

Artigos originais

Sobre a compulsoriedade do exame criminológico para concessão de progressão de regime e saída temporária

On the compulsory nature of criminological examination for granting probation and parole

  Salo de Carvalho¹

  Mariana de Assis Brasil e Weigert²

Resumo: O trabalho analisa o Projeto de Lei nº 2.213/21, que altera a Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, a fim de estabelecer o exame criminológico como condição obrigatória para progressão ao regime aberto e à concessão de saída temporária à população carcerária. A partir do contexto das perícias criminológicas estabelecidas pela Reforma Penal de 1984 e do giro punitivista da década de 1990, este trabalho apresenta a inconsistência científica do exame criminológico, desde o saber psicológico e as insubsistências normativas ao marco jurídico-constitucional. Os referenciais teóricos são a criminologia crítica e a teoria do garantismo penal, projetados para a construção de um modelo dogmático criminologicamente referenciado.

Palavras-chave: exame criminológico, execução penal, criminologia, punição.

Abstract: This paper analyses the bill project 2.213/21, which amends Law 7.210/84, Lei de Execução Penal (Criminal Procedure Law, in English), which establishes criminological examination as a compulsory condition

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996). Pós-Doutor em Criminologia pela Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, ES) (2008-2010); em Direito Penal (bolsa CNPq) pela Università di Bologna (Bologna, ITA) (2013-2014); e em Filosofia Política pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2014-2016). E-mail: salo.carvalho@uol.com.br.

² Doutora em Psicologia Social e Institucional pela UFRGS (2015), sob orientação da professora Neuza. M. Guareschi, com pesquisa realizada na Università di Bologna, tutoria do professor Massimo Pavarini, bolsa CAPES (Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior). Mestre em Criminologia e Execução Penal pela Universidad Autónoma de Barcelona (2007), sob orientação da professora Elena Larrauri; Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2008), sob orientação do professor Rodrigo G. Azevedo. E-mail: marianaweigert@gmail.com.

for concession probation and parole to convicts. From the context of the criminological exams established by the Penal Reform of 1984, the article argues that the use of criminological exam presents (a) scientific inconsistency from the psychological perspective, and (b) normative insubsistencies from the legal-constitutional framework. The theoretical references are critical criminology and the “garantismo penal” theory, designed for the construction of a criminologically referenced critical criminal legal theory.

Keywords: criminological examination, penal execution, criminology, punishment.

Submetido em: 22 de junho de 2022

Aceito em: 02 de julho de 2023

(...) virão 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 (...). 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.

Roberto Lyra.

1. Introdução

A perspectiva correccionalista da pena entra em crise a partir da década de 1980, momento em que ocorre o giro punitivo que redundará no grande encarceramento (Batista, 2011). Ocorre, porém, que apesar da mudança de orientação na gestão administrativa da execução penal (esfera do Poder Executivo), a estrutura normativa do correccionalismo se manteve em inúmeros países, notadamente porque o modelo de prevenção especial positiva, fundado no projeto de reintegração social das pessoas submetidas à pena criminal, orientou grande parte das reformas legais dos países ocidentais ao longo do século passado.

Dentre os institutos que sustentam a orientação correccionalista, destacam-se os laudos criminológicos. Em sua configuração original, o trabalho da perícia técnica, traduzido nos laudos criminológicos, forneceria ao juiz elementos sobre a conduta futura do condenado, dado que, inclusive, condicionaria o retorno da pessoa encarcerada ao convívio social. Ao regular os requisitos do livramento condicional, por exemplo, o Código Penal evidencia o papel dos laudos na execução da pena: “para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa,

a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir” (art. 83, parágrafo único do Código Penal, redação dada pela Reforma da Parte Geral de 1984).

Se em suas funções normativas declaradas (Código Penal e Lei de Execução Penal) seria mais um dispositivo de verificação do grau de ressocialização do autor do delito, com a mudança nos discursos penológicos, e a concretização de práticas de execução da pena orientadas pela neutralização dos indivíduos e grupos considerados perigosos (Feeley/Simon, 1995; Pavarini, 2019; Carvalho, 2020), o laudo criminológico assumiu uma função (real) de contenção.

Nesse contexto, o presente artigo analisa o Projeto de Lei 2.213/21, que altera a Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, a fim de estabelecer o exame criminológico como condição obrigatória para progressão ao regime aberto e à concessão de saída temporária à população carcerária, isto é, amplia a sua utilização no processo de execução da pena.³ Com base nas funções (reais e declaradas) das perícias criminológicas estabelecidas pela Reforma Penal de 1984 e do giro punitivista da década de 1990, tem-se por objetivo (*primeiro*) apresentar as inconsistências científicas do exame criminológico desde o saber psicológico, e (*segundo*) evidenciar as insubsistências normativas desde o marco jurídico-constitucional. Trata-se, portanto, de uma análise interdisciplinar assentada nos referenciais teóricos da criminologia crítica e da teoria do garantismo penal, que se projetam na construção de um modelo dogmático criminologicamente referenciado (Lyra Filho, 1972; Zaffaroni/Batista, 2003).

2. Contexto Normativo: Perícias Criminológicas na Reforma Penal de 1984

A Lei de Execução Penal (LEP) instituiu a avaliação criminológica como parte da última fase da individualização da pena (individualização executiva). Após a aplicação da sanção pelo juiz (indi-

³ Artigo elaborado com base em Parecer apresentado às Comissões de Criminologia e Direito Penal, e aprovado, por unanimidade, na 7ª Sessão Ordinária pelo Plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), em 15 jun. 2022.

vidualização judicial), caberia aos técnicos do sistema carcerário classificar os condenados com o intuito de determinar o programa ressocializador – “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal” (art. 5º, LEP). Os condenados ao cumprimento de pena privativa de liberdade, principalmente aqueles que a cumprirão em regime fechado, seriam submetidos a um diagnóstico para obtenção de elementos para a classificação, com o objetivo de estabelecer os parâmetros do *tratamento penal*.

Assim, a Comissão Técnica de Classificação (CTC) poderia requisitar informações, entrevistar pessoas e realizar as diligências que considerassem necessárias para a análise da individualidade do apenado (art. 9º, LEP). Função complementar da CTC seria a do acompanhamento da execução das penas privativas de liberdade (art. 6º, LEP), com a proposição à autoridade competente das progressões (art. 112, LEP) e regressões de regimes (art. 118, LEP) e das conversões de penas (art. 180, LEP).⁴ Presidido pelo Diretor da instituição carcerária, sua estrutura seria composta, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social (art. 7º, LEP).

Se a CTC teria como escopo avaliar o cotidiano do condenado, o Centro de Observação Criminológica (COC) desempenharia uma função autônoma e tecnicamente distinta. Em local apartado da instituição carcerária, o COC realizaria exames periciais e pesquisas criminológicas para retratar o perfil do preso, fornecendo elementos probatórios de auxílio às decisões judiciais nos incidentes da execução, especialmente livramento condicional, progressão de regime e indulto. Desta forma, enquanto a CTC atuaria no local da execução, como observatório do cotidiano do apenado, o COC teria por função realizar exames criminológicos, sempre com intuito de dar suporte aos órgãos judiciais da execução.

Não obstante os dispositivos da LEP, a nova parte geral do Código Penal (1984) impunha algumas funções ao corpo criminológico, sobretudo a de apresentar, no laudo criminológico, *prog-*

⁴ Após a Lei 10.792/03, a função da Comissão ficou restrita à elaboração do programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório (art. 6º).

nósticos de não delinqüência, requisito subjetivo obrigatório para concessão do livramento condicional (art. 83, parágrafo único, CP, redação dada pela Lei 7.209/84). O legislador estabeleceu, portanto, condições especialíssimas para a concessão do direito de livramento condicional nos casos de criminalidade violenta:

o dispositivo se inspira na reclamada defesa social e tem por objetivo a prevenção geral. Se após o exame criminológico (ou resultar da condenação do juiz) ainda revelar o condenado sinais de desajustamento aos valores jurídico-criminais, deverá continuar a sofrer imposição daquela pena até o seu limite final se a tanto for necessária em nome da prevenção especial (Franco, 1993, p. 535).

Alvino Augusto de Sá, ao discutir a natureza dos exames criminológicos e as formas de prognose na LEP, diferenciava entre parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC) – “o parecer da CTC deveria voltar-se eminentemente para a execução, para a terapêutica penal e seu aproveitamento por parte do sentenciado” (Sá, 1993, p. 43) – e o exame criminológico – “(...) peça pericial, analisa o binômio delito-delinquente e o foco central para o qual devem convergir todas as avaliações é a motivação criminal, a dinâmica criminal” (Sá, 1993, p. 43). Nesse quadro,

[a]o se estabelecerem as relações compreensivas entre essa conduta e esses fatores, se estará fazendo um diagnóstico criminológico. Na discussão, devem ser sopesados todos os elementos desse diagnóstico contrabalanceados com os dados referentes à evolução terapêutico-penal, de forma a se convergir o trabalho para um prognóstico criminológico, do qual resultará a conclusão final (Sá, 1993, p. 43).

Assim, o exame (pericial) entendido como idôneo para a prognose delitiva seria o de cessação de periculosidade, ou seja, avaliação análoga àquela voltada à aplicação de medida de segurança, realizada nos incidentes de insanidade mental (inim-

putabilidade), nos termos do art. 175 e seguintes da LEP (sobre o tema, conferir Weigert, 2017). Caso contrário, na ausência do exame, segundo as diretrizes da Reforma de 1984, o juízo seria absolutamente hipotético.

3. O Exame Criminológico no Projeto de Lei 2.213/21

Em 16 de junho de 2021, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.213/2021, de autoria do Deputado Alex Manente (Cidadania/SP), “que altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para estabelecer como condição necessária para a progressão ao regime aberto e da concessão do benefício da saída temporária a aplicação do exame criminológico”.⁵

O intuito da alteração legislativa é o de impor a obrigatoriedade dos exames criminológicos para a progressão de regime e a saída temporária. Como se pode observar da justificativa do PL, um dos fatos motivadores foi o recente caso de Lázaro Barbosa de Sousa, que não teria retornado ao presídio após uma saída de Páscoa. Até ser capturado e morto pela polícia, Lázaro praticou vários crimes, tendo sido o caso bastante explorado pela mídia. Nos termos do projeto:

[à] época, os psicólogos que ficaram responsáveis pela avaliação descartaram a hipótese de que Lázaro ganhasse o benefício da progressão de regime. Em 2014, o MP-DFT manifestou pela progressão de regime de Lázaro, mas sem benefícios externos, como saídas temporárias. Em 2016, Lázaro fugiu da penitenciária, após não retornar do benefício do “saidão” da Páscoa. Ele foi recapturado e

⁵ Veja-se o projeto na íntegra: Art. 1º Os artigos 112, 114, 122 e 123 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passam a vigorar com as seguintes redações: Art.112 (...). §1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão; Art.114 (...). II - Apresentar, pelos seus antecedentes e pelos resultados do exame criminológico, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina, baixa periculosidade, e senso de responsabilidade, ao novo regime; Art. 122 (...). § 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que não demonstrar aptidão para o convívio social, conforme resultados do exame criminológico a que deverá ser submetido, e o que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte; Art. 123 (...). I - Comportamento adequado ao convívio social, devendo ser constatado, necessariamente, baixa periculosidade do condenado, a partir do exame criminológico que deverá ser aplicado como condição necessária para a concessão do benefício (...) (NR); Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

cumpriu pena entre 7 de março de 2018 e 23 de julho de 2018, quando novamente cometeu fuga (...) (Projeto de Lei 2.213/2021, Exposição de Motivos).

Porém, não se pode deixar de notar que, no caso, o apenado empreendeu fuga do presídio, ou seja, a possibilidade de cometer crime em liberdade não decorreu do gozo do direito à saída temporária ou à progressão de regime. Não obstante, no projeto, é evidente a expectativa que se deposita no laudo criminológico (prever e conter a reincidência), a ponto de expressar que sua realização, no caso de Lázaro, teria evitado os delitos: “esse foi somente um exemplo que ilustra a necessidade de que somente com a avaliação criteriosa de um exame criminológico de que o preso não irá reincidir na prática de delitos, poderá haver progressão para o regime aberto, e a concessão do benefício da saída temporária” (Projeto de Lei 2.213/2021, Exposição de Motivos).

É importante mencionar, ainda, que a alteração sugerida no PL reinstaura e amplia os parâmetros impostos pela LEP, sobretudo após as divergências geradas pela reorientação dada pela Lei 10.792/03. A referida Lei alterou os requisitos referentes à concessão de livramento condicional e de progressão de regime, condicionando sua concessão à observância de dois requisitos: (a) cumprimento mínimo da pena (requisito objetivo) e (b) conduta carcerária satisfatória comprovada pelo Diretor do estabelecimento prisional (requisito subjetivo). Neste sentido, a Lei 10.792/03 exclui a obrigatoriedade do laudo criminológico, estabelecendo parâmetros processualmente mais rígidos, sobretudo no que tange à refutabilidade probatória (princípio do contraditório).

No entanto, as reações institucionais à exclusão da perícia criminológica foram imediatas, a ponto de, em abril de 2006, o Supremo Tribunal Federal decidir pela possibilidade de os juízes de execução penal requisitarem o exame quando entendessem necessário, consideradas as peculiaridades do caso e desde que motivada a decisão (STF, 2006). Com base nesse entendimento, foram editadas a Súmula Vinculante 26 do STF e Súmula 439 do STJ. Nestes termos,

(...) o exame passa a ser facultativo desde que o magistrado considere necessário o estudo à boa reinserção social do apenado, uma vez que 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 (STF, 2011).

A partir da consolidação jurisprudencial, na realidade da execução penal no Brasil, os laudos voltaram a ser um elemento indispensável à decisão judicial, especialmente nos pedidos de livramento condicional e progressão de regime. Nesse sentido, é possível afirmar que, apenas *formalmente*, a requisição dos laudos criminológicos deixou de ser obrigatória, já que, *materialmente*, os juízes não apenas determinam sua realização como amparam as decisões dos incidentes da execução penal com base nos pareceres técnicos (Roig, 2014, pp. 326-332; Pavarini/Giamberardino, 2018, pp. 284-286).

É importante sublinhar, ainda, que, na hipótese de aprovação do referido PL, haverá ampliação da utilização do exame na execução da pena, pois também será condição para concessão de saída temporária.

4. A inconsistência científica do exame criminológico: a crítica desde o saber psicológico

Antes de serem apresentados os argumentos jurídicos acerca das inconstitucionalidades relacionadas ao exame criminológico, é importante demonstrar como o campo psicológico, como *saber* e *profissão*, por meio de suas entidades representativas, compreendem como descabidos tais documentos: *inconsistentes*, do ponto de vista epistemológico; e *inadequados*, do ponto de vista ético.

A questão de fundo enfrentada pelos profissionais da psicologia é relativa à real possibilidade de realização de *prognoses de reincidência*, ou seja, se a psicologia, entendida como ciência e profissão, dispõe de instrumentos e técnicas capazes de projetar, com algum grau de certeza, a conduta humana futura.

4.1 É possível realizar prognose de reincidência?

No Direito Penal, a prognose de reincidência está intimamente ligada à ideia de *periculosidade*, que, do ponto de vista legal e dogmático, somente deveria ter lugar na fundamentação da inimizabilidade e determinação das medidas de segurança. A predição do comportamento delitivo diria respeito às possibilidades de uma pessoa voltar a praticar atos (violentos). Como fundamento da medida de segurança ou como perícia orientadora da progressão da pena, a lógica da avaliação é exatamente a mesma: examina-se a personalidade do réu/condenado com o objetivo de presumir futuros atos delitivos.

O problema nuclear está no fato de que, desde o conhecimento e a prática psicológicos, é no mínimo criticável essa capacidade de predição, pois, "*periculosidade* não se traduz por qualquer dado objetivo", sendo técnica e concretamente impossível "(...) demonstrar que A ou B, psiquicamente capaz ou incapaz, vá ou não realizar uma conduta ilícita no futuro". Assim, nas conclusões de Maria Lucia Karam, "a '*periculosidade*' do imputável é uma presunção, que não passa de uma ficção, baseada no preconceito que identifica o '*louco*' – ou quem quer que apareça como '*diferente*' – como perigoso" (Karam, 2008, p. 219).

Em face da impossibilidade concreta de predição do comportamento e das variáveis incontroláveis que podem alterar um juízo que, no máximo, será apenas probabilístico, Gabriel Neves, psiquiatra, evidencia que a *periculosidade* "é um conceito de pouca verificabilidade científica. É, antes, um conceito de senso comum, que pode ou não ser reforçado pelas evidências técnicas ou clínicas apontadas na perícia" (Neves, 2004, p. 102).

Neves explica que o próprio conceito de *perigo* é imaterial, sendo o juízo sobre o perigo sempre fundado na perspectiva do observador sobre a iminência de um dano, o que torna inconsistente e incerta qualquer avaliação que pretenda apresentar as probabilidades de um comportamento perigoso. Tais constatações levam inúmeros autores a recusar a possibilidade de “(...) considerar a periculosidade como uma categoria analítica válida” e/ou a considerá-la como um “(...) artifício jurídico para empalidecer o caráter arbitral da decisão do juiz”. Em última instância, representaria apenas um discurso de autoridade que legitimaria, “aos olhos do público” a decisão judicial, pois amparada “na opinião científica de um perito” (Neves, 2004, p. 105). Um argumento de autoridade, segundo Pavarini e Giamberardino (2018, p. 284).

Conforme Diniz,

não há evidências científicas na literatura internacional que sustentem a periculosidade de um indivíduo como uma condição vinculada à classificação psiquiátrica para o sofrimento mental. Periculosidade é um dispositivo de poder e de controle dos indivíduos, um conceito em permanente disputa entre os saberes penais e psiquiátricos (Diniz, 2013, p. 17).

Percebe Hoenisch que esse trabalho que acaba sendo realizado pelo perito no sistema penitenciário, principalmente o psicólogo, é fundado na *técnica de reconstituição de vida pregressa* que, via de regra, apenas confirma um rótulo anteriormente aplicado, que é o de criminoso (Hoenisch, 2002, p. 110). Desta forma, “a elaboração dos exames psiquiátricos obedece a um determinismo causal, onde o ‘nosólogo’ não só descreve a doença/delito do paciente/preso, mas também prescreve a sua conduta futura” (Ibrahim, 1995, p. 52). Nesse sentido, o técnico não projeta uma conduta futura (“o sujeito *irá* reincidir”), mas apenas reafirma um juízo posto (“o sujeito é criminoso”) com base em elementos do passado (“o sujeito *praticou* delitos).

Além dos problemas técnico-científicos acima indicados, há um fator situacional relevante que não pode ser desconsiderado: a viabilidade de exames psicológicos serem realizados no contexto prisional brasileiro, sabidamente precário, não apenas em relação ao ambiente no qual são realizadas as entrevistas, mas na própria condição em que vive o apenado. O Conselho Federal de Psicologia, em Parecer Técnico sobre os laudos criminológicos, explica os problemas técnicos e ambientais que envolvem a perícia:

no pouquíssimo tempo de entrevista, geralmente uma hora ou duas horas (às vezes as condições externas de avaliação permitem muito menos que isso) não é possível conhecer a personalidade do condenado e não existem condições técnicas ou estruturais para fazer uma 'prognose criminal' sobre possíveis reincidências (CFP, 2011).

Significa dizer que são genericamente três problemas que giram em torno da prognose de reincidência: (*primeiro*) é tecnicamente inconsistente, desde o saber psicológico, a predição de comportamento (limitações epistemológicas do saber); (*segundo*) as condições materiais e de superlotação dos estabelecimentos penitenciários brasileiros impedem que o encontro entre avaliador e avaliado aconteça em condições mínimas para uma avaliação psicológica adequada; e, finalmente, (*terceiro*) ainda que houvesse instrumento científico adequado e profissionais habilitados para projetar a conduta futura do apenado, o uso da perícia no âmbito jurídico é contestável do ponto de vista constitucional, como será abordado no último ponto deste parecer. Nesta questão, é interessante notar como se estabeleceu uma dependência pouco saudável do Direito ao saber psicológico no momento da decisão judicial sobre a liberdade do apenado.

4.2 A posição restritiva do Conselho Federal de Psicologia

Para demonstrar a tensão entre Direito e Psicologia a respeito do tema, é ilustrativo o conflito gerado pelas Resoluções do Conselho Federal de Psicologia, órgão responsável por zelar pelo

exercício da profissão no Brasil. As Resoluções foram editadas no sentido de orientar a atuação dos psicólogos no sistema carcerário, especialmente a produção de documentos nos processos judiciais.

O Conselho Federal de Psicologia (CFP) se manifestou contra a determinação de que os profissionais da área realizassem laudos criminológicos preditivos na execução penal na Resolução 09/10. A posição do CFP “provocou fortes reações tanto de setores ligados à execução penal quanto de setores da Psicologia envolvidos com a realização de perícias e avaliação psicológica” (Freitas, 2013, p. 15).⁶ No entanto, apesar da posição do CFP, a inexistência de consenso sobre a matéria ganhou visibilidade nacional e a permanência do exame criminológico foi mantida por decisões judiciais e administrativas que obrigaram a instituição a suspender a Resolução 09/10.

Apesar das decisões, em razão de o órgão representativo da categoria manter o entendimento da impossibilidade técnica de a ciência psicológica realizar prognose de reincidência e de que as práticas que resultavam no documento violavam o Código de Ética Profissional, o Conselho publicou nova Resolução em maio de 2011. A Resolução 12/11, em seu artigo 4, admitia a possibilidade de realização dos exames criminológicos, mas enfatizava a impossibilidade de serem presumidas as futuras ações das pessoas encarceradas.⁷

6 Disciplinava a Resolução: Art. 4º. Em relação à elaboração de documentos escritos: a) Conforme indicado nos Art. 6º e 112º da Lei nº 10.792/2003 (que alterou a Lei nº 7.210/1984), é vedado ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvam práticas de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado; b) O psicólogo, respaldado pela Lei nº 10792/2003, em sua atividade no sistema prisional somente deverá realizar atividades avaliativas com vistas à individualização da pena quando do ingresso do apenado no sistema prisional. Quando houver determinação judicial, o psicólogo deve explicitar os limites éticos de sua atuação ao juízo e poderá elaborar uma declaração conforme o Parágrafo Único. Parágrafo Único. A declaração é um documento objetivo, informativo e resumido, com foco na análise contextual da situação vivenciada pelo sujeito na instituição e nos projetos terapêuticos por ele experienciados durante a execução da pena (grifou-se).

7 Art. 4º. Em relação à elaboração de documentos escritos para subsidiar a decisão judicial na execução das penas e das medidas de segurança: a) A produção de documentos escritos com a finalidade exposta no caput deste artigo não poderá ser realizada pela(o) psicóloga(o) que atua como profissional de referência para o acompanhamento da pessoa em cumprimento da pena ou medida de segurança, em quaisquer modalidades como atenção psicossocial, atenção à saúde integral, projetos de reintegração social, entre outros. b) A partir da decisão judicial fundamentada que determina a elaboração do exame criminológico ou outros documentos escritos com a finalidade de instruir processo de execução penal, excetuadas as situações previstas na alínea 'a', caberá à(o) psicóloga(o) somente realizar a perícia psicológica, a partir dos quesitos elaborados pelo demandante e dentro dos parâmetros técnico-científicos e éticos da profissão. § 1º. Na perícia psicológica realizada no contexto da execução penal ficam vedadas a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexos causais a partir do binômio delito delincente. § 2º. Cabe à(o) psicóloga(o) que atuará como perita(o) respeitar o direito ao contraditório da pessoa em cumprimento de pena ou medida de segurança (grifou-se).

O impacto da nova Resolução resultou em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) com objetivo de suspender os seus efeitos em todo o país. Os principais argumentos apresentados pelo MPF foram relacionados à impossibilidade de o órgão vedar ao profissional atuante no sistema penitenciário a elaboração de prognóstico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexo causal com base no binômio delito-delinquente.

O *parquet* federal alegava que tais impedimentos afrontavam: (a) o direito constitucional ao livre exercício profissional dos psicólogos, especialmente àqueles com especialização em psicologia jurídica; (b) o direito dos profissionais ocupantes de cargos públicos no sistema prisional brasileiro de colaborar com a prestação jurisdicional; e (c) o direito da sociedade à prevenção de crimes por meio dos estudos da psicologia.

Sustentava o MPF, ainda, a ilegalidade da restrição imposta na Resolução da possibilidade de o juiz da execução penal determinar aos psicólogos a elaboração do exame criminológico, sobretudo porque o documento seria *essencial* para verificar os requisitos subjetivos para concessão de *benefícios* durante o cumprimento da pena pelo condenado.⁸

O entendimento foi conformado na sentença de primeiro grau, segundo entendimento de que, ao vedar ao psicólogo, na perícia realizada na execução penal, a elaboração do prognóstico criminológico de reincidência e aferição de periculosidade,

(...) o CFP suprimiu-lhe elementos essenciais, praticamente **esvaziando o conteúdo desse importante expediente de trabalho do juiz da execução penal**. A avaliação sobre a probabilidade de reincidência (...) depende de

⁸ O termo *benefício*, frequentemente usado, retira ou minimiza a natureza de direitos subjetivos públicos que são os incidentes da execução. Assim, segundo Salo de Carvalho, “interessante notar as consequências jurídicas impostas pela concepção administrativista em muitos casos ainda dominante. Admitir uma feição essencialmente administrativa (ou híbrida) da execução penal implica qualificar os direitos decorrentes dos incidentes como meros benefícios concedidos pelo Estado ao condenado, ou seja, medidas político-criminais facultadas ao juiz (regalias domésticas). Tal concepção contraria a ideia de que os incidentes de execução constituem verdadeiros direitos públicos subjetivos dos apenados frente à Administração e que podem ser postulados perante o Poder Judiciário (direito de petição). Ou seja, direitos que atenuam a qualidade e/ou a quantidade da pena imposta pela sentença penal transitada em julgado” (Carvalho, 2008, p. 165).

dados técnicos que embasam a análise acerca do preenchimento dos requisitos subjetivos para a concessão de benefícios de cumprimento de pena. **Esses dados, nas situações em que possível avaliá-los, devem ser fornecidos pelo profissional** habilitado para tanto, o psicólogo” (TRF4, 2013) (grifou-se).

Em sentido oposto, o CFP negou haver restringido a atividade profissional e salientou que o exame, nos termos da Resolução 12/11, vai muito além do prognóstico criminológico e que a elaboração de documentos pelo psicólogo na execução penal possui outras potencialidades, como a de analisar de forma integral a subjetividade do condenado, sem predições, o que também forneceria subsídios à progressão de regime ou ao livramento condicional. Ao estabelecer as condições técnicas e os princípios éticos para a atuação do psicólogo⁹, a Resolução 12/11 teria permitido uma avaliação ampla e contextualizada do apenado.

Para dirimir as dúvidas remanescentes, o CFP publicou Nota Técnica sobre a Resolução 12/11, na qual refere, dentre outros pontos, que não questiona a validade preditiva de instrumentos psicológicos, se realizados com rigor ético e técnico, mas apresenta a vedação para um tipo de prognóstico: reincidência criminal. Sublinha, inclusive, que o Instituto Brasileiro de Avaliação Psicológica (Ibap) refere não haver testes validados no Brasil que possibilitem essa predição.¹⁰

⁹ “Princípios Fundamentais: I. O psicólogo baseará o seu trabalho no respeito e na promoção da liberdade, da dignidade, da igualdade e da integridade do ser humano, apoiado nos valores que embasam a Declaração Universal dos Direitos Humanos; II. O psicólogo trabalhará visando promover a saúde e a qualidade de vida das pessoas e das coletividades e contribuirá para a eliminação de quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; III. O psicólogo atuará com responsabilidade social, analisando crítica e historicamente a realidade política, econômica, social e cultural; IV. O psicólogo atuará com responsabilidade, por meio do contínuo aprimoramento profissional, contribuindo para o desenvolvimento da Psicologia como campo científico de conhecimento e de prática; VII. O psicólogo considerará as relações de poder nos contextos em que atua e os impactos dessas relações sobre as suas atividades profissionais, posicionando-se de forma crítica e em consonância com os demais princípios deste Código” (CFP, 2005).

¹⁰ Seguem as principais diretrizes da Nota: “a) [que] não questiona a validade preditiva de instrumentos psicológicos a partir do rigor ético e técnico, somente apresenta a vedação para um tipo de prognóstico, o de reincidência criminal, para o qual, inclusive, de acordo com o Instituto Brasileiro de Avaliação Psicológica (Ibap), “não há no Brasil testes validados que possibilitem essa predição”; b) quanto ao estabelecimento de nexos causal entre o binômio delito-delinquente, segundo o Ibap, a relação entre traço e comportamento é buscada por meio de evidências científicas (empíricas): os traços são relativamente estáveis ao longo da vida e há comportamentos mais comuns apresentados por pessoas que apresentam um determinado traço mais marcante; c) O estabelecimento de nexos entre “traço e comportamento” são elementos fundamentais para a prática da avaliação psicológica, a qual deve compreender o sujeito em toda sua integralidade, sem reduzi-lo à explicação de possíveis traços de personalidade a partir da relação exclusiva com o crime cometido. Vedado à avaliação psicológica o estabelecimento de nexos causal na lógica delito-delinquente nada mais é do que transpor para a prática da Execução Penal os pressupostos do Código de Ética Profissional do Psicólogo, notadamente os Princípios Fundamentais I, II, III, IV e VII, e os Artigos 1º, alínea c e 2º, alíneas a, g e h” (CFP, 2011).

Caberia, indagar, portanto, com Freitas,

(...) por que a insistência em utilizar um instrumento que é questionado pela própria Psicologia quanto à sua validade e às implicações éticas do seu uso. Ora, o dissenso, por si só, já não apontaria para a fragilidade desse exame? Seria uma atitude responsável manter este instrumento duvidoso para decidir entre o cárcere e a liberdade de alguém? (Freitas *et al*, 2013, p. 23).

O que fica evidenciado, com base nos argumentos trazidos pelo MPF e pelo CFP na Ação Civil Pública, é que o PL 2213/21 procura instrumentalizar o juízo de execução penal de um argumento de autoridade em razão da insegurança sentida pelo Poder Judiciário em decidir os incidentes da execução penal. No cotidiano da execução penal, o exame criminológico e, especificamente, a prognose de reincidência funcionam como elementos de suporte e legitimação da decisão, independentemente do fato de as próprias ciências incumbidas da sua realização afirmarem sua incapacidade de aferir comportamento futuro e de os seus órgãos representativos criticarem esta prática dos pontos de vista epistemológico e ético.

5. A Inconsistência Normativa do Exame Criminológico: a crítica desde o marco constitucional

O sistema adotado pela LEP, em 1984, reforçado e ampliado nos termos do PL 2213/21, instaura uma espécie de delegação do conteúdo da decisão judicial ao técnico (psicólogo ou psiquiatra). No entanto, o problema está para além do fato de o juiz utilizar a perícia criminológica como razões de decidir. Se, como vimos, inexistem ou são, no mínimo, questionáveis os critérios científicos das ciências *psi* sobre a prognose de reincidência, resta a questão: que elementos (dados empíricos) seriam utilizados pelo técnico para aferir condutas futuras?

Vera Malaguti Batista, ao estudar a atuação dos operadores secundários do sistema penal, demonstra como:

(...) estes quadros técnicos, que entraram 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 (Batista, 1997, p. 77).

A criminóloga carioca evidencia como a falta de critérios objetivos e tecnicamente controláveis acaba abrindo espaço para que o perito, e, posteriormente, o magistrado, com base nos pareceres técnicos, profiram juízos não-científicos, mas julgamentos morais sobre a vida e as vulnerabilidades do condenado, em um mecanismo de (auto)reprodução de estigmas que congelam a pessoa em uma identidade criminosa. Não por outra razão são históricas, na literatura jurídica, as críticas no sentido de que os exames criminológicos violam direitos fundamentais do preso não atingidos pela sentença condenatória, como a intimidade e a vida privada.

5.1 A inviolabilidade da intimidade e da vida privada (direito penal do fato)

As práticas materializadas nos laudos de prognose delitiva retomam conceitos superados pelo campo criminológico como *propensão ao delito*, *causas da delinquência* e *personalidade voltada para o crime*. Em realidade, reinstituem ou consolidam discursos de base etiológica que fundem o discurso do direito com o da psiquiatria, regredindo a execução da pena aos primórdios do positivismo naturalista, e, em consequência, inviabilizando as condições reais enfrentadas pelo sujeito, seja na prática do delito, seja no cumprimento de pena – “psicólogos, psiquiatras, pedagogos, médicos e assistentes sociais trabalham em seus pareceres, estudos de caso e diagnósticos, da maneira acrítica, com as mesmas categorias uti-

lizadas na introdução das ideias de Lombroso no Brasil” (Batista, 1997, p. 86). Não por outra razão, Eugenio Raúl Zaffaroni aponta que este ideal de medição da periculosidade é uma das pretensões mais ambiciosas e, ao mesmo tempo, o maior equívoco da criminologia etiológico-individualista (Zaffaroni, 1988, p. 244).

Em efeito, se a estrutura constitucional impõe que o processo penal seja fundado em princípios acusatórios (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência) e que o julgamento do réu seja vinculado ao direito penal do fato (análise do delito e não do seu autor), a proposição encontrada no PL 2213/21 inverte as diretrizes postas na Constituição; exatamente porque, em razão dos déficits científicos, historicamente, a avaliação pericial concentrou-se em juízos morais sobre a individualidade do apenado, quando muito sobre a gravidade do próprio delito que impôs a pena, conformando uma estrutura penal de autor refutada pelo sistema constitucional que garante a inviolabilidade da intimidade e o respeito à vida privada do condenado.

Neste cenário é que se compreende todo o esforço legislativo, na edição da Lei 10.792/03, e profissional, com as Resoluções do CFP, em procurar fornecer elementos confiáveis e objetivos para a decisão judicial. Mais, de reduzir a discricionariedade e, inclusive, o arbítrio judicial para que fosse possível a formação de uma convicção fundada em dados objetivos e refutáveis processualmente, como o tempo de pena e o bom comportamento carcerário, atestado pela ausência de registro de falta grave homologada judicialmente nos últimos doze meses.

5.2 A inviolabilidade do contraditório, da presunção de inocência e do *nemo tenetur se detegere* (direito processual penal acusatório)

A falta de critérios objetivos que indiquem a base empírica que sustenta o laudo e a sua conseqüente e inevitável conversão em juízo moral evidencia um problema processual insuperável: a irrefutabilidade dessa prova pericial. O princípio constitucional

do contraditório (art. 5º, inciso LV) não está adstrito ao procedimento em *cross-examination* (“exame cruzado”), ou seja, ao direito garantido às partes de inquirir a testemunha arrolada pela parte contrária e de manifestar-se em todas as ocasiões em igualdade de condições. O contraditório diz respeito, também, ao conteúdo e à natureza da prova.

Nesse sentido, são admitidas em processo penal apenas provas que possam ser refutadas do ponto de vista objetivo, assegurando-se o controle metodológico da sua produção e científico do seu conteúdo. Dados irrefutáveis do ponto de vista técnico, em decorrência de natureza metafísica ou mística, impedem qualquer tipo de contrariedade e, portanto, não são admissíveis. Em última instância, ofendem o devido processo legal. Pensemos, por exemplo, na polêmica sobre o uso de “prova psicografada” no Tribunal do Júri e na evidente impossibilidade de refutação. A verificação empírica do objeto de prova é a base que sustenta um processo penal que se pretenda democrático.

A conclusão parece, pois, evidente: se inexitem parâmetros científicos válidos que assegurem a predição de comportamento, e se a experiência em sede de execução penal demonstra que os laudos criminológicos se estruturam em argumentos morais ou, quando muito, em reanálise do próprio fato que determinou a condenação (“gravidade do fato anterior”), seu conteúdo passa a ser irrefutável do ponto de vista empírico, o que viola a garantia ao contraditório e ao devido processo legal.

Ademais, há, ainda, um elemento complementar que deriva da forma (procedimento) como são elaborados os pareceres criminológicos. O psicólogo, previamente informado pelos documentos constantes no processo de execução penal, procede à avaliação técnica fundamentalmente com base na *entrevista* do apenado. Lembre-se, por exemplo, todo o argumento trazido pelo CFP relacionado às péssimas condições nas quais são realizadas as entrevistas, principal elemento do laudo.

Ocorre que se os pareceres técnicos são elaborados fundamentalmente com base na entrevista e se o depoimento do apenado, em sede processual (processo de execução), pode gerar restrições aos seus direitos – por exemplo, negativa do pedido de progressão de regime – exatamente em razão daquilo que informou na perícia e que foi traduzido no laudo, deveria ser obrigatória a informação destes possíveis ônus. Inclusive, sendo garantido ao periciando o direito ao silêncio e mesmo de que a negativa ao comparecimento na entrevista não possa ser valorada em seu prejuízo. Em síntese, ao ser obrigado a submeter-se à perícia, o apenado está sujeito à possibilidade de produzir prova contra si, situação que viola o princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*.

Nesse sentido, as considerações de Aury Lopes Jr., que apontam a aplicabilidade do direito de silêncio em todas as fases da persecução, tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução:

[d]essaarte, através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o preso não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicá-lo, tais como a obrigação de participar das entrevistas para elaboração dos laudos técnicos. Tem o direito de não ir ou de calar, sem qualquer prejuízo. E o medo está justificado pela inadequação das técnicas empregadas e pelo imenso perigo que representa o subjetivismo incontável dos laudos (Lopes Jr., 2003).

Nota-se, pois, que a fragilidade (hipossuficiência) do apenado não se verifica apenas no fato de se submeter à perícia nas condições degradantes de encarceramento e de encontro com o psicólogo, mas na própria impossibilidade de exercer os seus direitos mínimos como o direito ao silêncio.

Outra quebra de garantia derivada da prognose de reincidência é relacionada à presunção de inocência. Em se tratando de juízo hipotético – mesmo se considerado o laudo válido cientificamente –, a denegação da progressão de regime ou do livramento condicio-

nal a partir da não verificação de "(...) condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir" (art. 83, parágrafo único, CP, redação dada pela Lei 7.209/84) implica a restrição de direitos com base na antecipação de culpabilidade por atos futuros. Inverte-se, pois, o princípio consagrado no art. 5º, inciso XLVII, da Constituição, transformando o processo de execução penal em um procedimento isento de garantias, tipicamente inquisitivo.

6. Considerações finais

A discussão sobre o papel dos técnicos (criminólogos) na execução penal, fomentada pela proposição legislativa em análise, nos faz lembrar as recomendações apresentadas no Relatório Final da investigação desenvolvida pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), no final da década de 1980, coordenada por Zaffaroni (1986).

O Relatório percebia inexistir nos ordenamentos jurídicos latino-americanos qualquer tipo de intervenção participativa da pessoa submetida à pena privativa de liberdade na definição dos rumos da execução, ou seja, mesmo no sistema correccional voltado à reinserção, o indivíduo era excluído da elaboração do programa ao qual é subordinado. Assim, segundo o documento, laudos e pareceres sobre os condenados refletiam (e seguem refletindo) imagens estereotipadas e juízos estigmatizantes, sentido infamante altamente negativo. Em efeito, resultam em nítida "(...) agressão à personalidade, totalmente contrária aos fins que se propõe formalmente o sistema, importando em uma séria violação da esfera íntima da pessoa" (Zaffaroni, 1986, p. 209).

Se desde o plano normativo a pena privativa de liberdade não pode, sob nenhuma justificativa, comprometer a personalidade e a intimidade do condenado, os profissionais que atuam na execução precisam estar subordinados formalmente a tais premissas que constituem o estatuto de direitos mínimos do preso. Não por outra razão, o Relatório (Zaffaroni, 1986, pp. 209-210) estabelece diretrizes a serem incorporadas à prática dos técnicos, tais como: (*primeiro*) que a observação e a classificação dos condenados

ocorra em período de tempo razoavelmente breve, com a participação de equipe multidisciplinar controlada pelo juiz da execução penal, possibilitando a intervenção do apenado na estruturação do programa ao qual será submetido; (*segundo*) que os informes das comissões de classificação se abstenham de avaliar aspectos concernentes à esfera íntima da pessoa, baseando-se em modelos adequados às características culturais de cada comunidade; (*terceiro*) que os profissionais e funcionários intervenientes fiquem submetidos às regras do segredo profissional ou funcional e que seus informes não sejam agregados indiscriminadamente aos autos do processo.

Embora as proposições sejam mais voltadas aos pareceres classificatórios (e não à perícia criminológica propriamente dita), seu conteúdo deve orientar a elaboração de qualquer documento realizado por profissionais da saúde em sede de execução penal, sejam psiquiatras, psicólogos ou assistentes sociais. Também por essas razões, entendemos que o Projeto de Lei 2213/21, que altera a Lei nº 7.210/84, a fim de estabelecer o exame criminológico como condição necessária à progressão ao regime aberto e à concessão de saída temporária, (*primeiro*) não se sustenta em premissas científicas válidas e (*segundo*) apresenta significativos déficits constitucionais, motivo pelo qual é contraindicada a sua aprovação pelo parlamento nacional.

Referências Bibliográficas

BATISTA, Vera Malagutti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malagutti. O Proclamado e o Escondido: a violência da neutralidade técnica. **Discursos Sediciosos**, v. 03. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CFP - Conselho Federal de Psicologia, **Código de Ética Profissional do Psicólogo** - Resolução 010/2005. Brasília: CFP, 2005.

CFP - Conselho Federal de Psicologia, **Nota Pública**, Brasília, 2011.

CFP – Conselho Conselho Federal de Psicologia, **Parecer Técnico**, Brasília: CFP, 2011.

DINIZ, Débora. **A Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil: censo 2011**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2013.

FEELEY, Malcon; SIMON, Jonathan. La Nueva Penología: notas acerca de las estrategias emergentes em el sistema penal y sus implicaciones. **Delito y Sociedad**, v. 4, n. 6-7, 1995.

FRANCO, Alberto Silva *et alii*. **Código Penal e sua Interpretação Judicial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FREITAS, Cristiano Rodrigues *et al* (orgs). **Fragmentos de Discursos (não tão amorosos) sobre o Exame Criminológico**. Rio de Janeiro: CRP, 2013.

HOENISCH, Julio César Diniz. **Divã de Procusto**: critérios para perícia criminal no Rio Grande do Sul. Dissertação, Pós-Graduação em Psicologia, PUCRS, Porto Alegre, 2002.

IBRAHIM, Elza. Exame Criminológico. *In*: RAUTER, Cristina *et alii*. (coord.). **Execução Penal**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

KARAM, Maria Lúcia. Punição do Enfermo Mental e Violação da Dignidade. **Verve**, v. 2, São Paulo: PUCSP, 2008.

LOPES Jr., Aury. A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal. **Boletim do IBCCrim**, v. 123, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia Dialética**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

NEVES, Gabriel. Manicômio ou Presídio? A Imputabilidade Penal. *In*: CORONEL, Luiz Carlos Illafont (org.). **Psiquiatria Legal**: informações científicas para o leigo. Porto Alegre: Conceito, 2004.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de Penologia e Execução Penal**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

PAVARINI, Massimo. Cárcere sem fábrica. *In*: GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada; CARVALHO, Salo de (orgs.). **Cárcere sem Fábrica**: escritos em homenagem a Massimo Pavarini. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. São Paulo, Saraiva, 2014.

SÁ, Alvinio Augusto. Equipe Criminológica: Convergências e Divergências. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

STF – Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, *Habeas Corpus* 108804, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 08/11/2011.

STF – Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, *Habeas Corpus* 88052/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/04/2006, DJ 28/04/2006.

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ação Civil Pública 5028507-88.2011.404.7100/RS.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Medidas de segurança e reforma psiquiátrica**: silêncios e invisibilidades nos manicômios judiciários brasileiros. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coord.). **Sistemas Penales y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Depalma, 1986.