O EXAME CRIMINOLÓGICO NA PROGRESSÃO PENAL: QUANDO A NORMA NÃO É A LEI (APESAR DA LEI) – UMA OBSESSÃO CORRETIVA SOB UM DISFARCE TÉCNICO-CIENTÍFICO

Aroldo da Silva Junior[1]
Gustavo de Souza Preussler[2]

RESUMO: Desde 2003 a lei suprimiu a exigência do exame criminológico para a progressão penal. Porém, "doutrina" e jurisprudência continuam, majoritariamente, admitindo o exame. Por que não basta a verificação do comportamento do condenado? – como prevê a lei. Afinal, o que se quer? A impossível "*(...) constatação de condições pessoais que façam presumir que (...) não voltará a delinquir*"? (art. 83, parágrafo único do Código Penal). Reflexo de um determinismo racial-biológico, historicamente construído e originalmente fundado na ideia do "criminoso nato", essa ótica dominante realça as "reprováveis" características do criminoso para, marcando-o, justificar a necessidade de sua "ressocialização", "reeducação", etc. Essa falsa pretensão humanitária esconde uma obsessão corretiva que, cravada na personalidade criminosa, sob disfarces "técnico-científicos", oculta graves violações constitucionais. Não se limita à conduta do criminoso, mas concentra-se na sua pessoa pretendendo "profetizar" o seu futuro a partir de seus antecedentes, de sua interioridade, etc. Aqui, lei, técnica, ciência, moralismo e subjetividade são conjugados para legitimar a (i)legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: exame criminológico; subjetivismo; moralismo; cientificismo; direitos constitucionais.

ABSTRACT: Since 2003 the law abolished the requirement of criminological examination for criminal progression. But "doctrine" and jurisprudence, majoritarian , are admitting the exam. Why not just check the conduct of the criminal? - as required by law. After all, what one wants? The impossible "(...) finding personal conditions which take to presume that (…) he will not perform crimes"? (article 83, single paragraph of the Criminal Code). Result of a racial-biological determinism, historically constructed and originally founded on the idea of the "born criminal", this dominant perspective highlights the "reprovable" features for the criminal, marking it, justify the need for "rehabilitation", "reeducation", and so on. This false pretension humanitarian hides a corrective obsession, fixed in criminal personality, under "technical-scientific" disguises, occult serious constitutional violations. Not limited to the conduct of criminal, but focuses on his person intending to "prophesy" your future from your antecedent, your interiority, etc. Here, law, technics, science, morality and subjectivity are conjugated to legitimize the (il)legality.

KEYWORDS: criminological examination; subjectivism; moralism; scientism; constitutional rights.

[1] Acadêmico do último ano do Curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD).
[2] Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP); professor Adjunto I de Direito Penal e Direito Processual Penal da UFGD.

Introdução

> O laudo psiquiátrico (...) introduzindo solenemente as infrações no campo dos objetos susceptíveis de um conhecimento científico, [pretende] dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão ou possam ser (...) (FOUCAULT, 1999, p.20).

> Estes quadros técnicos [assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras e médicos], que entram no sistema para "humanizá-lo", revelam em seus pareceres (que instruem e têm enorme poder sobre as sentenças a serem proferidas) conteúdos moralistas, segregadores e racistas, carregados daquele olhar lombrosiano e darwinista social erigido na virada do século XIX e tão presente até hoje nos sistemas de controle social. (...) Nos nossos sistemas, a concessão de poder aos técnicos disfarça a violência, mistificando-a através do tecnicismo, cujo objetivo é fazer com que o objeto da violência se adapte sem chegar a ter consciência e sem reagir (aspas originais; BATISTA, 1997, p. 77).

No Direito, no ambiente jurídico dotado de especialistas letrados na área, em meio a leis, normas, regras, técnicas de lógica e argumentação, entre outros recursos peculiares, normalmente sobressai uma imagem de rigor, precisão, controle e objetividade. Acredita-se, especialmente diante da lei - essa norma escrita fixada no texto – que as decisões judiciais reflitam conclusões coerentes, lógicas, desinteressadas e neutras. No entanto, no próprio Direito Penal - área (supostamente) sujeita ao "rigor" da lei - essas expectativas não têm assumido um caráter propriamente técnico e metódico regido exclusivamente por regras objetivas, precisas e rigorosas. Pelo contrário, revela-se como um espaço de contradições, incoerências, subjetivismos e arbitrariedades. Por mais que um discurso supostamente desinteressado, técnico e com pretensões de cientificidade busque neutralizar a "dimensão humana", o "subjetivo" transparece guiado por uma "norma invisível", um "segundo código", que subverte a lei ao mesmo tempo em que a utiliza como "moldura legitimadora". Enfim, há valores, ideologias, disputas e interesses envolvidos, ainda que invisibilizados por um discurso dogmático e cientificista.

Nessa perspectiva, partindo da questão do exame criminológico na progressão penal, considerando a jurisprudência, a literatura jurídica e as contribuições de outras áreas do conhecimento, serão explicitadas e exploradas aquelas dimensões indicadas, especialmente seu viés subjetivo, valorativo e móvel, em contraposição às supostas objetividade e neutralidade legalistas (que não se confunde com a necessária legalidade).

A abordagem está estruturada em quatro tópicos (e alguns subtópicos): o primeiro, "A lei e a jurisprudência", problematiza o tema, contextualiza e delimita os seus contornos iniciais a partir de algumas discussões preliminares; o segundo, "O desvirtuamento do Direito Penal", explora o seu viés "moralista" (e estigmatizante); o terceiro, "Idealização e cientificismo (dissimulando a obsessão corretiva)", busca explicitar as estratégias de

legitimação construídas; o quarto, e último, envolve uma perspectiva externa, fora do campo jurídico, mais próxima dos "peritos", psicólogos e psiquiatras.

O principal objetivo deste trabalho é demonstrar que o exame criminológico, apesar de ser admitido como uma técnica "neutra", busca sondar a interioridade do criminoso, acentuando a sua "personalidade voltada para o crime", reforçando o seu estigma (e o seu "destino") de criminoso, sobretudo violando a sua intimidade, o direito constitucional de liberdade de consciência (art. 5º, incisos IV, VI e VIII da Constituição Federal). Sob a forma de "perícia técnica", com pretensões de "aferir" psicologicamente a "periculosidade" do criminoso, de prognosticar o seu futuro, esse exame reflete, (re)produz e dissemina concepções marcantes em todo o Direito Penal (material e processual), especialmente radicadas no julgamento moral do criminoso. Nele há uma estratégia que, na busca por legitimidade, procura dar relevo à "racionalidade" e à "cientificidade" para, persuadindo e impressionando pelo aparente "rigor técnico-científico", esconder seu viés moralista, sua obsessão pela personalidade criminosa na ânsia de corrigi-la.

1. A lei e a jurisprudência

O regime adotado no Brasil para o cumprimento da pena privativa de liberdade é progressivo (art. 33, § 2º do CP; art. 112 da Lei 7.210/1984, Lei de Execução Penal – LEP): envolve três estágios sucessivos gradualmente menos rigorosos (o fechado, o semiaberto e o aberto), cuja passagem está condicionada por certos requisitos legais. Até o ano de 2003, um desses requisitos envolvia a realização do exame criminológico, uma espécie de "(...) pesquisa dos antecedentes pessoais, familiares, sociais, psíquicos, psicológicos do condenado, para a obtenção de dados que possam revelar a sua personalidade" (BITENCOURT, 2010, p. 533). Entretanto, com a edição da Lei Federal 10.792/2003, essa exigência foi extinta.

Na redação revogada o exame era permitido, mas não obrigatório: "A decisão será motivada e precedida de parecer (...) do exame criminológico, quando necessário". Por outro lado, a nova redação manteve apenas dois requisitos: um objetivo, o cumprimento de um sexto da pena; e outro subjetivo (mas sujeito a critérios objetivos), o comprovado bom comportamento do detento (arts. 49 a 52 da LEP).

Apesar da supressão legal, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os Tribunais de Justiça (TJs) vêm admitindo a aplicação do exame para fins de progressão penal.

Em pesquisa realizada no *site* do STF mediante os termos "exame e criminologico e progressao", constatou-se que dos 49 acórdãos julgados nesse Tribunal entre 01/01/2010 e 18/03/2013, todos facultaram a aplicação do exame para fins de progressão. Para exemplificar esse posicionamento:

> (...) O Supremo Tribunal consolidou o entendimento de que a superveniência da Lei n. 10.792/2003 não dispensou, mas apenas tornou facultativa a realização de exames criminológicos para que sejam aferidos a personalidade, o grau de periculosidade e a capacidade de reinserção social do reeducando (HC 108279/RJ - STF, de 21/09/2011).

No STJ há até mesmo uma súmula vigente sobre o tema em questão: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada” - Súmula 439 do STJ, de 13/05/2010.

A atual “dogmática” penal (“doutrina” e jurisprudência), de forma expressivamente majoritária, tem facultado o uso do exame, assumindo uma posição claramente incompatível com a disposição legal (com a própria Constituição, como será demonstrado): se desde 2003 a previsão do exame foi excluída da lei, por que a jurisprudência vem consentindo a sua aplicação?

Essa tendência não retrata exceções em casos isolados, mas um padrão que vem se apresentando como norma.

1.1. Contrastes de uma jurisprudência em movimento

Apesar desse atual posicionamento majoritário, a jurisprudência - especialmente em relação ao STF e STJ - não se reduz a uma uniformidade estática, nem tampouco traduz um resultado lógico e pacífico de um “consenso tranquilizador”. Ao contrário, o seu percurso mostra-se vacilante. Mais que isso, polarizado. Os casos abaixo, um do STF e outro do TJ-RS, são exemplares:

> [Justificando a aplicação do exame - STF:] Prevalece nesta Corte o entendimento no sentido de que a alteração do artigo 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 não proibiu a realização do exame criminológico, quando necessário para a avaliação do sentenciado, tampouco proibiu a sua utilização para a formação do convencimento do magistrado sobre o direito de promoção para regime mais brando (grifos inseridos; Habeas Corpus (HC) 112464/RS - STF, de 13/09/2012).

> [Afastando o seu uso – TJ-RS:] Execução Penal. Progressão de regime carcerário. Requisitos: bom comportamento carcerário e cumprimento de 1/6 da pena. A exigência de avaliações do apenado (laudos psicológicos e sociais, exames criminológicos, etc) esbarra na legalidade (art. 112, da LEP): preciosa garantia do cidadão, princípio basilar do Estado Democrático de direito (art. 5º, II, da Constituição da República) (grifos inseridos; TJ-RS - Agravo 70025983008, de 22/10/2008).

O próprio STF também já adotou posicionamento oposto ao atual:

> A nova redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal afastou o exame criminológico (...). Ora, se não mais se tem o citado exame, incabível adentrar o campo do subjetivismo (...). O que cabe perquirir é o atendimento ao fator objetivo, o cumprimento da parte da pena assinada em lei e a existência de bom comportamento carcerário, comprovado pelo Diretor do estabelecimento. (...) com a recente mudança da Lei de Execução Penal extinguiu-se o exame criminológico. Abolido o exame criminológico, só nos cumpre saber se existe obstáculo em relação ao comportamento (decisão unânime; HC 83.700-0 – STF, de 17/12/2004).

Neste caso, que curiosamente tratou de um ex-policial, também ex-Deputado Federal, envolvido em crime de quadrilha de repercussão nacional, o STF julgou que o exame havia sido extinto pela lei e que não caberia ingressar no “*campo do subjetivismo*”. Porém no HC 112464/RS, de 13/09/2012, anteriormente citado, o mesmo STF fundamentou: “*a alteração do artigo 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 não proibiu a realização do exame criminológico*”.

Note-se que um mesmo preceito legal levou, nesses casos, a conclusões contrárias, excludentes. Além disso, é interessante observar, ainda, os argumentos contrapostos (e vencidos) que buscaram realçar (sem sucesso) os danos coletivos envolvidos, já que se tratava de crime cometido por poderosa organização criminosa, com mais de cinquenta integrantes, todos condenados, liderados por um ex-Coronel da Polícia Militar do Estado do Acre, também ex-Deputado Federal:

> A potencialidade lesiva da quadrilha dedicada a de modo coordenado, permanente e capilarizado, a promover o tráfico de drogas é bem maior do que o tráfico episódico praticado por pessoas isoladas e sem o apoio de outros comparsas. É um absurdo interpretar que a lei só considera hediondo o tráfico de drogas, em si mesmo, e não o crime de associação para a prática do narcotráfico, que maiores e mais permanentes danos causa à sociedade por sua perniciosidade, avidez e capacidade de corrupção do tecido social (HC 83.700-0 - STF, de 17/12/2004).

Apesar das circunstâncias deste caso e dos argumentos apresentados reclamarem um maior rigor, isto é, inclinarem para a aplicação do exame (que poderia impedir a progressão), o entendimento que prevaleceu foi justamente o inverso: "*(...) não mais se tem o citado exame, incabível adentrar o campo do subjetivismo*". Ora, justamente quando o delito envolve uma organização criminosa, quando a ação do agente tendeu a causar um maior dano pela amplitude dos efeitos associados, a postura do judiciário foi menos rigorosa. Por outro lado, para a grande maioria dos crimes individuais, predominantemente contra o patrimônio, o mesmo judiciário tende a ser mais rigoroso (basta considerar a jurisprudência majoritária) – e, neste caso, nem sempre "sob o rigor da lei", mas sim sob uma inflexível e severa fixação na personalidade do indivíduo. Afinal, por que se aplica o exame se a própria lei o dispensou?

Esses aspectos demonstram, preliminarmente, que as justificativas podem ocorrer de um extremo (o exame estaria banido) ao outro (apesar de não previsto, o exame seria facultado). Indicam também como a sua legitimação pode ser produzida, inclusive sob a aparência de "coerência" e "legalidade".

Em síntese, a jurisprudência tem facultado o exame sob o argumento de que, apesar de inexistir a sua previsão desde 2003, a lei não o proibiu explicitamente. Note-se que este argumento tem o mesmo caráter formal daquele que, inversamente, sustenta a não aplicação do exame pelo fato de inexistir na lei a sua previsão. Ambos estão fundamentados na literalidade da lei. A diferença é: enquanto um focaliza a inexistência da proibição, o outro evidencia a inexistência da própria previsão do exame.

É preciso destacar, inicialmente, que essa abordagem *formalista*, centrada na literalidade da lei, tanto pode justificar como afastar o uso do exame. Portanto, não será por essa via que poderão ser reveladas as complexas relações envolvidas nesse contexto.

Não se pretende explorar tais divergências e oposições como volubilidades temerárias e elevá-las à dramatização de uma insegurança desestabilizadora. A capacidade de atualização, adaptação e inovação jurídicas são imprescindíveis, especialmente no ambiente dinâmico da atualidade. Não se trata de assumir um discurso meramente ativista, nem tampouco de sobrevalorizar uma suposta "segurança jurídica" imobilizadora, ignorando a realidade. Trata-se de ir além daquele enfoque formalista, que tanto pode afastar como atrair a aplicação do exame. Trata-se, sobretudo, de buscar respostas para outras questões:

Por que mesmo excluído da lei o exame criminológico tende a persistir para fins de progressão penal? Quais seriam as "legitimidades construídas" em torno da sua suposta necessidade?

1.2. Reflexos de uma mentalidade historicamente construída: o determinismo racial-criminológico

Não será pela perspectiva da legalidade estrita, como no exemplo inicial - "A exigência de avaliações do apenado (laudos psicológicos e sociais, exames criminológicos, etc.) esbarra na legalidade" (TJ-RS - Agravo 70025983008, de 22/10/2008) - que sua estratégia de excessivo controle poderá ser demonstrada. **O exame criminológico não é - como pode parecer - um "produto científico" supostamente neutro, eficaz e preventivo. É, antes, reflexo de um processo histórico de controle social materializado no Direito Penal**.

Desde os primeiros cursos de Direito e Medicina implantados no país, ainda no final do século XIX, início do século XX, foi marcante o determinismo racial-criminológico (fundado nos modelos positivista, evolucionista e darwinista), como muito bem aponta Lilia Moritz Schwarcz, em *O espetáculo das raças – cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*:

> (...) a deterioração decorrente da amálgama das raças, mais geral aqui do que em qualquer outro país do mundo, e que vai apagando rapidamente as melhores qualidades do branco, do negro e do índio deixando um tipo indefinido, híbrido, deficiente em energia física e mental. (...) a mestiçagem existente no Brasil não só era descrita como adjetivada, constituindo uma pista para explicar o atraso ou uma possível inviabilidade da nação (*ibidem*, p.13). "Uma nação mestiça é uma nação invadida por criminosos", dizia o artigo de Laurindo Leão (...) (*ibidem*, p. 166).

Contrário à ideia do livre-arbítrio, o pensamento criminal positivista sustentava que o universo era regido por leis mecânicas, causais e evolutivas, não dando margens à liberdade do indivíduo. Este era, então, a soma das características físicas de sua raça, o resultado de sua correlação com o meio (SCHWARCZ, 1993).

Um dos representantes mais expressivos da criminologia positivista (supostamente tomada como "científica", demonstrável e precisa) foi o médico Cesare Lombroso (1835-1909). Formado em medicina, Lombroso ganhou notoriedade por defender a teoria que ficou amplamente conhecida como a do "criminoso nato" - expressão que na realidade foi criada por Enrico Ferri (1856-1929), seu aluno. Ao partir do pressuposto de que os comportamentos são biologicamente determinados, e ao basear suas afirmações em grande quantidade de medidas corporais (dados antropométricos), Lombroso construiu uma teoria evolucionista na qual os criminosos aparecem como tipos atávicos, ou seja, como indivíduos que reproduzem física e mentalmente características primitivas do homem. Deste modo, tanto o atavismo físico quanto mental poderia ser identificado, a partir de sinais anatômicos, naqueles indivíduos que hereditariamente estariam destinados ao crime (ALVAREZ, 2002).

> O estudo sobre os [delinquentes] vivos, em suma, confirma (...) a frequência das microcefalias, das assimetrias, das órbitas oblíquas, dos prognatismos, dos sinos frontais desenvolvidos que nos revela a tabela anatômica. Ela mostra novas analogias entre os alienados, os selvagens e os delinquentes. O prognatismo, a cabeleira abundante, negra e crespa, a barba rara, a pele muito frequentemente

> morena, a oxicefalia, os olhos oblíquos, o crânio pequeno, o maxilar e os zigomas desenvolvidos, a fronte fugidia, as orelhas volumosas (...) aproximam o criminoso europeu do tipo australiano e mongol; enquanto que o estrabismo, a assimetria craniana e as graves anomalias histológicas, os esteomas, as lesões meningíticas, hepáticas e cardíacas nos mostram, também no criminoso, um homem anormal antes do nascimento, por atraso no desenvolvimento ou por doença adquirida em diferentes órgãos, sobretudo nos centros nervosos, como entre os alienados. Trata-se de um verdadeiro doente crônico (LOMBROSO, 2001, p. 289).

No final do século XIX e início do século XX, os juristas brasileiros, quase unânimes em torno de Lombroso, começam a voltar-se para um outro ponto de vista na observação de criminosos encarcerados: seus vícios, seus hábitos, seu comportamento. É Enrico Ferri (1856-1929), aluno de Lombroso, quem será particularmente citado, como autor da descoberta de que o criminoso é um "anormal moral". Este mal oculto, existente no corpo, não se exteriorizaria mais, como em Lombroso, apenas em características físicas. O que permite um alcance muito maior, para o discurso penal. Ele pode deslocar-se dos procedimentos de mensuração e observação do corpo do criminoso para a observação do comportamento, seja dos criminosos do cárcere, seja dos criminosos em potencial na sociedade (RAUTER, 2003).

2. O desvirtuamento do Direito Penal

São frequentes nos julgados penais nítidas *valorações moralistas* fixadas na interioridade do infrator. Elas enfatizam as "abomináveis" características do criminoso, justificando a necessidade de sua "ressocialização", "reeducação", etc. Essa obstinação pela "recuperação" do criminoso realça uma aparente pretensão humanitária, mas esconde graves violações, especialmente de direitos e garantias constitucionais, notadamente em relação à personalidade da pessoa.

Os direitos e garantias fundamentais condensam princípios constitucionais que, na qualidade de vetores, *normas-princípio* abertas, orientam a interpretação, aplicação e integração do sistema normativo, possibilitando a realização de um *mínimo ético do Direito*, especialmente centrado na dignidade da pessoa humana. Os princípios constitucionais expressam, na perspectiva de imediata aplicação e plena eficácia, *opções políticas fundamentais* (a República, o Estado democrático de direito, a Federação), *valores* a serem observados (a dignidade humana, o ideal de justiça, a razoabilidade, a proporcionalidade, a legalidade, o pluralismo político) ou *fins públicos* a serem realizados (a promoção do bem comum, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, o pleno emprego) (Barroso, 2009; Bonavides, 2004; Silva, 2012). Sua relevância está justamente nessa abertura de **valoração constitucionalizada** (atualizável) em torno de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana - especialmente após os movimentos fascista e nazista que marcaram o século XX; esses movimentos políticos e militares que ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade vigente e promoveram atrocidades em nome da lei (Barroso, 2006).

Os princípios constitucionais são indispensáveis, porque

> (...) a norma em diversos momentos pode apresentar vários "significados", cabendo ao juiz proceder a uma *interpretação conforme a Constituição*, atendendo ao que Canotilho chama de *princípio de prevalência da Constituição*, optando pelo sentido que apresente uma conformidade constitucional (destaques originais; LOPES JÚNIOR *in* CARVALHO, 2007, p. 399).

Os princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade e o respeito à vida privada (art. 5º, X), da livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e IX), da liberdade de consciência e de crença religiosa (art. 5º, VI), da liberdade de convicção filosófica e política (art. 5º, VIII), operam como verdadeiros interditos à ingerência estatal na esfera do íntimo da pessoa. Esta configuração constitucional, especialmente no campo do Direito Penal, atua (ou melhor, deveria atuar) como um instrumento capaz de impedir ingerências moralizadoras (CARVALHO, 2013). Contudo, ainda impera no Brasil um *direito penal do autor* (não do fato cometido), de viés claramente autoritário e seletivo, forjado na subjetividade do sujeito criminoso. A legislação penal brasileira e a própria produção teórica e jurisprudencial dominantes refletem aquela mentalidade determinista (historicamente construída na ideia do *criminoso nato*), focada não no crime, mas no criminoso, em sua personalidade, em sua suposta "tendência em delinquir". Estas concepções estão de tal modo impregnadas no senso comum jurídico que, surpreendentemente, são frequentes nas decisões do próprio STF, como já citado (dos 49 acórdãos julgados neste Tribunal entre 01/01/2010 e 18/03/2013, todos facultaram a aplicação do exame para fins de progressão):

> O requisito subjetivo da progressão não está restrito ao "bom comportamento carcerário", como faz parecer a literalidade da lei, mas, antes requer analisar as características psicológicas, a probabilidade da adaptação do condenado ao regime menos rigoroso e a progressiva capacidade de reinserção social, entre outros fatores (aspas originais; HC 103070/SP – STF, de 01/08/2011).

> A progressão de regime visa a propiciar a ressocialização do preso, possibilitando que no futuro ele possa ser reintegrado à sociedade. Se o laudo de exame criminológico contém avaliação desfavorável quanto à capacidade do preso de progredir para regime de cumprimento de pena menos rígido, pode ser levado em consideração para negar o benefício (...). Afinal, não se pode correr o risco de reintegrar à sociedade o preso não preparado para o convívio social (HC 116432/SP – STF, de 25/02/2014).

Essas compreensões, ainda que dominantes e sustentadas pelo próprio Supremo, são incompatíveis com a Constituição Federal de 1988. Curiosamente esta conclusão também é confirmada por esta mesma Corte.

Observe-se as "vias sinuosas" assumidas pelo STF: esta mesma Corte que vem mantendo obstáculos à progressão penal, ao permitir o exame, foi aquela que, julgando inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, reconheceu o direito à progressão mesmo para os casos dos ditos "crimes hediondos":

> A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. (...) Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a

> imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado (STF – HC 82.959-7/SP, de 01/09/2006).

Em seu voto o Ministro Cezar Peluso realçou que a supressão do sistema progressivo não condiz com o princípio da humanidade da pena (art. 5, III, XLVII e LXIX, da Constituição Federal – CF), transformando sua finalidade numa resposta estatal que retribui o mal causado com um mal de igual ou superior intensidade, eliminando não apenas qualquer intenção ressocializadora, mas também o mínimo ético que é exigível na execução penal. "(...) o sistema progressivo (...) é o ponto de interseção em que se conectam os princípios da legalidade, da individualização e da humanidade da pena".

Por sua vez, o relator, Ministro Marco Aurélio, enfatizou que a principal razão de ser da progressividade não é, em si, a suavização, a minimização da pena, ou a concessão de um benefício indevido, mas justamente o interesse na preservação da sociedade que, em algum momento, receberá de volta aquele infrator. À sociedade não interessa o retorno de um cidadão embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com a finalidade, dentre outras, de "recuperá-lo" - o que o tempo vem demonstrando, mais e mais, ser uma "quase utopia". A progressividade do regime está essencialmente ligada à própria pena, porque apontando para um regime menos rigoroso, motiva o detento a empreender um comportamento que lhe possibilite alcançá-lo. Do contrário, conforme o próprio Ministro expõe: "O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social (...)?".

Esses posicionamentos exemplificativos, ainda que pertinentes, limitam-se a proclamar abstratamente a importância da progressão, da "ressocialização", como se bastassem estar previstas para que certos resultados idealizados, como a "recuperação", por exemplo, fossem alcançados. E quando um deles (dos citados Ministros) chega a admitir a "quase utopia da recuperação", este aparente realismo não passa de um súbito (e tímido) impulso de lucidez. Nada além disso.

Nem mesmo que se considere todas as demais argumentações e votos desenvolvidos no referido caso (e nem mesmo que se considere no âmbito nacional as prevalentes produções teórico-jurídicas e jurisprudenciais), não se observa qualquer questionamento sobre a pretensa "ressocialização".

2.1. Valorações moralistas de um falso humanismo

No Brasil o sistema progressivo fundado em 1984 (note-se: antes da Constituição de 1988), sob a ideia de mérito do apenado, foi eleito como instrumento hábil para atingir a finalidade de "correção", de "ressocialização" do condenado. Típico dos modelos estatais intervencionistas, ele legitimou a ação dos aparelhos punitivos na avaliação e formatação da identidade do preso. Nele o encarcerado é tomado como um objeto e entregue ao "laboratório" criminológico do cárcere (Carvalho *in* Carvalho, 2007).

As ideologias correcionalistas são, em primeiro lugar, incompatíveis com aquele elementar valor da civilização que é o respeito à pessoa humana. Mesmo suas variantes mais atuais e pretensamente "edificantes" de "reeducação", "ressocialização", "reabilitação" ou "recuperação social do réu", contradizem o princípio da liberdade e da autonomia da consciência. Chegam a contradizer o valor da igualdade, supondo ser o infrator um ser

anormal e inferior a ser controlado ou neutralizado (FERRAJOLI, 2002). São, sobretudo, inexequíveis:

> (...) o fim pedagógico ou ressocializante sustentado por todas estas várias doutrinas não é realizável. Uma rica literatura, confortada por uma secular e dolorosa experiência, demonstrou, com efeito, que não existem penas corretivas ou que tenham caráter terapêutico, e que o cárcere, em particular, é um lugar criminógeno de educação e solicitação ao crime. (...) a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja o mínimo possível repressivo e, portanto, o menos possível dessocializante ou deseducativo (*idibem*, p. 219).

Confundem, ainda, direito e moral, comprometendo sua necessária separação, levando o condenado (ou o réu) a ser tomado como um "objeto de correção", ora concebendo-o como um "pecador" a ser reeducado coercitivamente, ora representando-o como um "doente" ou como um ser "anormal" a ser curado ou eliminado. Em qualquer caso, ressalte-se, é a pessoa do sentenciado, mais que o fato delituoso, que é posta em primeiro plano. Essa abordagem repercute no próprio julgamento, orientando-o à análise da "alma" e à observação psicossomática do réu, mais que a individuação de sua conduta, privilegiando modelos subjetivados de direito penal, baseados sobre o "tipo de delinquente" e sobre sua "periculosidade", ao invés de concentrar-se no tipo de delito cometido. E por mais diversas ou até mesmo contrárias que possam ser as matrizes ideológicas das teorias correcionalistas, todas as suas orientações voltam-se não tanto para o crime, mas para o réu; não para os fatos, mas para os seus autores, diferenciados segundo as suas características pessoais antes mesmo que pelas suas ações delitivas (FERRAJOLI, 2002).

De qualquer modo, por separação entre direito e moral, deve-se compreender não tanto a negação de qualquer relação entre os mesmos, claramente insustentável, dado que qualquer sistema jurídico expressa, no mínimo, uma "moral legislativa". Note-se que a juridicidade de uma norma não deriva de sua justiça, nem a justiça de sua juridicidade. Tanto é assim que uma constituição pode, perfeitamente, incluir normas que expressam valores que podem ser criticados no plano moral e/ou jurídico. Há, também, a questão relacionada à neutralidade valorativa, tese vinculada ao juspositivismo tradicional que, radicado em um legalismo formal e acrítico, defende uma suposta neutralidade. Suposta porque tem sido sempre tomada como um pressuposto fictício e amplamente ideológico, já que na argumentação jurídica e na interpretação da lei são inevitáveis os juízos de valor do tipo ético-político (FERRAJOLI, 2006).

> (...) o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente impedir o cometimento de ações danosas a terceiros. (...) O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas somente tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros. (...) o princípio normativo da separação impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que (...) constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individuar os seus comportamentos vedados pela

> lei. Um cidadão pode ser punido apenas por *aquilo que fez*, e não *pelo que é* (destaques originais; FERRAJOLI, 2002, p. 178-179).

Mas contrariando a própria Constituição de 1988, há uma obstinada insistência da dogmática penal pelas pretensiosas (e não questionadas) "ressocialização", "reeducação", "reabilitação" e "recuperação social" do condenado, que são exaltadas sob uma retórica (supostamente) humanista. Retórica contraditória, que enfatiza princípios constitucionais, como o da legalidade, da individualização e da humanidade da pena para, logo mais, infringi-los, afrontando a mesma legalidade (ao insistir na aplicação de um exame não mais previsto na lei); que, acima de tudo, ao perseguir a personalidade do sentenciado, reforçando o seu estigma de criminoso, viola o direito constitucional de liberdade de consciência do sujeito (art. 5º, incisos IV, VI e VIII da Constituição Federal).

Os laudos e pareceres criminológicos, com o passar dos anos, adquiriram tamanha importância que acabaram (re)criando um sistema de prova tarifada que, embora não vinculasse a decisão do juiz, instituía armadilha intransponível, mormente nos casos de pareceres desfavoráveis. O poder das perícias, em absoluta ofensa aos direitos básicos de tutela da intimidade e da vida privada foi pautado em inversão ideológica do discurso dos direitos humanos, dado ao fato de que superficialmente aparentava a humanização dos fins da pena, a "recuperação" do detento (CARVALHO *in* CARVALHO, 2007).

Sobre a personalidade dos réus e condenados os julgamentos moralizantes multiplicam-se. A maioria dos magistrados, auto-arvorando-se censores, defensores da "ordem" e da "moral", adjetivam muito mais do que poderiam. Julgam com um desdém demoníaco, em nome da "segurança jurídica" e do "bem" - obviamente. Apesar de assim procederem, suas (falsas) constatações não passam de meras especulações, puro exercício fantasioso e imaginativo, talvez um auto-julgamento que projeta no "outro" o seu próprio "inimigo interno", sem, entretanto, qualquer hipótese comprovada, muito menos refutável em contraditório, mas tão-somente apoiadas em impressões pessoais forjadas na intolerância e no autoritarismo. Apesar de vago, incerto e genérico, o termo *personalidade* continua sendo recorrentemente utilizado para, retoricamente fingindo fundamentar, agravar a pena (ROSA *in* CARVALHO, 2007).

2.2. Uma inconstitucional e persistente ótica inquisitiva

> Toda e qualquer avaliação sobre a personalidade de alguém é inquisitiva, visto estabelecer juízos sobre a interioridade do agente. (...) Qualquer prognóstico que tenha como mérito "probabilidades" não pode, por si só, justificar a negação de direitos, visto que são hipóteses inverificáveis empiricamente (aspas originais; LOPES JÚNIOR, *in* CARVALHO, 2007, p. 394).

Aquele reducionismo sócio-biológico, estigmatizador e violador da intimidade do réu ou condenado, deveria ter sido superado com a Constituição Federal de 1988 ou, expressamente para a progressão, desde 2003, com a edição da Lei Federal 10.792/2003. No entanto,

> Ainda que hoje a perícia criminal não seja mais obrigatória para a progressão de regime, o papel da avaliação psicológica e psiquiátrica continua apresentando peso significativo na decisão judicial e na própria construção da individualização da pena (HOENISCH *in* CARVALHO, 2007, p. 193).

Para confirmar:

> O exame criminológico (...), mesmo após a vigência da Lei nº 10.792/2003, que deixou de prevê-lo expressamente no art. 112 da LEP, (...) se trata de **perícia imprescindível para aferir a adaptabilidade do apenado** a regime mais brando (negrito inserido; HC 103370/SP - STF, de 19/12/2011).

Um aspecto que provavelmente tenha favorecido essa persistência é o fato do exame criminológico (*lato sensu*) continuar previsto para outros fins: (i) para a individualização da execução penal (art. 34, *caput*, do Código Penal - CP; art. 8º da LEP) e (ii) para a avaliação da "periculosidade" daqueles agentes considerados inimputáveis (arts. 26 e 97 do CP – apesar de, neste caso, não ser propriamente qualificado como tal, mas como "perícia médica"). Estas distintas aplicações (ainda que mitigadas pela Constituição: art. 5º, incisos IV, VI e VIII) facilitam a manipulação autoritária, a "construção de legitimidades" supostamente justificadoras do exame.

Essa obstinada "sondagem" da interioridade do condenado não está restrita à progressão penal. Ela ocorre antes, inicialmente na fixação da pena, e depois na execução, através da individualização.

Na fixação da pena o modelo adotado pelo Código Penal (art. 59), instrumentalizado pela doutrina e jurisprudência, estabelece uma profunda identidade entre a valoração das circunstâncias judiciais subjetivas (especialmente a conduta social, os antecedentes e a personalidade) e os juízos morais na esfera do leigo. Essa centralidade na história de vida dos acusados reforça um modelo de direito penal do autor, pois voltado à censura do modo de ser do acusado, não propriamente de sua conduta e correspondente dano produzido, caracterizando uma lógica inquisitiva (CARVALHO, 2013). Trata-se daquilo que Ferrajoli (2002) designou de *perversão inquisitiva do processo*,

> (...) dirigindo-o não no sentido da comprovação de fatos objetivos (...), mas no sentido da análise da interioridade da pessoa julgada. (...) degrada a verdade processual [não absoluta, mas intersubjetiva e provável], de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador. (...) quer dizer, uma atenuação, até os limites da arbitrariedade, do poder de rotulação e de inquisição do juiz, que vem a configurar-se (...) como confessor, psicanalista ou terapeuta social (...). E o juízo penal, da mesma forma que o (...) estético, degenera em juízo "sem verdade": não motivado por juízos de fato, isto é, por inserções verificáveis e refutáveis, mas por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos (...). (...) o juízo remete na realidade, muito mais à autoridade do juiz do que à verificação empírica (...) (FERRAJOLI, 2002, p. 37).

Por sua vez, a individualização representa a primeira "caracterização" do criminoso com as tipologias, os estereótipos criminais. Posteriormente o trabalho é intensificado nos laudos e pareceres criminológicos, instrumentos que demarcam o grau de periculosidade do delinquente. Individualizado "cientificamente" segundo a sua "patologia" e definida a extensão da potência delitiva, a intervenção penal (meio) se projeta sobre o condenado (objeto) como terapêutica "recuperadora" (fim) (CARVALHO *in* CARVALHO, 2007).

A partir do estereótipo do "criminoso nato" imputou-se ao infrator a condição de anormal, primitivo e doente - passível, entretanto, de "normalização". A sociedade estaria,

então, legitimada a "sequestrar" o criminoso em face dos (supostos) temíveis efeitos sociais/morais que poderia causar, tudo – cinicamente – em nome da "paz social" e da "segurança jurídica", tecnicamente chamada de "defesa social". E apesar do descrédito dessas ideias em outros países, no Brasil elas mantêm sobrevida no imaginário do senso comum, inclusive no jurídico, bastando consultar alguns "manuais" ou julgados para que tais concepções sejam percebidas nas "aferições de periculosidade", nos prognósticos fatalistas e nas considerações retóricas de caráter moral. Alicerçados ilusoriamente sobre o medo, sobre o temor do delinquente, a "defesa social" busca devassar a subjetividade do criminoso. Sob o mote da "ordem e progresso", a execução penal continua, salvo poucas exceções, contribuindo para fomentar a ideologia da formação para o trabalho, o respeito à ordem e à disciplina, além da tolerância às violações cometidas pelo Estado, agindo sobretudo na camada mais excluída da população para manter a tranquilidade ideológica de poucos (ROSA *in* CARVALHO, 2007).

Essa ótica permanece na atualidade, inclusive nas recentes produções legislativas. Como exemplo pode ser citada a Lei 12.403/2011, que modificou a sistemática das medidas cautelares e prisões provisórias. Esta lei alterou, entre outros, o art. 319 do Código de Processo Penal, que passou a dispor: "a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar". Esta modificação, à primeira vista, é evidentemente positiva, mas para que cumpra o seu sentido *constitucional* é preciso considerar a "dimensão do silêncio" nela presente. Observe-se, de início, que permaneceram categorias de inspiração inquisitiva, como a possibilidade de deferimento da medida cautelar de ofício (art. 282, §2º), o conceito de "ordem pública", "ordem econômica", "conveniência da instrução", que passam a ser articuláveis com outras categorias também de fácil manipulação autoritária. Trouxe, por exemplo, a proporcionalidade como referência à aplicação da medida cautelar, fazendo inserir a suposição de "reiteração criminosa" como critério de necessidade para fins de decretação (art. 282, I). E no que se refere à adequação, fez constar as "condições pessoais" do indiciado ou acusado. Diante destes aspectos torna-se fundamental impedir que o conceito de "reiteração criminosa" não se torne um exercício de "futurologia" ou que a referência às "condições pessoais" do acusado seja utilizada para reforçar um direito penal do autor, servindo à seletividade (PRADO; MELCHIOR, 2011).

2.3. O disfarce de uma obsessão corretiva

> A compulsão por análises psiquiátricas, médicas, psicológicas, indicações de "CID", deixam evidenciado que a solução da *ortopedia moral* do sujeito passa pela receita de *poções mágicas* (...), tudo sobre o medo da epidemia do mal avivada pelo crime. (...) A criminologia charlatã acontece, então, porque se sabe que a intervenção dita ressocializadora, longe de buscar a emancipação do sujeito (...) oprime a subjetividade, aniquilando-o (destaques originais; ROSA *in* CARVALHO, 2007, p. 342-343).

Pode-se alegar que o exame criminológico não impede, necessariamente, a progressão, já que existe a possibilidade dele ser favorável ao examinado. **Mas quais seriam, concretamente, as reais chances de que um detento, nas condições do sistema penitenciário brasileiro (de superlotação, abusos e completo abandono) venha a obter**

uma avaliação favorável? Aliás, se os detentos, prestes a readquirirem a liberdade, já depois do cumprimento integral de suas penas, fossem submetidos a esse mesmo exame, o que ele revelaria? Um perfil favorável à liberdade? Constataria a "correção educativa" do inicial delinquente, agora "reeducado", preparado para o convívio social?

Ora, se o exame pode (supostamente) garantir "segurança", por que não é igualmente aplicado ao final do cumprimento da pena? - "Afinal, não se pode correr o risco de reintegrar a sociedade o preso (...) que ainda não se encontra preparado para o convívio social" (o já citado HC 108738/RS - STF, de 10/05/2012). Simples: porque seria manifestamente ilegal. Mas por que, então, mesmo sem previsão na lei, esse mesmo exame é invocado nos casos de progressão penal? (Se o exame, como condição para a liberdade, fosse aplicado ao final do cumprimento da pena, muito provavelmente todos os detentos permaneceriam na prisão e dela dificilmente sairiam.)

Mostra-se, aqui, uma nítida obsessão corretiva (obviamente não declarada) que, por mais disfarçada ou escondida que seja, vem à tona. Tanto que, surpreendentemente, nem mesmo o exame favorável tem possibilitado a progressão. É o que um recente julgado do STJ demonstra:

> (...) apesar de o exame criminológico ter sido favorável à concessão do livramento condicional, não foi conclusivo acerca da cessação de sua periculosidade, resta devidamente motivado o indeferimento do benefício pleiteado pela defesa. IV. Mesmo não havendo nos autos notícias de que as denúncias anônimas explicitadas pelo Órgão ministerial foram constatadas, a sua existência ratifica a necessidade de maior cautela no processo de reinserção social do apenado, pois denota probabilidade concreta de que solto, o mesmo continuará a delinquir, corroborando, ainda, sua propensão à prática criminosa (negritos inseridos; STJ - HC 161158 / RJ31/08/2011).

Por que para o direito à progressão não basta a análise do comportamento concreto do detento no decurso do tempo? – como prevê a lei. **O que seria necessário? A impossível constatação de condições pessoais que façam presumir que o condenado não voltará a delinquir! (art. 83, parágrafo único do CP).**

> Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência (...)) é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência. E (...) não se diga que o preso não está protegido pela presunção de inocência, pois esta permanece intacta em relação a fatos diversos daquele que ensejaram a condenação. Continua existindo, principalmente em relação a fatos futuros (LOPES JUNIOR *in* CARVALHO 2007, p. 394). A dita "periculosidade" é algo indefinido, como também o é a suposta previsão de que alguém possa ou não vir a delinquir no futuro. A dita "periculosidade" não passa de uma impressão subjetiva, que não se traduz por qualquer dado objetivo. Nada ou ninguém é capaz de objetivamente demonstrar que A ou B vá ou não cometer um crime no futuro. Essa ausência de objetividade é obviamente incompatível com a precisão que o princípio da legalidade exige de qualquer conceito normativo (KARAM, 2009, p. 53-54).

Revela-se, aqui, mais uma vez, aquela mentalidade determinista, historicamente construída, originalmente fundada na ideia do "criminoso nato". Ela encontra-se quase sempre articulada, na literatura correcionalista, conforme as finalidades positiva, de

reeducação do réu, ou negativa, de sua eliminação ou neutralização. Estas não se excluem, mas concorrem cumulativamente. Esta duplicidade do fim, positivo ou negativo, é comum às orientações nas quais é possível distinguir, com base nas suas motivações filosóficas e políticas, as diversas teorias da prevenção especial, ou seja, desde as moralistas, de emenda, àquelas naturalistas, da defesa social, bem como àquelas teleológicas da diferenciação da pena. Por mais diversas e até mesmo contraditórias que possam ser as matrizes ideológicas, todas essas orientações dizem respeito não tanto ao crime, mas ao réu; não aos fatos, mas aos seus autores, diferenciados segundo as suas características pessoais antes mesmo que pelas suas ações delitivas. Além disso, cultivam um programa comum que, de maneira perversa, concorda com as suas premissas éticas, deterministas, ou programáticas, vale dizer, o uso do direito penal não apenas para prevenir delitos, mas também para transformar as personalidades desviantes por meio de projetos autoritários de homologação ou, alternativamente, de neutralização mediante técnicas de amputação, de "melhoria social" (FERRAJOLI, 2002).

Por essa evidente e obstinada fixação na personalidade do criminoso,

> Não se deveria dizer que a alma é uma ilusão, ou um efeito ideológico, mas afirmar que ela existe, que tem uma realidade, que é produzida permanentemente, em torno, na superfície, no interior do corpo pelo funcionamento de um poder que se exerce sobre os que são punidos (...). Realidade histórica dessa alma, que, diferentemente da alma representada pela teologia cristã, não nasce faltosa e merecedora de castigo e de coação. Esta alma real e incorpórea não é absolutamente substância; é o elemento onde se articulam os efeitos de um certo tipo de poder (...). Sobre essa realidade-referência, vários conceitos foram construídos e campos de análise foram demarcados: psique, subjetividade, personalidade, consciência, etc.; sobre ela técnicas e discursos científicos foram edificados; a partir dela, valorizaram-se as reivindicações morais do humanismo. Mas não devemos nos enganar: a alma, ilusão dos teólogos, não foi substituída por um homem real, objeto de saber, de reflexão filosófica ou de intervenção técnica. O homem de que nos falam e que nos convidam a liberar já é em si mesmo o efeito de uma sujeição bem mais profunda que ele. Uma "alma" o habita e o leva à existência, que é ela mesma uma peça no domínio exercido pelo poder sobre o corpo. A alma, efeito e instrumento de uma anatomia política; a alma, prisão do corpo (aspas originais; FOUCAULT, 1999, p. 28-29). **A alma do criminoso não é invocada no tribunal somente para explicar o crime e introduzi-la como um elemento na atribuição jurídica das responsabilidades; se ela é invocada com tanta ênfase, com tanto cuidado de compreensão e tão grande aplicação "científica", é para julgá-la, ao mesmo tempo que o crime, e fazê-la participar da punição. (...) os juízes, pouco a pouco, começaram a julgar coisa diferente além dos crimes: a "alma" dos criminosos** (aspas originais; negritos inseridos; *ibidem*, p. 20).

3. Idealização e cientificismo (dissimulando a obsessão corretiva)

> (...) enquanto os sistemas penais seguem a marcha de sua violência aberta e encoberta (...) uma Dogmática Penal simbólica (...) segue ancorada numa visão idealizada (ideologizada) do funcionamento do Direito Penal, na premissa de sua legitimidade e na ilusão de segurança jurídica e as Escolas de Direito e os Tribunais seguem sustentando, no prolongamento da comunidade científica, a sua reprodução. Pois, no fundo, a fantasia de

> segurança jurídica não deixa de ser também a fantasia de poder que alimenta a onipotência dogmática e dos próprios operadores jurídicos formados na sua tradição. (...) tal idealismo e falsidade integram seu código ideológico (ideologia liberal e da defesa social) que tem sido fundamental à legitimação (reprodução ideológica) do sistema penal (ANDRADE, 2003, p. 315-316).

Tradicionalmente o Direito tende a refugiar-se na idealização da norma. Sob um formalismo abstrato conjuga, ainda, as pretensões de um cientificismo que, no caso do Direito Penal, busca ocultar e atenuar aquela (in)disfarçada obsessão moralista (ansiosa por corrigir o "criminoso").

A objetividade positivista, que elege o Direito como um campo racionalizado e aparentemente objetivo, lógico, seguro, preciso, quase infalível, está presente na literatura jurídica chamada, não sem razão, de "doutrina jurídica". Tais "doutrinas" - como acontece com qualquer conhecimento dogmático - não deixam espaço para a plena explicitação das contradições internas da teoria jurídica, nem tampouco abrem espaço para a compreensão histórica constitutiva desse saber. Em determinados temas, mais do que perturbadoras, essas angústias positivistas foram catastróficas. Basta verificar que a ciência jurídica permanece buscando neutralidade, imparcialidade, distanciamento e certeza. Essa lógica é passada cotidianamente nos cursos jurídicos, produzindo acadêmicos mais preocupados com a técnica jurídica do que com as reflexões críticas acerca dessa ciência - aliás, um tema que raramente aparece no debate público sobre a democratização do Judiciário é o da formação dos juristas (PASTANA, 2007).

> A ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social. Enigmático, coercitivo e canônico, o conhecimento do direito responde em alta medida às nossas subordinações cotidianas e à versão conformista do mundo que fundamenta a sociedade instituída (WARAT, 1996, p. 57).

Não é meramente acidental o uso da expressão "doutrina" ao invés de expressões como teoria, produção teórica ou literatura especializada. Pelo contrário, ela revela aquilo que é (con)sagrado no meio jurídico: remete a "falas autorizadas" que, por sua vez, instituem a "dogmática jurídica". Note-se, sobretudo, seu vínculo semântico-etimológico com "ensinamento", "pregação" (ainda que as "doutrinas" sejam diversas), sugerindo concepções que remetem à crença religiosa, à esfera eclesiástica, à rigidez hierárquica, à linguagem hermética (hábil nos discursos monológico-imperativos, mas débil no diálogo comunicativo), a conhecimentos reservados a "iniciados" – tudo, aliás, muito conveniente nessa ambiência. Neste sentido, Caleb Salomão Pereira Silva (2008), em *O mal-estar do Direito: teologia pedagógica, pensamento dogmático, simbolismo despótico e fetiche processual*, aponta aspectos relevantes:

> Instrumento fundamental da Modernidade, o Direito foi arrastado e submetido a um processo de aprisionamento no seu mundo construído dogmaticamente à luz das instituições romano-católicas, numa primeira onda, e dos filosofemas e epistemas iluministas, posteriormente. Sua estrutura e sua crise

> estão ontologicamente associados (i) ao caráter teológico da metodologia pedagógica prevalecente nas instituições de ensino jurídico, (ii) ao racionalismo promitente de certezas supostamente alcançáveis por meio de ritos formalísticos esvaziados da essência teleológica do Direito, bem como (iii) a uma perversa mercantilização da produção do saber jurídico (...) (*ibidem*, p. 1).

Afinados nessa direção e em tom uníssono, os "manuais" de Direito Penal limitam-se, em sua maioria, a reproduzir e a dar relevo à idealidade da lei, ao seu caráter supostamente democrático-contratual, sua coerência, precisão e correção; seus princípios, sua sistematicidade e sua racionalidade lógica – falta apenas o contato com a realidade.

O maior problema, entretanto, não está propriamente nessa dimensão idealizada (que, tomada como um horizonte a ser perseguido, é imprescindível), mas no seu isolamento, na sua incapacidade de dialogar com a realidade, sobretudo, no fetiche que a lei incorpora.

Nesse cenário de afastamento da realidade e de abstração formal o exame criminológico ajusta-se muito convenientemente, especialmente através de seu caráter "técnico", "científico", supostamente neutro e seguro. Aliado àquele discurso idealizado surge o "discurso competente", a figura do perito, do "especialista autorizado".

> O discurso competente é aquele que pode ser proferido, ouvido e aceito como verdadeiro ou autorizado (...). O discurso competente é o discurso instituído. É aquele no qual a linguagem sofre uma restrição que poderia ser assim resumida: não é qualquer um que pode dizer a qualquer outro qualquer coisa em qualquer lugar e em qualquer circunstância. O discurso competente confunde-se, pois, com a linguagem institucionalmente permitida ou autorizada, isto é, com um discurso no qual os interlocutores já foram previamente reconhecidos como tendo o direito de falar e ouvir, no qual os lugares e as circunstâncias já foram predeterminados para que seja permitido falar e ouvir e, enfim, no qual o conteúdo e a forma já foram autorizados segundo os cânones da esfera de sua própria competência (CHAUÍ, 2011, p. 19).

A "racionalização científica" alcançou seu ápice na modernidade. No campo jurídico esse processo, aliado a um discurso centrado no plano legal-abstrato, fechando-se à realidade, propiciou um direito penal marcado pela cientificidade, ou mais apropriadamente, marcado por um cientificismo legalista. As perícias técnicas constituíram uma de suas expressões. Assim,

> (...) é necessário procurar porque um discurso "científico" se tornou tão indispensável pelo funcionamento da penalidade no século XIX. Tornou-se necessário por este álibi, que funciona desde o século XVIII, que diz que se se impõe um castigo a alguém, isto não é para punir o que ele fez, mas para transformá-lo no que ele é (FOUCAULT, 2004, p.138).

3.1. Ciência, técnica e subjetividade relativizando a (i)legalidade

> (...) o discurso da psiquiatria destrói qualquer possibilidade de contraditório e direito de defesa, eis que não há como refutar as hipóteses, resistir em igualdade de condições. (...) A função do juiz fica reduzida a acolher os laudos (...). E o perigo

> está no excesso de subjetivismo, pois o discurso jurídico é refutável, mas o da psiquiatria não (LOPES JUNIOR *in* CARVALHO, 2007, p.395).

O exame criminológico sob o *status* de "subsídio técnico" mostra-se bastante conveniente ao juiz, pois além de evitar sua exposição direta, tende a imunizar sua decisão a partir de um parecer "científico" e supostamente "neutro" de um especialista, o perito.

> (...) As alterações introduzidas pela Lei 10.792/2003 suprimiram a exigência do exame criminológico como condição à progressão de regime, mas não impediram o Magistrado de determiná-lo, desde que considere necessário o estudo à boa reinserção social do apenado. Precedentes. 2. **A aferição das condições para a vida comunitária livre não pode ser operada apenas com avaliações superficiais e mecânicas**, sob pena de se desvirtuar o sistema progressivo, fazendo-o mera aparência, com danos significativos à segurança da comunidade e à efetiva ressocialização do infrator (negritos inseridos; HC 108804/SP - STF, de 07/12/2011).

Um recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (TJ-MS), com um forte apelo para aspectos "técnicos", "científicos" e moralistas, é exemplar neste sentido:

> (...) a decisão (...) além de desprezar a vida carcerária do sentenciado [a existência de faltas disciplinares], minimizou a gravidade de sua conduta, como se a vítima, ao atingir a maioridade, estivesse livre de todos os estigmas e traumas causados por aquele. Assim, entendo que a decisão não encontra embasamento e tampouco demonstra, por meio de elementos fáticos concretos, a prescindibilidade do exame criminológico. Outrossim, a aludida perícia não se confunde com o exame de personalidade, tampouco relembra as lições de Lombroso, como quer o agravado, pois, nos termos da Exposição de Motivos do Código Penal, "parte do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como reclamaram os pioneiros da criminologia." Nesse sentido, leciona a doutrina: "(...) individualizar, na execução penal, significa dar a cada preso as melhores condições para o cumprimento da sanção imposta; é conceder-lhe oportunidade e elementos necessários e suficientes para conseguir a sua reinserção social. A individualização, modernamente, deve ocorrer técnica e cientificamente. E, como a finalidade do exame criminológico é exatamente tornar possível essa individualização, era imperioso que se estendesse ao maior número possível de apenados, visto que ele foi criado em benefício do condenado e não contra este" [BITENCOURT, 2010, p. 537] (aspas originais; Embargos Infringentes em Agravo Criminal 2011.002419-0/0001-00 – TJ-MS, de 04/08/2011).

Observe-se, de início, o empenho do magistrado em diferenciar "perícia" de "exame de personalidade", seu esforço para afastá-lo das "lições de Lombroso", seu cuidado em legitimá-lo. Essa estratégia, a partir de um enfoque que dá relevo à "racionalidade" e à "cientificidade", constitui um apelo aparentemente convincente e legítimo (especialmente em torno de um princípio sensível e de relevo constitucional, o da individualização penal), que não apenas busca persuadir pelo aparente rigor técnico-científico, como também simbolicamente impressionar, justificando o uso do exame, permitindo sustentar um discurso idealizado e abstrato que, refugiando-se no "dever ser" da norma legal, ostenta uma retórica que despreza a realidade e, sobretudo, mantém um sistema penal radicado

na prisão, que não só recolhe, mas acima de tudo "marca" e "(re)produz" seus próprios "destinatários" para serem, num perverso ciclo, (re)capturados – desde que ocorra "técnica e cientificamente".

Ocorre que esse contexto, além de estar cindido pelo desvirtuamento moralista, não é tão "técnico", nem tão coerente (ou desinteressado) quanto parece.

Inicialmente um fato chama a atenção: o mesmo autor citado (Cezar Roberto Bitencourt) no julgado TJ-MS - Agravo Criminal 2011.002419-0/0001-00, de 04/08/2011, que realça a importância do exame, é aquele que (contraditoriamente) enfatiza a "Falência da pena de prisão" (título) em outra obra sua (BITENCOURT, 2001). Ora, como é possível sustentar a falência da prisão e, ao mesmo tempo, defender um mecanismo (o exame) que tende a manter o indivíduo aprisionado? Como pode ser benéfico um artifício que tende a realçar e a perpetuar a personalidade criminosa do detento, justamente eliminando o elemento que poderia estimulá-lo a modificar o seu comportamento, isto é, a possibilidade de progressão? Tudo indica que o autor pretendeu apenas impressionar a partir de um artifício de visibilidade. Tanto que sua posição é claramente conflitante com a perspectiva daquele título: "*O* sistema progressivo*, adotado pela reforma penal de 1984, sofre profundas modificações, um verdadeiro retrocesso, em decorrência das alterações patrocinadas pela Lei n. 10.729/2003, que dentre tantas outras* exclui *expressamente o (...) o exame criminológic*o *(...)*" (destaques originais; BITENCOURT, 2010, p. 526). Pelo menos aqui, coerência e desinteresse parecem não estar presentes.

Como apontado, o campo jurídico não é tão "puro" quanto parece (ou declara ser); não envolve apenas leis e normas predefinidas, fixadas num texto objetivo e técnico, a serem simplesmente aplicadas/ajustadas num dado caso concreto por um juiz "neutro" (que nega e insiste em não assumir a sua "condição humana"), através de uma clássica, quase mecânica operação lógico-dedutiva. Até mesmo disputas e reservas de poder podem ser nele identificadas, como claramente indica o HC 113717/RS - STF, de 18/03/2013:

> (...) a análise do requisito subjetivo serve à verificação do mérito do condenado, que não está adstrito ao "bom comportamento carcerário", como faz parecer a literalidade da lei, sob pena de concretizar-se o absurdo de transformar o diretor do presídio no verdadeiro concedente do benefício e o juiz em simples homologador. Precedentes (...) (destaques originais).

Aqui o juiz relativiza sua pretensa e propalada neutralidade. Cuidadosamente apela para a necessidade de "verificação do mérito do condenado", ou melhor, para a necessidade de verificação da personalidade do detento; enfatiza a literalidade da lei (para descartá-la), exalta o papel do juiz e cita precedentes. Todo esse cuidado por quê? Precisamente para defender e garantir o seu próprio poder. Relativiza, sobretudo, o próprio texto da lei, subvertendo sua literalidade sob o argumento de "concretizar-se o absurdo de transformar o diretor do presídio no verdadeiro concedente do benefício e o juiz em simples homologador". Mas note-se: tudo "técnica" e "cientificamente" conduzido – ou melhor, sob um disfarce legitimador. Enfim, aquilo que o discurso oficial supostamente técnico e neutro procura reprimir e esconder, mostra-se aqui de forma explícita.

3.2. Superando a oposição razão X subjetividade

O “campo” jurídico, notadamente o penal, não é - como parece – constituído basicamente de racionalidade, técnica e cientificidade. Inevitavelmente envolve outras variáveis não declaradas nem tampouco assumidas (ideologias, valores, concepções, crenças), justamente ofuscadas por uma suposta “neutralidade técnica”. Trata-se de um “segundo código”, ideológico e invisível, que orienta previamente a decisão, cuja fundamentação é legitimada, posteriormente, pela aplicação da lei (o primeiro código) ao caso concreto através da dogmática jurídica (NEPOMOCENO, 2004).

O juiz, ao julgar, não é neutro, nem puramente racional. Ao contrário, consciente ou inconscientemente, aciona e usa sua própria história, suas pré-compreensões, seus valores, sua concepção de mundo. A atividade de valoração das provas e até mesmo a de subsunção implicam escolhas entre hipóteses e dispositivos da lei, bem como o resultado que o julgador espera alcançar. Julgar é um ato humano, e nele razão e subjetividade devem(riam) interagir de maneira criativa e compartilhada (POZZEBON *in* GAUER, 2010). No entanto,

> (...) como as pessoas não foram educadas para expressar o que sentem (ao contrário, foram-no para reprimir), busca-se racionalizar, dando-se contornos técnicos para esconder o sentimento. Tais contornos servem, além de esconder (embora sem eliminar) o que se sente, (...) dar aparência de neutralidade (CARVALHO, 2003, p. 33).

Pesquisas empíricas têm apontado que os juízes, inconscientemente, tendem a diferentes atitudes emotivas e valorativas, e produzem juízos diversificados conforme a posição social dos acusados. Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme a lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores da sociedade. O inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores (BARATTA, 2002).

Lídia Reis de Almeida Prado (2003), no clássico *O juiz e a emoção*, explorou significativamente as não admitidas – mas presentes - dimensões subjetivas, valorativas e emotivas envolvidas no ato de julgar. A autora contrapõe-se à pretensão formalista de reduzir o raciocínio jurídico a uma simples aplicação dedutiva da lei ao fato (sem cair no extremo oposto de reduzi-lo a um “psicologismo jurídico”).

> (...) em razão da tradição formalista, os julgadores omitem o verdadeiro modo como raciocinam ao decidir, ou seja, como meros seres humanos, ainda que conhecedores do Direito. (...) o juiz, ao analisar um depoimento, deixa-se influir, inconscientemente, por fatores emocionais de simpatia, de antipatia, que se projetam sobre as testemunhas, os advogados e as partes. (...) embora não haja no Brasil estudos científicos sobre o perfil psicológico do magistrado, a origem social, as contingências familiares, a situação econômica, raça, crença religiosa, refletirão na decisão a ser proferida, ao lado das *influências psicológicas* (traços de personalidade e preconceitos). [Porém,] (...) habitantes de um século gelado, em que saber e paixão são estocados em gavetas distintas da alma, preferimos a distância protetora ao envolvimento. (...) Apegado à dogmática do direito objetivo, [o magistrado] convence-se das verdades axiomáticas e protege-se na couraça da ordem e da pretensa neutralidade (destaques originais; PRADO, 2003, p. 19-21).

Entretanto, não há mais espaço para o juiz exegeta, “peleopositivista” e burocrata, fiel seguidor do senso comum dos juristas. E, acima de tudo, está superada a mera subsunção à

lei penal ou processual penal: deve o juiz operar sobre a principiologia constitucional. Em matéria penal, diante da barbárie legislativa brasileira, é fundamental o resgate da subjetividade no ato de julgar e a superação, por parte do juiz, do apego incondicional a letra da lei. **É indispensável resgatar a subjetividade e compreender que a racionalidade é incompleta e resulta seriamente prejudicada quando não existe nenhuma ligação com o sentimento**. É preciso romper a cartesiana, radical e artificial separação entre razão e sentimento e superar o mito da neutralidade (LOPES JUNIOR *in* CARVALHO, 2007).

> Não se pretende negar (...) que as emoções e os sentimentos podem provocar distúrbios destrutivos nos processos de raciocínio (...). O bom senso tradicional ensinou-nos que isso acontece na realidade (...). **É, por isso, ainda mais surpreendente e inédito que a ausência de emoções não seja menos incapacitadora nem menos suscetível de comprometer a racionalidade que nos torna distintamente humanos** (...) (negritos inseridos; DAMÁSIO, 1998, p. 12-13). [Pois] (...) quando os seres humanos não conseguem ver a tragédia inerente à existência consciente, sentem-se menos impelidos a fazer algo para minimizá-la e podem mostrar menos respeito pelo valor da vida. (...) Talvez a coisa mais indispensável que possamos fazer no nosso dia-a-dia, enquanto seres humanos, seja recordar a nós próprios e aos outros a complexidade, fragilidade, finitude e singularidade que nos caracterizam (*ibidem*, p. 282-283).

Não há racionalidade sem sentimento. Daí a importância da subjetividade e de todo o *sentire* no ato decisório (cuja relação fica evidenciada pela própria etimologia da palavra *sentença*), que é inafastável e se expressa na valoração da prova, incluindo a carga ideológica que faz da norma (penal ou processual penal) aplicável ao caso. Essa subjetividade valorativa deve ser conscientemente assumida, evitando-se a sua artificial negação, que frequentemente conduz a subjetivismos decisionistas.

> (...) o juiz deve laborar – em auto-policiamento – evitando confusão entre arbitrariedade e livre convencimento para "reduzir as margens de discricionariedade" (...). **Importante, então, que nós juízes assumamos a condição de seres acima de tudo humanos e, portanto, falíveis. Para tanto é necessário que caiam as máscaras da neutralidade e imparcialidade e, de face desnuda, encaremos o princípio da imparcialidade como meta a ser atingida no exercício da jurisdição, buscando cada vez mais consolidar os mecanismos capazes de garanti-la** (negritos inseridos; aspas originais; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Acórdão nº 70004496725, de 07/08/2002).

Ressalte-se, entretanto, que essa inevitável subjetividade (não o subjetivismo individualista) deve ser *constitucionalmente* assumida. Ou seja, cabe ao juiz, ao aplicar a norma, fazer um juízo de valoração sobre ela, elegendo seus significados válidos, verificando sua compatibilidade com as normas constitucionais substanciais. Caso contrário, propiciará aberturas para arbitrariedades disfarçadas, incorrendo justamente naquilo que se pretendia evitar.

> En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la

> coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez (FERRAJOLI, 2004, p. 26).

Um sistema penal jamais será um sistema fechado; sempre exigirá integrações remetidas à autonomia e à discricionariedade do intérprete. Ao realizar as escolhas impostas por estes espaços de discricionariedade, o juiz jamais será "neutro", porque é ilusória a objetividade dos juízos de valor, porque impossíveis a ausência de valorações ou a apoliticidade das opções. O juiz em nenhum sistema é uma máquina automática. Concebê-lo como tal significa torná-lo vulnerável aos interesses e condicionamentos de poder mais ou menos ocultos, além de favorecer sua irresponsabilidade política e moral (FERRAJOLI, 2002).

> **O juiz não é uma máquina automática na qual (...) se introduzem os fatos e (...) se retiram as sentenças. A ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde (...) a uma ilusão metafísica (...) (*ibidem*, p. 33). Se as escolhas são inevitáveis, que sejam conscientes, explícitas e informadas em princípios, antes que acríticas, mascaradas ou, em todo caso, arbitrárias** (negritos inseridos; *ibidem*, p. 139).

4. Entre psicólogos e psiquiatras

4.1. O posicionamento dos "especialistas": a revelação de uma (outra) disputa

Em torno da questão do exame criminológico como se posicionam o *Conselho Federal de Medicina* (ao qual estão vinculados os profissionais da Psiquiatria), a *Associação Brasileira de Psiquiatria* e o *Conselho Federal de Psicologia*?

Nos *sites* das duas primeiras entidades, nos dias 11/04/2013 e 29/04/2014, através de recursos de busca nelas disponíveis, foi realizada uma pesquisa a partir dos termos "exame criminologico". Nenhum resultado foi obtido. Esse tema parece estar interditado nesses meios.

Esse "silêncio" não é casual. Ele envolve campos de atuação e poder, notadamente o prestígio da Medicina. E sobre a relação da Medicina com a gênese da Psicologia no Brasil, um comentário merece ser feito. Se por um lado, a Medicina, através da Psiquiatria, criou condições para o desenvolvimento da Psicologia brasileira, por outro, ela buscou apropriar-se da própria Psicologia. Com isso, sua estratégia passou a ser a de transformá-la em especialidade médica (PEREIRA; PEREIRA NETO, 2003). Apesar da Lei Federal 4.119, de 27/08/1962, ter reconhecido a profissão de psicólogo, esse fato foi precedido de um duro e longo embate, principalmente diante da oposição de um grupo de médicos, cuja principal reivindicação era o veto ao exercício da psicoterapia por profissionais que não tivessem formação em Medicina. Essa problemática não terminou com a referida lei, aparecendo mais tarde em projetos de lei que tentaram reaver a prática clínica exclusivamente para os médicos, colocando o psicólogo como o seu mero auxiliar, e sob sua tutela. Isso gerou fortes reações na categoria, cuja organização conseguiu barrar o prosseguimento dos referidos projetos. Uma vez ou outra, porém, esse problema reaparece sob diferentes formas (ANTUNES *in* MASSIMI; GUEDES, 2004).

> O universo "puro" da mais "pura" ciência é um campo social como um outro qualquer, com suas relações de força e monopólios, suas lutas e estratégias, seus

> interesses e lucros, mas onde todas essas *invariantes* revestem formas específicas (...). O campo científico, enquanto sistema de relações objetivas entre posições adquiridas (...), é o lugar, o espaço de jogo de uma luta concorrencial. O que está em jogo especificamente nesta luta é o monopólio da *autoridade científica*, definida, de maneira inseparável, como capacidade técnica e poder social; ou, se quisermos, o monopólio da *competência científica*, compreendida enquanto capacidade de falar e agir legitimamente (isto é, de maneira autorizada e com autoridade), que é socialmente outorgada a um agente determinado (destaques originais; BOURDIEU *in* ORTIZ, 1983, p. 122-23).

Por outro lado, foi justamente em relação ao Conselho Federal de Psicologia (CFP) - representante de um segmento inicialmente considerado ilegítimo pela Medicina, inclusive objeto de assimilação e discriminação - que foi possível identificar um claro posicionamento em torno do tema:

> 1. A alteração da lei de execução penal, ocorrida em 01 de dezembro de 2003, retirando a obrigatoriedade do parecer e do exame criminológico foi um importante avanço. Cabe lembrar: na época, cerca de 80.0000 apenados, em condições de receber progressão de medida ou mesmo liberdade, aguardavam, presos, o chamado exame criminológico. Portanto, o fim dessa exigência foi positiva por respeitar os direitos humanos e garantir ao cidadão o seu direito à liberdade. 2. No que tange à psicologia, não é recente a preocupação com a forma de realização desses exames (...). 3. O trabalho do psicólogo junto aos cidadãos em cumprimento de pena, não deve ser pautado pela estigmatização, pela segregação e pelo discutível prognóstico da periculosidade e, sim, pela compreensão do delito como uma construção social e não somente como um fenômeno patológico do indivíduo. (...) É preocupante a opção, falsamente apresentada à sociedade como o único caminho possível, por respostas simplistas, meramente punitivas e vingativas, diante da violência e a criminalidade, ocultando suas verdadeiras raízes, cravadas na abissal desigualdade social, econômica e cultural de nosso país (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 20--?).

Em 2010 o Conselho Federal de Psicologia expediu a Resolução 09/2010, regulamentando a atuação do psicólogo junto ao sistema prisional, inclusive vedando a realização de exames criminológicos: "*Art. 4º (...) 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*".

Houve, então, uma imediata reação do próprio Poder Público (o que não surpreende). Inicialmente o Estado do Rio Grande do Sul impetrou um Mandado de Segurança (1ª Vara Federal de Porto Alegre, RS - Processo nº 5017910-94.2010.404.7100); posteriormente, o Ministério Público Federal "recomendou" (Recomendação PRDC nº 01, de 26/08/2010), sob pena de uma Ação Civil Pública de abrangência nacional, que o Conselho suspendesse imediatamente a citada resolução. A "orientação" foi acolhida.

> Ao fazê-lo, o CFP reafirma que essa Resolução foi aprovada pelo conjunto dos Conselhos de Psicologia sob a égide da crítica às instituições penitenciárias que, de maneira geral, não cumprem sua função de ressocialização, descumprindo a Lei de Execuções Penais no tocante à instalação da Comissão Técnica de Classificação e delegando ao exame criminológico a decisão sobre a progressão de pena. Foi em vista disso que o CPF vetou a realização do exame criminológico pelos psicólogos. Tal exame não atende aos princípios éticos e técnicos da profissão. A suspensão da

> Resolução também busca resguardar psicólogos que vêm sendo ameaçados de prisão por acatar a decisão do Conselho pela não realização do exame criminológico (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2010).

4.2. Reforçando a percepção do CFP: o exame criminológico como um artifício pseudocientífico para marcar o criminoso

Em *Criminologia e subjetividade no Brasil* (2003), a partir de uma análise histórico-crítica aguda, tendo como base 120 (cento e vinte) laudos (exames criminológicos) oficiais do *Instituto de Classificação Nelson Hungria*, Cristina Rauter (Pesquisadora e Docente titular de Psicologia da Universidade Federal Fluminense) demonstrou que, apesar da justiça penal tender, cada vez mais, a julgar e a condenar através do suporte de uma "ciência" pretensamente imparcial e segura, as avaliações e exames criminológicos, ao invés de instrumentos neutros e desinteressados, tendem a reproduzir e a perpetuar todos os preconceitos e estigmas, enfim, toda a ideologia que permeia a questão do crime, traduzindo-se em práticas de repressão, controle e disciplinarização das parcelas mais pobres da população.

A teoria psicanalítica, assim como qualquer outra teoria psicológica conhecida, não autoriza fazer previsões sobre o comportamento, a saúde ou a doença; apenas possibilita, através da reconstrução do passado, tal como ficou inscrito na memória e nas vivências particulares do sujeito, alguma compreensão sobre os seus conflitos atuais: "A psicanálise é sempre retrospectiva. O passado para elucidar o presente. E o futuro continua [ou pelo menos deveria continuar] pertencendo a Deus..." (RAUTER, 2003, p. 91).

Na psicanálise médica não importa a ocorrência real ou fantasiosa dos acontecimentos; não importa a "verdade" dos fatos, mas o livre desejo de falar ou silenciar, de omitir ou revelar um acontecimento – elementos que remetem à vivência do sujeito. Aqui, a história individual não é reconstituída através de respostas dadas num interrogatório, mas a partir da associação livre. Distorções, incoerências e omissões, ao invés de serem tomadas como obstáculos ou suspeições, constituem elementos essenciais para a compreensão do psiquismo do indivíduo. Por outro lado, nos procedimentos policiais e judiciais também procura-se reconstituir a história do sujeito, suspeito ou réu; mas, agora, através de um inquérito, de um interrogatório, persegue-se a suposta "verdade". Aqui, os antecedentes, a história pregressa, a "verdade dos fatos", são utilizados para inocentar, incriminar ou condenar, enfim, para julgar (RAUTER, 2003).

Saliente-se, ainda, que é um determinismo cego, mecânico e simplista que caracteriza esses laudos de exame. Um determinismo que permite formular equações tais como: carências familiares na infância + miséria = crime. O indivíduo torna-se escravo absoluto dos fatos concretos de sua vida pregressa, não lhe restando senão cumprir seu destino de criminoso: "Na verdade, a história pregressa é uma montagem, cuja finalidade é confirmar no indivíduo o rótulo de *criminoso*" (destaque original; *ibidem*, p. 92). Surgem assim,

> (...) laudos que são piores do que devassas a pretexto de anamneses, com diagnósticos arbitrários e prognósticos fatalistas. A vida do réu e também a da vítima são vasculhadas. O anátema atinge a família por uma conjectura atávica. O labéu ultrapassa gerações. Remotos e ridículos preconceitos distribuem estigmas. O processo penal, além de todas as ocupações e preocupações, será atado ao

> torvelinho dos habituais e tendenciosos falsários bem pagos, com humilhações e vexames para o acusado e sua família, para a vítima e sua família, com base em "quadrinhos" e formulários (LYRA *apud* CARVALHO *in* CARVALHO, 2007, p. 163).

Os exames e as técnicas empregadas têm caráter meramente pseudocientífico. Eles constituem uma "colagem" mal feita de técnicas de várias origens: psicológicas, psicanalíticas, judiciais e policiais. Mas o que impressiona é, sobretudo, o grau de eficácia ou de utilidade que os referidos exames apresentam: eles têm consequências palpáveis, no que diz respeito ao futuro do condenado: prolongar-lhe indefinidamente o tempo de reclusão ou dificultar-lhe a concessão de benefícios. Esse tipo de exame dispõe de elevado grau de credibilidade junto à Justiça e produz efeitos concretos no destino do detento avaliado. Não se pergunta sobre as razões que justificam tão elevado prestígio: a engrenagem da repressão utiliza as técnicas psicológicas como uma peça a mais em sua maquinaria (RAUTER, 2003).

> Aqui, convém recordarmos que a função primordial do Judiciário é a de assegurar o domínio e a exploração de uma classe sobre a outra. Mas, para que esse estado de coisas se perpetue, não se vale a engrenagem estatal somente de seus meios claramente repressivos e violentos, mas também de procedimentos técnicos aparentemente mais humanos e modernos, que constituem apenas estratégias diversas de dominação (*ibidem*, p. 85).

Considerações finais

> O conceito de periculosidade não possui nenhum fundamento científico, sendo fruto muito mais de um preconceito oracular sobre o futuro comportamento problemático (...) do que propriamente de uma situação concreta (MATTOS, 2006, p. 167).

> Sejam sublimes quando se voltam para a arte, a criação ou a mística, sejam abjetos quando se entregam às suas pulsões assassinas, os perversos são uma parte de nós mesmos, uma parte de nossa humanidade, pois exibem o que não cessamos de dissimular: nossa própria negatividade, a parte obscura de nós mesmos (ROUDINESCO, 2008).

O Direito Penal brasileiro, tanto material quanto processual, prossegue marcadamente desvirtuado pelo moralismo e deformado por concepções, posturas e práticas autoritárias, inquisitivas e arbitrárias, especialmente usurpadoras da intimidade do condenado (e mesmo do réu) e que realçam o seu estigma de criminoso. O exame criminológico demonstra e confirma essas características, inclusive de modo inusitado: não só transgredindo a própria lei (notadamente no caso da progressão), mas sobretudo violando direitos constitucionais.

O exame criminológico mostra-se, inicialmente, como um obstáculo que tende a comprometer a execução penal porque atinge o seu núcleo, a progressão. Assume a função de uma concreta barreira, que além de não estar legalmente prevista (para fins de progressão), usualmente invoca argumentos e valorações moralistas cravados na personalidade do sujeito, impedindo ou, no mínimo, tornando muito improvável a progressão penal. Revela-se, acima de tudo, como um procedimento supostamente neutro que, disfarçado de "técnico" e "científico", contraditoriamente assume um viés tipicamente transcendente fixado na personalidade do detento.

A questão não é eliminar a subjetividade. Aliás, isso sequer é possível - a não ser que, ao invés de uma pessoa, houvesse uma máquina para julgar. E tem sido justamente esta pretensão que tem, em grande parte, agravado a situação. Não se quer um juiz desumanizado, uma "máquina de julgar", do mesmo modo que não se quer um ativista produtor de subjetivismos (e graves arbitrariedades). Espera-se que, a partir de *valorações constitucionalizadas*, o juiz tenha sensibilidade suficiente para não se tornar um burocrata legalista que reduz a justiça à mera observação de regras procedimentais.

Esse cenário exige, sobretudo, uma postura não-moralista, capaz de compreender a pessoa como um ser aberto e inacabado. Aberto aos demais em um permanente e dinâmico processo de comunicação, interação; condicionado por si mesmo, pelos outros, pelo meio, mas com uma excepcional capacidade para transformar e ultrapassar o legado que recebeu. Essa pessoa, que cumpre as leis ou as infringe, não é o "pecador" dos clássicos, irreal e insondável; nem o "selvagem" e perigoso do positivismo, que inspira temor; nem o incapaz da filosofia correcional, que necessita de tutela e assistência; nem a pobre vítima da sociedade, mero pretexto para reclamar as radicais reformas de suas estruturas. É a pessoa real e histórica do nosso tempo, que pode acatar as leis ou não cumpri-las por razões nem sempre acessíveis à nossa compreensão; um ser enigmático, complexo, desprezível ou genial, herói ou miserável, porém, em todo caso, mais uma pessoa, como qualquer outra (MOLINA *in* GOMES; CUNHA, 2008). Desse modo,

> Buscar em alguma misteriosa patologia do delinquente a razão última do comportamento criminal é uma velha estratégia tranquilizadora. Estratégia ou pretexto que, por outro lado, carece de apoio real, pois são tantos os sujeitos "anormais" que não delinquem como os "normais" que infringem as leis. Dificilmente cabe afirmar, hoje, que só um ser patológico pode atrever-se a violar as leis, pois a experiência diária – e as estatísticas – constata o contrário: os indivíduos "normais" são os que cada vez mais delinquem. A criminalidade econômico-financeira, a de funcionários e profissionais, a juvenil, a de tráfico, dentre outras, confirmam esta evidência (aspas originais; *ibidem*, p. 73).

O Direito Penal não pode simplesmente ser o espaço do exercício do poder punitivo do Estado (que fatalmente tende ao abuso). Deveria, ao contrário, a partir de uma postura agnóstica e comprometida com os direitos e garantias constitucionais, visar o máximo bem-estar possível dos "não-desviados" e o mínimo mal-estar necessário dos "desviados", numa perspectiva de máxima tutela dos direitos uns dos outros, limitando as arbitrariedades e minimizando a violência (CARVALHO, 2011).

Essa percepção, apesar de indispensável, não é suficiente. Pois é relativamente fácil delinear um modelo constitucional em abstrato e traduzir-lhe em princípios, como se bastasse um "bom" Direito para, efetiva e concretamente, garantir direitos e impedir abusos ou arbitrariedades. Essa armadilha, ou melhor, essa "ilusão garantista", frequentemente induzida pelo "Estado de Direito" formal, leva à mistificação ideológica do Direito, à legitimação e à reprodução da ordem vigente. Nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; nenhum direito pode realizar-se senão apoiado por uma constante "luta" individual e coletiva, política e social, em sua defesa. Um sistema jurídico, ainda que tecnicamente perfeito, não poderia por si só garantir nada, nem tampouco eliminar as contradições entre a norma e a sua efetiva aplicação. É essencial, aqui, desmentir

as supostas “coerência” e “completude” jurídicas do positivismo dogmático. Elas não se configuram como propriedade do direito vigente, mas como “ideais-limites” do direito válido em relação à Constituição. A tarefa do jurista não é a de “apresentar” (esconder, mistificar), sob uma atitude dogmática, avalorativa e contemplativa das leis, um Direito com uma “coerência” e uma “completude” que efetivamente não têm, mas justamente assumir a sua contingência, incoerência e não-completude mediante permanentes juízos referenciados na Constituição (FERRAJOLI, 2002). Nessa perspectiva, a questão e o contexto do exame criminológico são reveladores (inclusive para além do campo jurídico).

Referências bibliográficas:

ALVAREZ, Marcos César. *A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais*. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro-RJ, v. 45, n. 4, 2002.

_____ *O homem delinquente e o social naturalizado: apontamentos para uma história da criminologia no Brasil*. Teoria & Pesquisa, v. 47, jul/dez 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle social*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2003.

ANTUNES, Mitsuko Aparecida Makino. *A psicologia no Brasil no século XX: desenvolvimento científico e profissional*. *In*: MASSIMI, Marina; GUEDES, Maria do Carmo (org.). *História da psicologia no Brasil: novos estudos*. São Paulo, SP: Cortez, 2004.

BARATTA. Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. *Prefácio*. *In*: BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis – Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2003.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. “O Proclamado e o escondido: a violência da neutralidade técnica”. *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, ano 2, número 3, p. 77-86, Rio de Janeiro, 1º semestre de 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo, SP: Saraiva, 2001.

_____. *Tratado de Direito Penal – Volume 1: Parte Geral*. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *O campo científico*. *In*: ORTIZ, Renato (org.). *Pierre Bourdieu: Sociologia*. São Paulo, SP: Ática, 1983.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Manifestação* (20--?). Disponível em “http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/Mo%C3%A7%C3%B5es/exame%20criminol%C3%B3gico%20-%20Conselho%20Nacional%20de%20Psicologia.pdf”; acessado em 15/03/2012.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *CFP suspende efeitos da Resolução CFP nº 009/2010 por seis meses; Resolução nº 010 é mantida* (2010). Disponível em “http://site.cfp.org.br/cfp-suspende-efeitos-da-resoluo-cfp-n-0092010-por-seis-meses-resoluo-n-010-mantida/”; acessado em 11/01/2014.

BRASIL – Ministério da Justiça. *Alternativa penal não é impunidade* (20/10/2011); disponível em “http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ8F939E3DITEMID6FBC4C3B0F6A42DCB6C4281B4EB6F293PTBRNN.htm”; acessado em 08/03/2012.

BRASIL – Ministério da Justiça / Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. *Relatórios Estatísticos/Analíticos do Sistema Prisional Brasileiro (dez/2012)*; disponível em

"http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={DAD9EFE5-FA77-4479-8F56-2BD7A4F0DEB7}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}"; acessado 12/06/2013.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2011.

_____ *Magistratura e Direito Alternativo*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. *O (novo) papel dos "criminólogos" na exexução penal: as alterações estabelecidas pela Lei 10.792/03*. *In*: CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2007.

_____ *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. São Paulo, SP: Saraiva, 2013.

_____ *Substitutivos penais na era do grande encarceramento*. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II.* Porto Alegre, RS: EDIPUCRS, 2010.

_____ *Teoria Agnóstica da Pena: Entre os Supérfluos fins e a Limitação do Poder Punitivo*. *In*: CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2007a.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. São Paulo, SP: Cortez, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ / Agência de notícias. *Número de presos no Brasil aumentou para 584 mil em 2013.* Disponível em "http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27351-numero-de-presos-no-brasil-aumentou-para-584-mil-em-2013?tmpl=component&print=1&layout=default&page="; acessado em 14/01/2014.

DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes: Emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias: la ley del más débil*. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, 2004.

_____ *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, 1995.

_____ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____ *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. São Paulo, SP: Graal, 2004.

_____ *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedade contemporánea*. Barcelona (Espanha): Gedisa, 2005.

HOENISCH, Julio César Diniz. *A Psicologia entre Nuvens e Granito: Problematizando as Perícias Criminais*. *In*: CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. *A privação da liberdade: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In* CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2007.

MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria – Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2006.

MOLINA, García-Pablos de. *Introdução aos Fundamentos Teóricos da Criminologia*. *In*: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). *Criminologia – Coleção Ciências Criminais - Volume 5*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008.

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2004.

PASTANA, Débora Regina. *Ensino Jurídico no Brasil: perpetuando o positivismo científico e consolidando o autoritarismo no controle penal*. Educação: Teoria e Prática; v. 17, n. 29, jul./dez. 2007.

PEREIRA, Fernanda Martins; PEREIRA NETO, André. *O psicólogo no Brasil: notas sobre o seu processo de profissionalização*. Psicologia em Estudo, Maringá-PR, v. 8, n. 2, 2003.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Breve análise crítica da Lei nº. 12.403 de 2011 que modifica os regimes das cautelares pessoais no Processo Penal brasileiro* (2011). Disponível em "http://www.carvalhoadv.com/user-files/publications/An%C3%A1lise%20cr%C3%ADtica%20da%20Lei%2012.403%20que%20modifica%20o%20regime%20das%20cautelares%20pessoais.pdf"; acessado em 20/03/2014.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2003.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. *O papel do Juiz Garantista e a Execução Penal em tempos Neoliberais: Eichmann e Big Brother*. *In*: CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2007.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A parte obscura de nós mesmos – Uma história dos perversos*. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Editor, 2008.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letas, 1993.

SILVA, Caleb Salomão Pereira. *O mal-estar do Direito: teologia pedagógica, pensamento dogmático, simbolismo despótico e fetiche processual*. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito – Volume 2*. Porto Alegre, RS: Safe, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2001.