sociais diferencialmente controlados segundo a classe a que pertencem (CASTRO, 2005, p. 54).

No entanto, ao analisar a realidade latino – americana, é possível notar como a criminologia clínica e técnica se tornará um instrumento útil, visando o auxílio desse controle social orientado para a manutenção do sistema ao qual serve, visto que os valores essenciais que se busca tutelar será a estabilidade do modelo de dominação presente no sistema de classes (CASTRO, 2005).

Portanto, o exame criminológico funciona como instrumento de diagnóstico e controle, ao buscar os sintomas que demonstram a manutenção das anormalidades do delinquente ao tempo que permite sua contenção, ao não permitir a concessão da recompensa.

O Positivismo Criminológico, Orientações Punitivas e a Dignidade da Pessoa Humana

Com o desenvolvimento do pensamento científico empirista do século XIX que visava superar a metafísica filosófica dos contratualistas e ter como principal objeto de estudo a compreensão sobre os processos causais da natureza, a finalidade da pena também muda de direção, deixando de ter como foco o grupo social, mas voltando-se para o próprio delinquente, primeiramente segundo um modelo moral, para, logo em seguida, o “médico-policia”.

Com o desenvolvimento das Ciências Naturais, inevitáveis influências da Medicina e da Psiquiatria, tais como as obras de Lombroso e Ferri, incidiram sobre o Direito Penal por intermédio do positivismo criminológico, que passa a ter como principal objeto de estudo o delinquente. Identificando no crime um sintoma de atavismo segundo sua natureza patológica, tornando, assim, o criminoso um doente, portador de uma disfunção que lhe gera o desvio de comportamento, a intervenção sobre ele só poderia ser de natureza médica, terapêutica para os casos tratáveis e de contenção para os incuráveis.

Lombroso (2001) criticava a proposta de prevenção geral posto que a pena não exercia coerção sobre os considerados criminosos natos, os quais equiparava aos “loucos e selvagens” uma vez que os mesmos já possuiriam tendências criminosas desde a infância através de seu desvio moral/biológico, defendendo, nesses casos, a prisão perpétua. No prefácio da 5ª edição de sua obra “O homem delinquente”, Lombroso rebate críticas por defender que essa espécie de criminoso não teria “responsabilidade”, pelo determinismo que guiaria suas ações, mas nem por isso afastaria a pena perpétua que sobrepujaria a liberdade individual em nome da segurança coletiva.

Nesse passo o livre arbítrio dá lugar ao determinismo antropológico fazendo com que a ideia de culpabilidade fosse substituída pela de periculosidade, a qual é entendida pela maior probabilidade do agente voltar a delinquir por força de suas disfunções, tornando a fronteira entre pena e a medida de segurança (própria para os inimputáveis) cada vez mais fragilizada.

Von Liszt foi um dos responsáveis por alocar a nova concepção de pena na ordem prática do direito penal em seu tratado, mesmo sem abandonar por completo a sua capacidade de intimidação sobre os membros da coletividade restando suas

tendências criminosas, afirma que seu principal objetivo é recair sobre o apenado, convertendo-o em um “membro útil da sociedade”, emendando-o ou intimidando-o, ou segregando-o quando se mostra “inútil à sociedade pela possibilidade material de perpetrar novos crimes” (2003, pág. 143).

E é dessa concepção que vão surgindo os discursos modernos que Zaffaroni e Batista (2003, pág. 126) chamam de “ideologias re: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização” que, inclusive estão no art. 1º da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), segundo o qual, “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

O Estado passando pelo pressuposto que o delinquente é um “anormal”, um doente, alguém que não integralizou devidamente os valores civilizatórios, uma peça defeituosa do sistema, tem na pena uma ferramenta imperativa que recai sobre o condenado com o fim de “consertá-lo”, tornando-o útil à sociedade e capaz de conviver de maneira pacífica com os demais, respeitando as regras que a compõe. Nas palavras de Zaffaroni e Batista “o delito seria somente um sintoma de inferioridade que mostraria ao Estado a necessidade de aplicar o benéfico remédio social da pena” (2003, pág. 127) modificando o “ser” da pessoa e impondo-lhe seu modelo de humano.

Em razão disto, tal modelo acaba propiciando um direito penal do autor, segundo o qual o agente delinquente é sancionado pelo que ele é e não pelo fato praticado, sendo relevante para a persecução penal medir a pena e sua execução segundo sua personalidade, capacidade de arrependimento e periculosidade social.

De qualquer forma, o mandamento legal que determina que a pena deve ter como fim proporcionar oportunidades voltadas para a reintegração social do apenado, impõe um lastro mínimo a funcionar como parâmetro político criminal para toda medida a ser adotada na execução da sanção penal, inclusive, para se manter em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O art. 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988 institui em seu inciso III o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo que um de seus principais marcos conceituais advém da construção teórica Kantiana.

Para Kant a dignidade é um valor incondicional, incomparável, intrínseco ao ser humano, vinculando à sua autonomia o respeito a si e ao próximo, assim como um atributo daqueles que obedecem aos comandos da lei moral, o qual possui duplo caráter: tornar os indivíduos “intrinsecamente valiosos ao mesmo tempo em que lhes prescreve o modo como devem agir” (Rosen, 2015, p. 47).

Partindo da compreensão do indivíduo como legislador universal segundo um imperativo categórico anteriormente definido, o que deve ser compreendido não segundo uma concepção egoísta, mas universal, pois o reconhecimento da própria humanidade só é possível através do reconhecimento da humanidade dos outros, pois toda decisão moral decorrente da razão deve ser considerada como válida para todos os demais, Kant defende que tal raciocínio conduz a outro que ele define como o reino dos fins.

E esse reino, entendido como a ligação sistemática entre todos os seres racionais por meio de leis comuns, irá considerar esses fins conforme sua validade universal, segundo a qual todos esses seres jamais se tratem a si mesmos ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si mesmos.

E segundo o próprio Kant (2002, p. 65), ressaltando a relevância dessa construção, adverte que no reino dos fins “quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”

Com isso, para Kant, dignidade é um valor intrínseco do ser humano que lhe dá a capacidade de ser um legislador universal, no sentido de se orientar segundo o dever moral de sempre se tratar e aos outros como fins em si mesmos, e jamais como meios, objetos para um fim qualquer, concernente ao seu íntimo e confirma sua natureza humana o distinguindo dos outros animais, bem como qualificando suas decisões e seu comportamento junto aos outros.

Isto posto, embora questionável o fim ressocializador da pena quanto à sua legitimidade disciplinar e sua eficácia terapêutica, é indiscutível que a execução da pena, a fim de não recair sobre o apenado considerando-o apenas como meio de uma política de segurança preventiva, deve se pautar em referenciais e medidas que o considerem como um fim em si mesmo, ou seja, sua execução deve respeitar a dignidade humana de

modo a priorizar critérios que estimulem o desenvolvimento do indivíduo, proporcionem uma harmonia normativa com o fim proposto e viabilizem oportunidades.

E num Estado Democrático de Direito tal definição se torna premente tendo em vista se referir a um modelo que impõe limites ao próprio Estado, o qual ao intervir no seio social deve atentar aos fundamentos de suas práticas e seus controles em conformidade com vários princípios constitucionais, notadamente o da proibição de excesso, segundo o qual, enquanto faceta do princípio da proporcionalidade, veda a restrição excessiva de qualquer direito fundamental que, no caso ora em estudo, se refere à própria liberdade.

Segundo Canotilho, ele se divide em 3 subprincípios que irão auxiliar na análise crítica e, com amparo constitucional, das teorias que visam fundamentar as penas (1991, p. 224):

a) Princípio da conformidade ou adequação dos meios, também conhecido como princípio da idoneidade.

Significa que os meios escolhidos pelo poder público devem ser idôneos para se alcançar os fins almejados. Torna-se ilegítimo e em total afronta ao Estado de Direito qualquer ato estatal que se mostre incapaz de alcançar a meta declarada, funcionando desta forma, como simples instrumento simbólico, desnecessário e, muitas das vezes, nocivo para a sociedade.

Tal desconformidade entre os fins e os meios aplicados pelo Estado devem, inclusive, sofrer apreciação do judiciário, onde, segundo Zaffaroni e Batista, “a agência judicial deve pressionar a agência legislativa para que esta não tente desembaraçar-se dos conflitos com aparentes soluções que, em realidade, somente ocultam tais conflitos” (2003, p. 241).

b) Princípio da exigibilidade, da necessidade ou da menor ingerência possível.

Refere-se ao direito do cidadão em se ver o menos prejudicado possível dentro das opções tidas pelo Estado, ou seja, numa decisão política o Estado deve sempre optar pela alternativa menos gravosa para o indivíduo. Sabe-se que na administração dos vários interesses da sociedade, o poder público, invariavelmente, depara-se com situações onde terá que escolher por fazer prevalecer o direito de uns sobre o de outros ou, até mesmo, sacrificar alguns direitos de determinado indivíduo para se alcançar um

fim específico. Ocorre que se deve sempre exigir a prova de que, naquele momento, não era possível adotar outra opção menos lesiva para o cidadão.

c) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Significa que o resultado obtido com a intervenção estatal deverá ser proporcional à carga coativa da mesma, pesando “as desvantagens dos meios em relação às desvantagens do fim” (CANOTILHO, 1991, p. 270), com isto os eventuais danos causados pelos atos públicos devem guardar uma relação de suportabilidade em razão às vantagens obtidas.

Definidos os paradigmas principiológicos que devem nortear qualquer reflexão crítica sobre as medidas coercitivas realizadas pelo Estado, o que se inclui a sanção penal, é possível identificar o antagonismo entre a exigência de exames criminológicos como condicionantes de liberdades e o fim ressocializador da pena e o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que cria embaraços ao modelo progressivo, o qual se define por estímulos que possam garantir a conquista gradual da liberdade.

Populismo Penal e o Retorno do Exame Criminológico

Como observa Baratta, “a política como espetáculo se utiliza dos fluxos da opinião pública, condicionados pela dramatização do problema da criminalidade e pela função simbólica do direito penal” (BARATTA, 1994, p. 17).

Tendo em vista a criação da crença de que todo problema relativo à segurança diz respeito à impunidade, leis brandas e ineficiência do Estado, a sociedade passa a legitimar qualquer medida proposta pela administração pública que venha a recrudescer o sistema punitivo, seja no aumento de penas, criação de novos tipos penais ou sacrifício de garantias constitucionais.

Modernamente, passou-se a denominar esse movimento de “populismo penal”.

Como bem colocado por Tormey, “é uma política que fala diretamente a nossas emoções, a nossos medos profundos e a nossas profundas esperanças... o populismo é para a política o que Hollywood é para o cinema” (2019, pág. 41). E isso funciona através de um líder carismático, que usa uma linguagem popular, informal, repleta de fanfarronices e visão simplista de mundo, mas que tem como principal característica a falta de educação, no sentido de uso constante de grosserias e postura agressiva, em que o outro nunca é apenas um adversário político, mas uma ameaça a ser eliminada.

Por isso não é uma ideologia bem desenvolvida pautada em uma doutrina sofisticada, mas discursos fundados em sentimentos primários que não exigem reflexão, como o medo e o ódio, convencendo multidões que bastam seguir tais sentimentos e coragem para fazer o “certo”, ainda que desrespeitando Leis e valores plurais, para se estabelecer a ordem e alcançar o progresso.

E seguindo outra característica do populismo penal, que é a rejeição ao saber acadêmico, de técnicos e especialistas, foi que Zaffaroni (2005) percebeu esse novo modelo a proliferar na América Latina sob influência Norte-americana, cujo discurso simplista e vindicativo, seduz por se originar de uma sociedade invejada e admirada, e que ajudará na reprodução de conflitos entre os excluídos, posto que “criminalizados, os vitimizados e os policizados recrutam-se desse segmento” (2005, pág. 22). E para justificar esse controle social sobre os dissidentes, não mais se exige qualquer elaboração teórica mais densa (como os fundamentos demoníacos e biológicos da inquisição e no positivismo), hinos, bandeiras e teses acadêmicas (como no nazismo e fascismo), pois bastam slogans, conclusões simplistas após reportagens sensacionalistas e memes. É o que Zaffaroni chama de “Autoritarismo Penal Cool”.

Esse modelo funciona porque é pouco inteligente, não exige qualquer racionalismo, pois se funda em emoções primárias e coloca sua resposta como algo “na moda”, ou seja, a opção repressiva é a única compatível com qualquer pessoa minimamente compromissada com a lei e avessa ao crime, segundo uma lógica maniqueísta que separa os homens de bem, que precisam ser protegidos, dos maus, que exigem controle e sanções severas, posto que são criminosos, fazendo com que opções distintas sejam vistas como “de fora”, antiquadas.

E é baseado em tais sentimentos de insegurança e simplificação da realidade através da lógica punitiva que se fortalecem os fundamentos que restringem liberdades na seara penal, permitindo o retorno do exame criminológico e o fim das saídas temporárias por força da Lei 14.843/2024, mecanismo simbólico que visa, tão somente, prestar uma satisfação aos anseios sociais, ainda que violando o fim ressocializador previsto em lei e as garantias à dignidade do preso através de avaliações subjetivas incapazes de diagnosticar com precisão eventual periculosidade, inclusive pelo fato de que não cabe à psicologia tal premonição ou presságio.

Tal lógica se apresenta como reflexo de uma legislação penal simbólica segundo um interesse político e eleitoral, em que o crime e a punição tornam-se temas relevantes por serem de interesse público e, conseqüentemente, dos partidos de situação e oposição, os quais irão, segundo Garland, “obter a credencial de ser duro com o crime, preocupado com a segurança pública e capaz de restaurar a moralidade, ordem e disciplina, em face dos corrosivas mudanças sociais da pós-modernidade” (2008, p. 280).

O Exame Criminológico e sua Inconstitucionalidade

Como exposto, o exame criminológico enquanto instrumento avaliativo que se propõe a realizar um diagnóstico psicológico do apenado segundo circunstâncias atuais e pregressas de sua saúde mental e comportamental, bem como um prognóstico a respeito da probabilidade dele voltar a delinquir, mostra-se como álibi e recurso argumentativo que visa retirar do julgador a responsabilidade por negar a concessão de certo direito e transferir para o laudo psicológico e, conseqüentemente, para o detento tal encargo.

E ainda que pese o fato de que as ciências PSI (psicologia, psiquiatria e psicanálise) concordem quanto a inviabilidade e o comprometimento ético de referido prognóstico, a vinculação de institutos de execução penal a possibilidade de fato futuro, repercutindo em maior restrição de liberdades, viola o princípio da lesividade, pois cria-se restrições com base em dados da personalidade, sem a identificação de comportamento efetivamente lesivo, a garantia constitucional à intimidade, visto que tais prognoses em análises subjetivas a respeito de visões de mundo e possíveis arrependimentos do indivíduo, não podem ser considerados como objeto da sanção penal em razão da liberdade de pensamento, assim como a dignidade da pessoa humana, que é violada ao ignorar sua autonomia, sua livre capacidade de se desenvolver como ser humano.

Mas, isso muito se amolda ao que Juarez Tavares identifica como a confusão que se faz sobre a pena, que “trabalha sentimentos e despreza a realidade” (2021, p. 86), tendo em vista a crença social sobre sua capacidade de reparação diante da humilhação causada pelo delito, devendo ser apta a criar no infrator os sentimentos de culpa e vergonha, sem os quais o apenado não estaria “ressocializado”.

Se distanciando do modelo democrático do direito penal do fato, segundo o qual o delinquente deve ser sancionado pelo fato praticado, o exame criminológico, ao atrelar o escaneamento psíquico do agente à necessária progressão penal, retorna ao direito penal do autor de matriz positivista, posto que busca esmiuçar sua alma, ou no caso, seus desejos e “tendências” perigosas, com o fim de realizar diagnóstico capaz de mantê-lo sob cautela mais rigorosa do Estado.

O Parecer Técnico realizado pelo Conselho Federal de Psicologia sobre a atuação do(a) Psicólogo(a) no âmbito do Sistema Prisional e a suspensão da Resolução CFP N. 012/2011 é bastante contundente sobre o distanciamento da boa prática profissional quando o sistema jurídico extrapola suas funções interferindo diretamente nas questões técnicas, éticas e políticas de outras áreas profissionais, como se deu no caso supracitado.

No referido parecer o CFP elenca de forma precisa as ilegalidades e atecnias presentes na manutenção do exame criminológico: a) viola o princípio da legalidade, pois medidas punitivas podem ser aplicadas não baseadas em lei, mas em laudos subjetivo; b) Substitui o paradigma da “culpabilidade” pelo da “periculosidade”, violando o sistema vicariante, segundo o qual não mais se pode confundir pena com medida de segurança; c) Está afeto ao Direito Penal de autor e não de fato; d) Revela certa “vergonha de julgar”, pois os juízes transferem o ofício de julgar aos “técnicos morais” (ou juízes secundários) e seus saberes “científicos”, o que viola o princípio da fundamentação das decisões e da inafastabilidade do poder judiciário; e) Seus princípios recusam o fato de que o crime é um acontecimento, uma eventualidade, pois a grande maioria dos atos de uma pessoa são lícitos e não criminosos; f) No pouquíssimo tempo de entrevista, não é possível conhecer a personalidade do condenado e não existem condições técnicas ou estruturais para fazer uma “prognose criminal” sobre possíveis reincidências; g) Mesmo que no exame criminológico fosse possível mapear a personalidade do indivíduo, não pode o Direito atuar no sentido de modificar moralmente a pessoa e muito menos tratá-la de forma mais rígida se não estiver subjetivamente inserida nos “parâmetros éticos da sociedade”; h) Fere o princípio do contraditório, pois o periciado não apresenta condições de contraditar o exame; i) Viola a proteção contra a autoincriminação, ou seja, o direito de qualquer ser humano não produzir prova contra si mesmo.

Contudo, conforme o entendimento cristalizado na Súmula Vinculante 26/2009, o STF vem mantendo o mesmo posicionamento sobre a constitucionalidade do uso do exame criminológico, como se observa em julgamento recente:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. DECISÃO FUNDAMENTADA. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS. 1. A realização do exame criminológico permanece viável nos casos em que justificada sua relevância para melhor elucidação das condições subjetivas do apenado na concessão do benefício. 2. O Supremo Tribunal Federal, por jurisprudência consolidada, admite que pode ser exigido fundamentadamente o exame criminológico pelo juiz para avaliar pedido de livramento condicional. 3. Não há ilegalidade na exigência de laudo criminológico, como medida prévia à avaliação judicial quanto ao livramento condicional, quando respaldada, dentre outros fundamentos, no histórico prisional conturbado do apenado. 4. Agravo regimental conhecido e não provido (HC 239311 AgR, Órgão julgador: Primeira Turma; Relator(a): Min. FLÁVIO DINO; Julgamento: 24/06/2024; Publicação: 27/06/2024).

Shimizu e Rodrigues resumem bem a relação entre a manutenção do exame criminológico e o poder punitivo:

Assim, ao singularizar a responsabilidade pelo fato criminalizado e transportar o ato desviante para o corpo e a psique do indivíduo selecionado pelo sistema punitivo, o exame oculta as relações de força que constituem a base do sistema penal. No mais, contribui com a gestão dos ilegalismos, detectando a partir de um pretense embasamento científico os casos de suposta “irrecuperabilidade” e “necessidade de afastamento social” (2022).

Importante que a relevância do tema não se restringe à realidade brasileira. No direito penal argentino, o que lá é denominado como “informe criminológico” é obrigatório, mas também sofre críticas, levando a uma reforma recente através da Resolução 530/2020 do Ministério da Justiça, visando limitar a discricionariedade das avaliações, exigindo maior rigor nas fundamentações de recusas à progressão de regime, devendo se priorizar critérios objetivos (UGARTAMENDÍA, 2023).

No Chile o chamado “informe de postulación psicossocial” se mostra obrigatório segundo a Lei 21.124/2019 para os casos de concessão de livramento condicional a ser elaborado por uma equipe técnica que deverá avaliar os riscos de reincidência segundo os antecedentes sociais e características da personalidade do apenado.

Morás ainda lembra que, embora o exame criminológico seja obrigatório durante a execução da pena em crimes graves no Uruguai, seu uso institucionalizado e sem o amparo da legalidade no “Sistema Penal Juvenil”, acaba sofrendo, assim como em muitos países da América Latina, com a pressão midiática a respeito da hegemonia punitiva e controle penal sobre adolescentes infratores (2019).

Também vale ressaltar que desde a reforma da parte geral do código penal de 1984 a medida de segurança, instituto de natureza terapêutica que incide sobre os autores de um injusto penal quando diagnosticados com alguma deficiência mental, deixou de atender ao modelo do duplo-binário, segundo o qual era possível a aplicação conjunta da pena com a medida de segurança, para adotar o sistema vicariante, não mais autorizando a confusão entre ambos os institutos.

Neste sentido, não é mais possível aplicar critérios da medida de segurança na execução da pena. Porém, com o exame criminológico, não é o que se observa, pois um dos requisitos para a aplicação da medida de segurança é o diagnóstico de periculosidade, ou seja, a probabilidade do agente voltar a delinquir em razão de sua situação, sendo presumida quando diagnosticado como inimputável, plenamente incapaz, ou quando semi-imputável, mas identificado pelo juiz a necessidade de especial fim curativo.

Quando se impõe a um apenado a exigência de um exame com o fim de se verificar hipótese futura, quanto ao risco dele voltar a delinquir ou não, está se fazendo um juízo de periculosidade, requisito próprio da medida de segurança, violando, assim, o sistema vicariante.

E além disso, o Conselho Nacional de Justiça (2024) ainda demonstra o grande impacto que tal medida irá causar nos cofres públicos e na progressão de regimes, influenciando, de sobremaneira, na população carcerária em regimes fechado e semi-aberto.

Segundo o CNJ (2024), os dados de 2023 apontaram um total de 324.853 progressões de regime despontadas no país, referentes às progressões do regime fechado para o semiaberto e deste para o aberto. Nesse mesmo período de 2023, o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) registrou a realização de 29.364 exames criminológicos para subsidiar a decisão dos juízes e juízas, acerca de progressões de regime, correspondendo a 8,9% dos casos.

E para suprir a nova demanda seria necessária a contratação de equipes multidisciplinares (3 profissionais) destinada à realização de pelo menos 2 exames por dia, com um custo mensal na ordem de R\$ 13 milhões de reais, chegando a R\$ 170 milhões anuais.

Caso os exames criminológicos tenham que ser feitos com as equipes atuais, sendo 149 equipes no país, em razão da demora nas avaliações para progressão, isso iria acarretar gastos não só por conta das despesas penitenciárias, como também com eventuais ressarcimentos indenizatórios, sendo possível simular uma estimativa de demanda de 29.532 progressões por mês e custo médio (mensal) do preso de R\$ 3.364,65.

Como conclusão, o estudo revela que, em 12 meses, 283 mil pessoas vão deixar de progredir regularmente, à espera do advento de seus exames não-realizados, o que projetará um custo anual de R\$ 6 bilhões de reais adicionais, além de ser possível indicar que, em média, em 12 meses, um indivíduo ficará 197 dias a mais na prisão, aguardando a realização do seu exame criminológico, gerando um crescimento da ordem de 176% no déficit de vagas entre os períodos de 2023 a 2028, razão pela qual o próprio CNJ (2024) observa que tais ônus não trazem benefício algum.

Conclusão

O que está a se colocar aqui é a contraposição da pena segundo uma perspectiva do ser, enquanto manifestação do poder punitivo voltado para o controle social dos indesejados, e do dever ser, numa resistência jurídica que procura impor limites a esse mesmo poder.

O retorno da obrigatoriedade do exame criminológico se mostra como um retrocesso não só jurídico-criminal, mas também democrático, uma vez que intensifica a segregação social oriunda do sistema penal, sob o sacrifício dos apenados e suas liberdades.

Permanências inquisitivas, pois viola o contraditório, e positivistas, em razão de sua matriz biológica e terapêutica, autorizam uma matriz autoritária pois sacrificam a legalidade, em razão da ausência de critérios legais e objetivos, e a autonomia e privacidade do indivíduo, pois impõe um modelo incompatível com tais garantias constitucionais.

Vincular a concessão de benefício penitenciário à avaliações subjetivas, além de impor tempo superior ao definido em lei num regime mais rigoroso, sujeita o apenado à situação desumana de indeterminação em um sistema já tão precário.

Como demonstrado ao longo do trabalho o retorno da obrigatoriedade do exame criminológico não só retrocede em termos de políticas penais garantistas mais compromissadas com um modelo democrático, como mantém o rumo de tendência punitiva e maximização carcerária que devem ser combatidos a fim de se respeitar o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Notas

- ¹ Pós doutorando pela UERJ. Doutor em Direito pela UNESA. Mestre em ciências criminais pela UCAM. Professor de Direito Penal e criminologia da UNIGRANRIO, Universidade Castelo Branco e EMERJ. Líder do grupo de pesquisa Estudos sobre Direito, Poder e Controle Social. Advogado criminalista.

Referências

ANDRADE, Vera Regina. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, p.22, 1994.

BATISTA. Capítulos de política criminal. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Impactos da Lei 14.843 de 2024.

----- Exposição de motivos da Lei de Execuções Penais; Nº 213 de 9 de maio de 1983.

----- Lei de Execuções Penais, Lei 7.210 de 1984.

----- Conselho Federal de Psicologia. Regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional. Resolução 009 de 2010.

----- Conselho Federal de Psicologia. Regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional. Resolução 012 de 2011.

----- Conselho Federal de Psicologia. Parecer Técnico sobre a atuação do(a) Psicólogo(a) no âmbito do Sistema Prisional e a suspensão da Resolução CFP N. 012/2011. Disponível em: <https://transparencia.cfp.org.br/crp06/legislacao/parecer-tecnico-sobre-a-atuacao-do-a-psicologoa-no-ambito-do-sistema-prisional-e-a-suspensao-da-resolucao-cfp-n-012-2011/>; acesso em 09 jul. 2024

CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARVALHO, Salo de. Penas e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro, Revan, 2005.

CHILE. Establece la libertad condicional para los penados, Lei 21.124/2019.

FERRAREZE FILHO, Paulo. Curso de Psicologia do Direito. São Paulo, Tirant lo blanch, 2021.

FOUCAULT, Michel. Os anormais. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GALLEAZZO, A. R. S.; CHAVES, K. B. Atualizando o exame criminológico: a avaliação psicológica no contexto prisional. CadernoS de PsicologiaS, Curitiba, n. 2, 2021. Disponível em: <https://cadernosdepsicologias.crppr.org.br/atualizando-o-exame-criminologico-a-avaliacao-psicologica-no-contexto-prisional/>. Acesso em 09 jul. 2024.

GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal. Campinas/SP: Russel, 2003.

LOMBROSO, César. O Homem Delinquente. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

MARCÃO, Renato Flávio. O exame criminológico e a equivocada resolução 009/2010 do Conselho Federal de Psicologia; Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/115276/o-exame-criminologico-e-a-equivocada-resolucao-009-2010-do-conselho-federal-de-psicologia>; acesso em 09 jul. 2024.

MORÁS, Luis Eduardo. Más allá de las ideologías: sistema penal juvenil y consenso punitivo em Uruguay. Boletín Criminológico. Instituto Andaluz Interuniversitario de criminología. Artículo 3/2019, nº 184.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 11 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSEN, Michael. Dignidade. Trad. André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 2 edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHIMIZU, Bruno e RODRIGUES, Carolina. P. G. P. O exame criminológico como instrumento do binômio saber-poder: a judicialização da resolução nº012/2011 do Conselho Federal de Psicologia. Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social, v. 3, e226516, 2022.

TAVARES, Juarez. Crime: crença e realidade. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

TORMEY, Simon. Populismo: uma breve introdução. São Paulo: Cultrix, 2019.

UGARTAMENDÍA, Paola Relli. Los informes técnicos criminológicos en la provincia de Buenos Aires: Análisis del instrumento que revela la justificación del encierro. Revista Escuela Judicial N° 4 – Sección 03. Perspectivas socio-antropológicas sobre la justicia, 2023.

ULTIMOSEGUNDO; Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2024-06-10/mesmo-com-mudanca--50-mil-presos-terao-saidinha-em-sp-nesta-semana.html>; acesso em 08 jul. 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e BATISTA, Nilo et all. Direito penal brasileiro: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Buscando o inimigo: de satã ao direito penal cool. In Criminologia e Subjetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.