



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

ALENE BARBOSA LEAL

**ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO PARA A
PROGRESSÃO DE PENA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

FORTALEZA

2014

ALENE BARBOSA LEAL

ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO PARA A
PROGRESSÃO DE PENA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Áreas de concentração: Criminologia e
Execução Penal.

Orientador: Professor Mestre Raul Carneiro
Nepomuceno

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- L436a Leal, Alene Barbosa.
Análise sobre a necessidade do exame criminológico para a progressão de pena a luz dos princípios da humanidade e da individualização da pena / Alene Barbosa Leal. – 2014.
84 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Criminologia e Execução Penal.
Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.
1. Pena (Direito) – Brasil. 2. Criminologia - Brasil. 3. Crime - Brasil. I. Nepomuceno, Raul Carneiro (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

ALENE BARBOSA LEAL

ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO PARA A
PROGRESSÃO DE PENA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Áreas de concentração: Criminologia e
Execução Penal.

Aprovada em: ____ / ____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Mestre Sérgio Bruno Araújo Rebouças
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Camilla Karla Barbosa Siqueira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, à minha família e aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me acompanhado por toda a minha jornada, guiando-me pelos caminhos mais difíceis e me dando forças para continuar firme e serenamente em busca de meus objetivos.

À minha família, minha base e minha essência. À minha mãe, pelo exemplo de perseverança e pelo amor incondicional. Ao meu pai, pelo constante incentivo aos estudos. Aos meus irmãos, Alan e Aline, pela amizade e pelo exemplo de pessoa e de profissionais que são e que me inspiram a ser. À vovó Nair, pela sua doçura e de seus cafés que me mantiveram acordada. Às tias Nezinha e Célia, por me acolherem em todos os momentos em que precisei. A eles e aos demais, dedico este e todos os meus futuros trabalhos.

Ao meu namorado e melhor amigo, Tainã, pela companhia constante durante toda a realização desse trabalho e durante todos esses sete anos e oito meses os quais estamos juntos. Agradeço por ter lido e corrigido todo o meu trabalho inúmeras vezes, por sempre ter me incentivado a estudar e por ter escutado todas as minhas lamentações diárias, mas, principalmente, agradeço por ter acreditado em mim quando até eu mesma duvidava. A ele, com todo amor, por compartilhar comigo todos os momentos e por tornar esse caminho – e qualquer outro o qual eu trilhe ao seu lado – muito mais bonito. Agradeço também à sua família, que já considero como minha, por todo o carinho que tiveram ao me acolher.

Aos amigos de longa data, da época do Colégio Lourenço Filho e do Colégio Ari de Sá, pela amizade duradoura que resistiu à distância e aos mais de dez anos de convivência. Agradeço, em especial, à Jamille, à Vanessa, ao Jorge, ao Daniel, à Gabi e à Lara, por todo o esforço para se manterem presentes e por todas as alegrias dos reencontros.

Aos amigos da Faculdade de Direito, pelo prazer da convivência durante esses cinco anos de vida acadêmica. Às *amies* Amannda, Meline e Rafaella, por estarem comigo desde a fila da matrícula ou do primeiro dia de aula, durante e para além da faculdade. Agradeço a elas pela amizade que não se limitou aos estudos para provas, aos grupos para apresentação de trabalhos, aos lugares guardados em sala de aula, às reclamações em relação à realidade da universidade pública, mas que se estendeu para além dos muros da UFC e, assim espero, por toda a vida. Agradeço também à Thamyres, pela amizade que, mesmo tardia, veio nos momentos em que mais precisei. À Raquel, pela companhia no estágio da Procuradoria Geral do Estado, pelas caronas e por me fazer rir até nos momentos mais inesperados, e à Cris, por me ajudar nas dúvidas em relação à monografia e pelas palavras de apoio nos meus momentos

de nervosismo. E aos demais amigos - Natasha, Lara, Marília, Kinjo, Ana Lúcia, entre outros – pela alegria de compartilhar com vocês esse momento tão importante da minha vida.

Aos membros do Núcleo Interdisciplinar em Direito e Literatura – NIDIL, por compartilharem comigo o amor pela literatura e a inquietude em relação às amarras que o mundo jurídico muitas vezes nos apresenta, mas que, como acreditamos, os livros podem ajudar a desatar.

Aos companheiros de estágio na Procuradoria Geral de Justiça e na Procuradoria Geral do Estado, pela oportunidade de aprendizado. À Dra. Vanja Fontenele Pontes, Procuradora de Justiça, pela dedicação e pelo amor que tem à profissão, os quais tanto nos motivam a realizar um bom trabalho. Ao Dr. Amisterdan de Lima Ximenez, Promotor de Justiça, por me ensinar que é possível realizar um trabalho sério com muito bom humor. À Alessandra, à Nádia e à Celina, por toda a orientação, os cuidados e os bons momentos que me proporcionaram. À Dra. Maria Lúcia Fialho Colares, Procuradora do Estado, pela sua calma e serenidade no manejo da profissão. E aos amigos da Procuradoria Fiscal, que me acolheram tão bem e compartilharam comigo tantas risadas e conhecimentos durante esses quase cinco meses.

Aos professores da Faculdade de Direito da UFC, pelos ensinamentos, tanto jurídicos quanto de vida, e pela dedicação aos alunos e ao magistério. Aos professores Raul Nepomuceno, Janaína Noletto, Macedo, Sérgio Rebouças, Mazé, Bruno Weyne, Rodrigo Barbosa, Newton Albuquerque, Gustavo Raposo, Mantovanni Colares, Lino Menezes, Samuel Arruda, Joyceane Menezes.

Aos membros da minha banca examinadora, professor Sérgio Rebouças e mestrandas Camilla Karla Barbosa Siqueira, por terem aceitado tão prontamente o meu convite e por se fazerem presentes nesse momento de suma importância da minha vida acadêmica.

Em especial, agradeço ao meu orientador, professor Raul Carneiro Nepomuceno, que, muito além do auxílio na construção desse trabalho – ajuda de imensurável valia –, foi, para mim e para muitos outros alunos, uma inspiração e uma fagulha de esperança em meio a tantas decepções em relação ao mundo do Direito. Àquele que mais fez jus ao título de mestre, o meu mais sincero muito obrigada!

“Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana.”

- Carl Gustav Jung

RESUMO

O presente trabalho realiza uma análise acerca da utilização do exame criminológico como requisito para a progressão de regime, considerando os princípios da individualização e da humanidade das penas. A realização do exame era prevista como obrigatória para a concessão do benefício da progressão, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal. Todavia, em face da mudança ocorrida com o advento da Lei nº 10.792/2003, a redação do art. 112 da LEP foi modificada, retirando-se o exame criminológico como requisito obrigatório. Em decorrência do novel da legislação, surgiram divergências no âmbito da doutrina e da jurisprudência, as quais permeiam até hoje as discussões acerca da utilização desse instituto no procedimento da execução penal. Apesar da edição da Súmula nº 439, do Superior Tribunal de Justiça, e da Súmula Vinculante nº 26, com o intuito de pacificar o posicionamento divergente dos tribunais superiores, persistem as opiniões contrárias, restando o exame criminológico como instrumento de cunho facultativo para a concessão da progressão de regime, cabendo ao magistrado optar, de maneira fundamentada, pela sua utilização ou não. Todavia, considerando as condições do sistema penitenciário brasileiro, bem como as disposições da nossa legislação pátria, em especial, a Lei de Execução Penal, deve-se salientar a necessidade da prática desse laudo criminológico, com o fito de concretizar os objetivos essenciais da aplicação das sanções penais e, conseqüentemente, da LEP, qual seja, a adequada reinserção do social do apenado.

Palavras-chave: Exame Criminológico. Execução Penal. Progressão de Pena. Individualização da pena. Humanidade da pena.

ABSTRACT

This work performs an analysis on the use of criminological examination as a requirement for the regimen's progression, considering the principle of individualization of punishment and the principle of the humanity. The examination was scheduled as required for granting this benefit, pursuant to the art. 112 of the Penal Execution Law. However, considering the change caused by the Law nº 10.792 / 2003, the wording of art. 112 was modified, removing the criminological exam as a mandatory requirement. Due to the new law, disagreement arose within the doctrine and jurisprudence, which pervade today's discussions about the use of this instrument in the procedure of criminal enforcement. Despite the issue of Precedent 439 of the Superior Court of Justice, and Binding Precedent No. 26, in order to pacify the dissenting position of the superior courts, persist contrary opinions, leaving the criminological examination as an instrument of voluntary nature for granting the convict's requests, leaving the magistrate chooses, grounded way, its use or not. However, considering the conditions of the Brazilian prison system, and the provisions of our legislation, in particular the Penal Execution Law, we must stress the need for the practice of criminological report, with the aim to achieve the basic objectives of the application of criminal punishments and, consequently, the Penal Execution Law, namely, the adequate social reintegration of the sentenced.

Keywords: Criminological examination. Criminal Enforcement. Regimen's progression. Individualization of punishment. Humanized punishment.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	A CRIMINOLOGIA E A SUBJETIVIDADE DO CRIME	16
2.1	Conceito de Criminologia	16
2.2	Evolução histórica da Criminologia	17
2.2.1	<i>Período Pré-científico</i>	18
2.2.2	<i>Período Científico</i>	21
2.2.2.1	<i>Escola Positiva Italiana</i>	21
2.3	Surgimento do exame criminológico	24
2.3.1	<i>Aspectos subjetivos do crime e da pena</i>	24
2.3.2	<i>Primeiras previsões do exame criminológico</i>	29
3	O EXAME CRIMINOLÓGICO	32
3.1	Conceitos iniciais	32
3.2	Técnicas de avaliação dos apenados	34
3.2.1	<i>Parecer da Comissão Técnica de Classificação</i>	35
3.2.2	<i>Exame de personalidade</i>	38
3.3	O exame criminológico e a progressão de pena	41
3.3.1	<i>A previsão do exame criminológico na Lei de Execução Penal</i>	42
3.3.1.1	<i>Etapas do exame criminológico</i>	44
3.3.1.2	<i>Centro de Observação Criminológica</i>	46
3.3.2	<i>Fases do exame criminológico e as mudanças da Lei nº 10.792/2003</i>	47
3.3.3	<i>Súmula Vinculante nº 26 e Súmula nº 439 do STJ</i>	50
3.3.4	<i>Resoluções do Conselho Federal de Psicologia</i>	51
4	APLICABILIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	54
4.1	O papel dos princípios constitucionais na execução penal	55
4.2	O exame criminológico e sua fundamentação principiológica	59
4.2.1	<i>Princípio da humanidade da pena</i>	59
4.2.2	<i>Princípio da individualização da pena</i>	65
4.3	A utilização do exame criminológico para a progressão de pena	68
4.3.1	<i>Correntes acerca do uso do exame criminológico</i>	69

4.3.2	<i>Posicionamento jurisprudencial</i>	75
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
6	REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

A existência do crime, em sentido amplo, é intrínseca à existência da sociedade, e o fascínio pelo seu estudo instiga muitos. Assim, a existência da criminologia remonta aos primórdios da humanidade e a todos que já ousaram desbravar os estudos sobre o crime, o criminoso e os demais fatores que envolvem esse fato social.

No decorrer da história da Criminologia, perpassou-se por diversas fases as quais tiveram enfoques distintos quanto ao estudo da relação do homem com o crime. Apenas com o surgimento da denominada Escola Positiva Italiana, no último terço do século XIX, tendo entre seus principais representantes Lombroso, Garófalo e Ferri, tem-se a passagem dessa disciplina da etapa pré-científica, baseada na dedução e na especulação, para a sua etapa científica, marcada pela observação, pela indução e pelo método positivo.

Foi no período científico, com o positivismo criminológico, que se traz à tona o estudo do crime relacionado ao criminoso e à realidade social dele, criando uma concepção de um criminoso como um subtipo humano. Assim, a Criminologia como disciplina científica passou a estudar o crime e o criminoso em seus diversos aspectos e fatores, levando também em consideração o caráter subjetivo do crime, ou seja, fatores oriundos da personalidade do indivíduo que cometeu o delito e que poderiam tê-lo motivado a essa ação, aspectos estes que poderiam estar relacionados com fatores psicológicos, biológicos e psiquiátricos.

É nesse contexto que surgem questionamentos acerca da necessidade da realização de um estudo aprofundado sobre a personalidade de um criminoso, fortalecendo-se principalmente com os trabalhos realizados por Cesare Lombroso em sua obra “O homem delinquente”.

Nessa senda, surge o conceito de exame criminológico, um exame que deveria ser feito no indivíduo delinquente com o fito de analisar sua personalidade e os fatos que influenciaram a sua ação criminosa. O exame, então, passa a ser alvo de estudos e discussões pelo mundo.

No Brasil, o exame criminológico só foi consolidado com o surgimento da Lei de Execução Penal, em 1984, sendo considerado, de acordo com a sua previsão legal, como um instrumento o qual serviria para a classificação dos apenados e para a análise de concessão de benefícios da progressão de pena.

Ocorre que, com as mudanças legislativas ocorridas em 2003, em face do advento da Lei nº 10.792/03, retirou-se da Lei de Execução Penal, especificamente do seu art. 112, a

previsão do exame criminológico como requisito obrigatório para a progressão de pena. Tal transformação gerou inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, surgindo divergências nos posicionamentos acerca da validade dessa transformação legal e das reais consequências que ela havia trazido para o procedimento da execução penal, ou seja, se o exame criminológico estava banido de vez do nosso ordenamento jurídico ou se apenas estava extinta a sua obrigatoriedade, tornando-o procedimento facultativo, cabendo, assim, ao juiz a escolha em realizá-lo ou não para fundamentar a sua decisão acerca da progressão de pena.

Nesse sentido, o objetivo dessa pesquisa jurídica é verificar a relevância do exame criminológico para a progressão de pena no sistema penal brasileiro, considerando as mudanças legais, os posicionamentos dos nossos tribunais superiores, bem como levando em consideração os princípios da humanidade da pena e da individualização da pena, princípios constitucionais os quais são base para fundamentação da Lei de Execução Penal, e, conseqüentemente, do exame criminológico.

O primeiro capítulo desse trabalho intenta em fazer uma breve análise histórica da evolução da Criminologia, destacando as principais escolas e vertentes do período pré-científico até o período atual, enfatizando a relevância que elas davam aos aspectos subjetivos do crime, culminando no surgimento do exame criminológico.

O capítulo seguinte desta pesquisa monográfica traz o conceito de exame criminológico e busca fazer uma comparação desse instituto com as demais técnicas de avaliação dos apenados previstas na Lei de Execução Penal, trazendo, também, uma análise da legislação brasileira em relação à exigência do exame para a fundamentação da decisão de progressão de pena, com base nas mudanças legais, na edição da Súmula Vinculante nº 26 – STF – e da Súmula nº 439 – STJ, bem como nas Resoluções do Conselho Federal de Psicologia.

Por fim, o capítulo três tem como objetivo analisar a relevância dos princípios constitucionais para a execução penal, enfatizando os conceitos dos princípios da humanidade da pena e da individualização da pena, e, então, estabelecer uma relação entre tais princípios com a aplicabilidade do exame criminológico, analisando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a problemática acerca da obrigatoriedade ou não do exame criminológico para a progressão de regime, bem como da real necessidade desse procedimento, em face dos princípios da humanidade e da individualização da pena.

A presente pesquisa foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial. No que tange à pesquisa bibliográfica, foram feitas consultas aos livros de

doutrina especializados no tema em tela e às produções científicas e acadêmicas sobre o assunto, tais como artigos científicos e jornalísticos, bem como dissertações. Em relação à pesquisa jurisprudencial, foram abordadas jurisprudências sobre o tema tratado, bem como foram feitas consultas à Constituição e a Lei de Execução Penal.

Em suma, destaca-se a relevância deste trabalho monográfico, tendo em vista que a questão acerca da aplicação do uso do exame criminológico como requisito para a progressão de pena representa não só uma mudança na legislação, mas principalmente uma transformação que pode trazer consequências na efetividade do procedimento de execução da pena, envolvendo não só o sujeito condenado, mas também a coletividade.

2 A CRIMINOLOGIA E A SUBJETIVIDADE DO CRIME

2.1 Conceito de Criminologia

Desde muito tempo se discute acerca da origem do crime e de quais os motivos determinantes que levam um indivíduo a cometê-lo. Por ser um tema que sempre instigou diversos estudiosos, acabou por originar a Criminologia, ramo científico de estudos sobre o crime e o criminoso, tendo também como objetos de estudo a vítima e a reação social ao comportamento criminoso.

De acordo com Shecaira (2013, p. 35):

Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a aplicação da infração penal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes.

Já para Gomes e Molina (2012, p. 39):

A Criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplando este como problema individual e social -, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente.

A Criminologia, então, ainda na visão desses autores, seria um ramo de estudos que tem como características um método marcado pela interdisciplinaridade e pelo empirismo; a pluralidade de objetos de estudo - ao contrário do Direito Penal, por exemplo, que tem como ênfase o estudo das normas penais -, tais como a análise do delito, do delinquente, da vítima e do controle social; e as suas funções, que seriam a de explicar e prevenir o crime, bem como a de intervir na pessoa do infrator e buscar avaliar os diferentes modelos de resposta social ao crime.

Todavia, é válido ressaltar que a ciência criminológica tem seus aspectos peculiares, pois, apesar do seu caráter científico, é uma área de estudo que tem seu foco no ser humano enquanto criminoso, analisando fatos sociais, que não são características de uma ciência exata. Para Gomes e Molina (2012), inclusive, ela pode ser considerada como uma ciência do “ser”, se distanciando das características de segurança e certeza inerentes a outras ciências.

Ademais, esse ramo de estudos não busca uma resposta definitiva nem tem a pretensão de trazer informações exatas, mas, na verdade, traz em sua metodologia a busca por fatores, por variáveis, por correlações capazes de tornar mais claras as motivações e as origens do crime. Para os supracitados autores, isso se deve, principalmente, ao fato de que o homem, como objeto da Criminologia, não se limita à “causalidade”, à “reatividade” e à “força”, porque, na verdade, é sujeito, e não apenas objeto, das transformações da história, ou seja, transforma e é transformado. É uma ciência empírica, baseada em métodos indutivos, de análise e observação, ao contrário do Direito, que é uma ciência normativa, baseada em uma metodologia lógica e dedutiva.

Além disso, a Criminologia, como ciência marcada pela interdisciplinaridade, ocupa-se do delito, o qual também é objeto de interesse de outras áreas, como a Filosofia, a Sociologia, o Direito Penal etc. É importante, então, que o conceito de delito que a Criminologia utiliza seja delimitado, pois não existe um conceito único e pacífico de delito e porque essa especificação é necessária para a autonomia da Criminologia enquanto ciência.

Nesse sentido, conforme dispõem Gomes e Molina (2012), a Criminologia deve analisar o delito como comportamento individual, e, principalmente, como um problema social e comunitário, que envolve a coletividade, e compreendendo esse fato de acordo com sua acepção original, com todo seu valor de enigma e relativismo. Assim, o delito seria algo de interesse coletivo, social, tendo em vista que o seu autor está inserido nessa coletividade e que os seus efeitos refletem na realidade social.

Antes da discussão sobre o exame criminológico e a sua necessidade para a progressão de pena no regime penal brasileiro, à luz dos princípios da individualização da pena e da humanidade, far-se-á uma breve análise histórica do desenvolvimento da Criminologia como ciência e dos seus aspectos que valorizavam o fator da subjetividade no estudo do crime e do criminoso, culminando, finalmente, nos estudos sobre o exame criminológico.

2.2 Evolução histórica da Criminologia

O estudo da Criminologia não é algo recente. Delimitar um marco histórico, uma data específica para o seu nascimento, seria impossível, pois, conforme explicita Gomes e Molina (2012), o principal objeto de estudo desse ramo, ou seja, o crime, é um fenômeno humano e social o qual não se delimita por fronteiras. O crime, quando considerado em sentido amplo, existe desde os primórdios da humanidade.

Assim, a existência desse interesse pelo estudo intrigante do crime e do criminoso é algo que existe desde que existe a humanidade, pois o crime vem fascinando o homem por tempo indeterminado. Assim, a Criminologia, mesmo que ainda não revestida dos aspectos da cientificidade, existe desde que houve o crime.

A Criminologia vem se desenvolvendo no decorrer da história da humanidade, estando em constante avanço, assim como as outras ciências, tendo em vista a sua necessidade de adaptação ao contexto histórico no qual está inserida. Em sua história, passou por algumas fases, tais como pelo período pré-científico e pelo período científico, e assim foi se construindo enquanto modalidade científica, definindo seus métodos e ferramentas de estudos.

Relevante salientar, nesse sentido, que, conforme afirma Shecaira (2013), o foco dos estudos criminológicos, inicialmente, não era o criminoso. A ênfase no estudo do indivíduo autor do delito ocorreu principalmente com o surgimento do positivismo criminológico, que trouxe à tona a dicotomia crime-criminoso para a Criminologia.

Conforme explicita Orsolini (2003), é apenas no século XIX, com o surgimento da Criminologia enquanto ramo definido da ciência, que começa a ocorrer essa mudança de foco no objeto de estudo da Criminologia, abrindo-se espaço para debater acerca da necessidade de uma análise específica do sujeito criminoso e um estudo aprofundado da sua personalidade. Essa tese passou a ter ênfase inicialmente com os estudos de Cesare Lombroso, especificamente quando trouxe a temática a ser abordada no Congresso Internacional Penitenciário de São Petersburgo, em 1890.

A partir do surgimento da Criminologia como saber científico derivado do positivismo naturalista e etiológico da escola italiana, da qual fazia parte Lombroso, bem como Ferri e Garófalo, outros importantes estudiosos do período, esse ramo foi recepcionado no mundo científico como uma ciência de caráter coadjuvante, sendo considerada auxiliar da ciência principal (direito penal), dando-lhe suporte no fornecimento de elementos que a sustentassem e a legitimassem, conforme explicita Carvalho (2013). A sua independência só vem a ser conquistada no decorrer do seu desenvolvimento enquanto ciência, mas até hoje é marcada pela sua estreita relação com diversas áreas.

Não obstante o seu caráter de disciplina científica, não é possível afirmar que a Criminologia é uma ciência unificada, com um só modelo padrão a ser seguido. Na verdade, ela é uma área de estudos marcada pela pluralidade de discursos e de visões. Nesse sentido, afirma Carvalho (2013, p. 41):

Desta forma, importante pontuar que, diferentemente das disciplinas dogmáticas, atreladas ao formalismo (dogmatismo), não houve (sequer há) padronização, ou seja, inexiste “a” criminologia. Há criminologias, entendidas como pluralidade de discursos sobre o crime, o criminoso, a vítima, a criminalidade, os processos de criminalização e as violências institucionais produzidas pelo sistema penal. A premissa permite, inclusive, sustentar a fragilidade epistemológica de qualquer discurso que se pretenda científico, visto não ser factível a visualização dos pressupostos mínimos que possam auferir esta qualificação – v.g. unidade e coerência metodológica, definição de objeto, delimitação de horizontes de pesquisa, direcionamento teleológico das investigações.

Conforme o exposto, a Criminologia é uma área de estudos interdisciplinar, plural em discursos, uma ciência do “ser”, que não tem como intuito principal a busca de respostas exatas e de informações absolutas acerca dos fenômenos sobre os quais se debruça.

Ademais, ela não tem um ponto específico que marque o seu surgimento exato. Todavia, em sentido estrito, a Criminologia como ciência tem seu marco inicial com o surgimento da Escola Positiva Italiana (*Scuola Positiva*), de acordo com Gomes e Molina (2012), e teve como seus principais representantes Lombroso, Garófalo e Ferri. Essa vertente marca a divisão da ciência criminológica em duas fases - a etapa pré-científica e a etapa científica -, as quais serão abordadas nos pontos seguintes.

2.2.1 Período Pré-científico

Importante ressaltar que, antes mesmo da obra de Lombroso, que é considerada o marco inicial tanto da Criminologia quanto dos estudos sobre o exame criminológico, já existiam estudos e teses sobre a criminalidade. Na etapa da Criminologia conhecida como pré-científica, essas teorias da criminalidade eram marcadas principalmente pelas generalizações, por isso ausente de uma característica de cientificidade.

De acordo com Gomes e Molina (2012), havia duas principais vertentes de estudos nesse período: a denominada “clássica” e outra conhecida como “empírica”. A primeira era resultado dos pensamentos do Iluminismo, dos Reformadores e do Direito Penal “clássico”, possuindo um método abstrato, dedutivo e formal. A segunda já possuía um método mais específico, no qual especialistas em determinadas áreas realizavam seus estudos sobre o crime e já começavam a se utilizar do método empírico indutivo.

A Criminologia Clássica adota uma orientação principalmente jusnaturalista, a qual possui um entendimento de crime como fato pontual, isolado dos demais fatores sociais e que não possui relação alguma com a personalidade do indivíduo infrator. Seria apenas um mero

descumprimento da legislação vigente, sendo realmente decisivo o fato criminoso em si, não o autor. (GOMES; MOLINA, 2012)

Nessa visão, esse período da Criminologia tinha a tendência de conceber o crime como um ato sem nenhuma ligação com outros pontos capazes de influenciar o autor do crime à prática desse ato, tais como a sua personalidade, o ambiente no qual estava inserido e seu meio de relacionamento social.

O tripé do pensamento clássico, conforme dispõem Gomes e Molina (2012), é formado pela ideia do homem como ser racional, igual e livre, pela teoria do pacto social fundamentando a sociedade civil e o poder, e pela concepção utilitária dada ao castigo. Todavia, a Criminologia Clássica não foi capaz de proporcionar aos poderes públicos de sua época dados necessários para a elaboração de um eficaz programa político-criminal de prevenção e de combate ao crime.

Apesar de estar inserido em um período instável em relação ao sistema penal, por ser uma época marcada pelo caos e pela arbitrariedade das monarquias absolutistas, época que urgia por uma grande intervenção em seu sistema penal, o período clássico trouxe contribuições limitadas. Buscou apenas respostas relacionadas à pena justa e equivalente ao delito cometido, justificando o uso do castigo para o controle social, mas não contribuindo para uma visão mais crítica da Criminologia.

No que tange ao período que dá início às orientações de base empírica, este concentra-se mais em uma observação do indivíduo delinquente e de seu meio, através de seu método empírico indutivo. É considerado o precursor do positivismo criminológico. Trouxe contribuições em diversas áreas, tais como: Ciência Penitenciária; Fisionomia; Frenologia; Psiquiatria; Antropologia.

Ademais, é válido ressaltar a importância da Escola Cartográfica, também conhecida como Estatística Moral, a qual é considerada precursora do positivismo sociológico e do método estatístico. A partir dos estudos dessa vertente criminológica, inicia-se a abordagem do crime como fato social, e por isso, esse fenômeno era considerado um acontecimento normal e regular. Seria o crime um fenômeno que envolve a coletividade e que deve ser analisado quantitativamente.

Por estar inserida no período da Revolução Industrial, no final do século XVIII e início do século XIX, essa escola tinha interesse em responder aos questionamentos que envolviam os graves problemas sociais da época, utilizando-se do método estatístico. Trouxe

como contribuições a ideia do crime como fenômeno social, e que estaria relacionado com a liberdade individual daquele sujeito que comete o delito.

O crime também é visto por esses estudiosos como algo constante, que se repete com periodicidade, capaz de ser analisado pelo método estatístico, e essa abordagem quantitativa do crime também seria capaz de fazer uma comparação entre os problemas sociais e as oscilações na periodicidade da criminalidade.

Apesar de ter trazido contribuições relevantes, essa escola da Criminologia foi ofuscada pela Escola Positiva e o grande fenômeno que foi a obra de Cesare Lombroso.

2.2.2 *Período Científico*

O período científico da Criminologia tem início no final do século XIX e tem como seu marco inicial o surgimento da Escola Positiva Italiana (*Scuola Positiva*). Traz um método empírico indutivo que se contrapõem à Criminologia Clássica. Tem como seus principais representantes Lombroso, Garófalo e Ferri.

Esse momento, segundo Ferri (2004), representou um novo curso do direito criminal, marcando uma mudança radical para se analisar o delito, pois, para os positivistas, a missão, na verdade, seria lutar contra o delito por meio de um conhecimento científico das suas causas, com o intuito de restabelecer a ordem social, sendo este o princípio que justificava a necessidade da pena. Dessa forma, o positivismo criminológico tem uma importância científica e prática, na visão do autor, pois é a aplicação do método experimental ao estudo dos delitos e das penas. Assim, esse ramo científico veio como um legitimador da ordem burguesa de aplicação das penas.

2.2.2.1 *Escola Positiva Italiana*

O positivismo criminológico surgiu com a Escola Positiva Italiana e é considerado o marco inicial da Criminologia enquanto ciência, tendo em vista o seu método empírico indutivo ou indutivo experimental, que deu a esse ramo de estudos características de ciência. Deixaram-se de lado as deduções lógicas do período clássico, dando lugar ao método experimental.

Conforme explicita Ferri (2004, p. 43-44, tradução nossa):

Em suma, a escola criminal positiva não consiste unicamente, como todavia parecia cômodo para muitos críticos, no estudo antropológico; pois constitui uma renovação completa, uma mudança radical de método científico no estudo da patologia social criminal, e do que há de mais eficaz entre os remédios sociais e jurídicos que nos oferecem. A ciência dos delitos e das penas era uma exposição doutrinal de silogismos, nascidos da força exclusiva da fantasia lógica; nossa escola tem feito dela uma ciência de observação positiva, que, fundando-se na Antropologia, Psicologia e Estatística Criminal, assim como no Direito Penal e os estudos penitenciários, chega a ser a ciência sintética que eu mesmo a chamo “Sociologia Criminal”. E assim esta ciência, aplicando o método positivo ao estudo do delito, do delinquente e do meio, não faz outra coisa que levar à Ciência Criminal Clássica o sopro vívido das últimas e irrefreáveis conquistas feitas pela ciência do homem e da sociedade, renovada pelas doutrinas evolucionistas.¹

Nesse sentido, o positivismo criminológico visualiza o delito como um fato natural, real, que é resultado das contradições da vida social. Por isso, para sua melhor compreensão, o delito deve ser analisado levando em consideração as suas causas, ou seja, a etiologia do crime, que seria necessário para combatê-lo em sua essência, sendo capaz, inclusive, de criar programas de prevenção realmente eficazes. Assim, a ênfase no indivíduo autor do delito está em destaque até mesmo do próprio crime.

Para essa escola, o castigo que a pena representa é fundamentado na ideia da responsabilidade social que se tem ao se viver em sociedade. Assim, o social é prioridade para essa vertente, que se baseia em uma ideia de que o “homem delinquente” é diferenciado do “homem normal”.

Contribuindo para esse pensamento, afirma Ferri (2004) que a sociedade está dividida em três categorias: uma classe mais elevada, a qual não é formada por pessoas delinquentes, pois são seres honrados, categoria esta para a qual o Direito Penal é inútil; uma classe mais baixa, composta por indivíduos privados de educação, de onde surgem a maior parte dos criminosos natos; e uma classe composta de indivíduos que não são criminosos natos, mas que são capazes de cometerem crimes quando tentados, pois não são dotados de toda a honra, e é dessa classe que provém os criminosos de ocasião, para os quais a pena realmente poderia ter um valor relevante para a sua reeducação.

1 “En suma, pues, la escuela criminal positiva consiste únicamente, como todavía parecía cómodo creer a muchos críticos, en el estudio antropológico del criminal; pues constituye una renovación completa, un cambio radical de método científico en el estudio de la patología social criminal, y de lo que hay de más eficaz entre los remedios sociales y jurídicos que nos ofrece. La ciencia de los delitos y de las penas era una exposición doctrinal de silogismos, dados a luz por la fuerza exclusiva de la fantasía lógica; nuestra escuela ha hecho de ello una ciencia de observación positiva, que, fundándose en la antropología, la psicología y la estadística criminal, así como sobre el derecho penal y los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética que yo mismo he llamado «sociología criminal». Y así esta ciencia, aplicando el método positivo al estudio del delito, del delincuente y del medio, no hace otra cosa que llevar a la ciencia criminal clásica, el sopro vivificador de las últimas e irrefragables conquistas hechas por la ciencia del hombre y de la sociedad, renovada por las doctrinas evolucionistas.”

Cesare Lombroso é o estudioso mais conhecido desse período. Ele representou os estudos antropológicos dessa seara. Trouxe contribuições importantes, tais como a tipologia (“delinquente nato”), a sua teoria criminológica e, principalmente, o seu método empírico. Fez mais de quatrocentas autópsias de delinquentes e mais de seis mil análises em criminosos vivos, bem como estudou com base em vinte e cinco mil presos em instituições europeias, para provar a sua teoria do delinquente nato, conforme disposto por Gomes e Molina (2012).

Tendo como base os seus exames em seres humanos, em animais, em plantas, concluiu que os delinquentes estariam divididos em seis grupos: o “nato”; o louco moral (doente), o epilético, o louco, o ocasional e o passional. O criminoso “nato” seria um subtipo humano, marcado pelo atavismo e por inúmeros “estigmas” que são transmitidos hereditariamente e que lhe identificam como um delinquente. Seria um ser inferior, atávico, que se desenvolveu como os outros, representando uma regressão dos seres humanos normais, e que sofria de epilepsia, representada por algumas lesões cerebrais.

Todavia, conforme explicita Shecaira (2013), Lombroso não foi um inovador. Ele soube se utilizar das ferramentas já postas ao seu redor para produzir uma teoria compatível com o seu tempo. Fez uso de atributos dos fisionomistas e dos frenologistas, por exemplo, para realizar os seus exames e construir sua teoria do homem delinquente. Dos antropólogos, extraiu o conceito de atavismo, e dos psiquiatras, a ideia dos loucos morais. Todavia, o fato de utilizar o método indutivo – método este utilizado por Lombroso considerar o crime como um fato biológico, e não jurídico – foi talvez o principal fator que deu destaque aos estudos lombrosianos, trazendo contribuições em métodos que são utilizados até hoje, inclusive no que tange ao exame criminológico.

Enrico Ferri foi outro autor de destaque do positivismo criminológico. Trouxe algumas modificações necessárias à teoria lombrosiana, por meio da sua sociologia criminal, colaborando para a abordagem de uma visão mais ampla da criminologia, envolvendo fatores antropológicos, sociais e físicos. Assim, considerava o crime como um fato social que poderia ter sua incidência antecipada e quantificada se o cientista contasse com os fatores necessários para essa análise, tais como fatores físicos, individuais e sociais, baseando-se na chamada lei da “saturação criminal”.

Já Raffaele Garófalo, outro importante estudioso desse período, trouxe como contribuição um positivismo moderado, conforme explicitam Gomes e Molina (2012). Estabeleceu conceitos como do “delito natural”, que consiste numa série de atos criminosos delimitados em qualquer sociedade e em qualquer momento, independentes dos diferentes

princípios legais de cada lugar. Fundamentou o comportamento criminoso em uma anomalia psíquica ou moral, a qual seria um déficit moral na personalidade do criminoso. Colaborou também com importante contribuição no que tange à filosofia do castigo, dos fins da pena e sua fundamentação, medidas de repressão e prevenção do crime, afirmando que o Estado deve eliminar o criminoso que não se adapta à sociedade e à convivência no meio social.

A Escola Positiva trouxe inúmeras contribuições para a Criminologia enquanto ciência, influenciando diversas vertentes criminológicas que foram surgindo a partir daí. Conforme dispõe Shecaira (2013), devido ao fato de o positivismo criminológico ter surgido em um período de eclosão de outras ciências, acabou por motivar o caráter multidisciplinar da Criminologia. Além de ter influenciado ao inovar em relação ao método empírico indutivo, também se destacou por dar enfoque ao estudo do delinquente em si, e não apenas do crime como fato isolado.

Mesmo com suas falhas, esse período merece destaque pela sua riqueza de contribuições e por proporcionar essa mudança de enfoque dos estudos criminológicos, importante, especificamente, para esse trabalho, por trazer uma visão que prioriza o indivíduo como protagonista do estudo desse fenômeno social que é o crime, sem, contudo, desconsiderar os fatores que estão ao seu redor, importantes para a análise de todo o contexto no qual se realiza o crime.

2.3 Surgimento do exame criminológico

2.3.1 Aspectos subjetivos do crime e da pena

Conforme já explicitado acima, a Criminologia é uma ciência do “ser”, com métodos empíricos, indutivos, que não tem em si a pretensão de respostas exatas e definitivas, e sim análises de diversos fatores que contribuam para a compreensão desse fato social que é o crime.

Nesse sentido, a subjetividade é uma característica importante, tanto para ser instrumento como para ser objeto de análise da Criminologia. No caso de ser uma ferramenta de estudo, aspectos como o subjetivismo, a empatia e a intuição não são de todo incompatíveis com o método criminológico, pois podem possibilitar o investigador de melhor captar e compreender os significados do mundo criminal.

No que tange à análise da subjetividade como objeto de estudo da Criminologia, já se pode observar, pelo que foi abordado nesse trabalho até aqui, que os estudos criminológicos, com o advento da Escola Positiva, passaram a dar ênfase ao sujeito delinquente como importante fator para análise do crime como fenômeno social. Ademais, também se nota que o indivíduo não deve ser considerado isoladamente, assim como o crime não deve ser visto como um fato pontual, tendo em vista todos os outros fatores que podem ser capazes de influenciar na incidência do crime.

A Criminologia lida com um objeto de estudo que está intimamente relacionando com a história da humanidade e que pode trazer consequências capazes de influenciar profundamente a vida dos seres humanos. Assim, conforme afirma Sá (2007, p. 155),

Portanto, a Criminologia, ainda que ciência, não deve ter a pretensão de se manter neutra em relação aos valores humanos, ao valor da pessoa, ao valor do “outro”. Sua visão do homem e das vicissitudes de sua conduta, embora sem abrir mão de caráter racional e científico, deve ultrapassá-lo e atingir uma dimensão “metarracional”, na expressão de Beristain, dentro da compreensão do todo, na qual se desvanecem as antinomias e se superam as exclusões.

O homem não é um ser isolado do mundo, inerte aos acontecimentos, sem uma história, sem influência dos fatores ao seu redor, mas também não pode ser considerado apenas um reflexo dos estímulos sob os quais está submetido, nem mero resultado de um conjunto de dados genéticos. Conforme afirmam Gomes e Molina (2012), em contraposição ao que afirmam as escolas criminológicas quando analisadas pontualmente, na verdade, o homem está sempre aberto ao processo de interação com a sociedade, em constante transformação, vulnerável aos condicionamentos, mas também capaz de escolher como irá agir diante de determinada situação, se irá ou não cumprir o que diz a lei. O homem, então, é um ser complexo, que envolve nele os mais variados fatores, advindos do meio externo ou oriundos da sua própria subjetividade.

Destarte, o crime seria, então, o resultado de fatores sociais e de fatores individuais, envolvendo a subjetividade do ser protagonista dessa ação. Assim, cada um desses pontos teria a sua influência no acontecimento do fato criminoso, contribuindo para a ocorrência ou não dessa ação.

Nesse sentido, a Criminologia, quando se propõe a trazer informações à sociedade e aos poderes públicos sobre o delito, o delinquente, a vítima e o controle social, buscando compreender o problema da criminalidade, prevenir e intervir de maneira eficaz no criminoso,

não é de todo razoável que se desconsidere, para isso, todos os fatores que podem influenciar nesse fato social. Conforme dispõem Fernandes e Fernandes (2012, p. 51),

Ora, o crime é um fenômeno social e a criminalidade depende do estado social. Tenha o delito sua gênese em um fator biológico ou endógeno ou numa causa mesológica, ou até na combinação desses fatores internos e externos, é inegável que o crime é uma manifestação de vida coletiva, não fosse a existência de apenas duas pessoas consideradas em grupo social.

Ainda em consonância com o que afirmam os aludidos autores, o crime é um fato que é intrínseco à vida em sociedade e sua origem está relacionada à existência de conflito entre os interesses dos indivíduos que ali convivem. Na visão dos autores, “É como se a criminalidade fosse uma oposição do indivíduo à sociedade. Por isso que também deriva de interesses personalíssimos” (FERNANDES; FERNANDES, 2012, p. 52)

As características personalíssimas dos indivíduos têm influência no desenvolvimento das suas ações, inclusive tendo repercussão em seus atos criminosos, e, conseqüentemente, no procedimento da execução. Nesse sentido, afirma Nucci (2010, p. 999):

Os antecedentes (vida pregressa criminal do condenado) e a personalidade (conjunto de características individuais do ser humano, parte herdada, parte adquirida) são importantes fatores de análise para a individualização executória da pena. A personalidade, por exemplo, muda com o passar do tempo, constituindo algo dinâmico e não estático, apresentando considerável melhora ou piora, razão pela qual deve o magistrado avaliar o sentenciando de acordo com o cenário no qual está inserido.

Dessa forma, na visão de Fernandes e Fernandes (2012), tendo em vista a existência dessa colisão de interesses, o homem delinquente seria aquele indivíduo que não conseguiu adaptar bem a convivência entre suas características personalíssimas e a vida em sociedade. Levando em consideração o que expõem esses autores sobre os conceitos freudianos de id (que seria o inconsciente do indivíduo), superego (que funciona como uma consciência, uma censura daquilo que provém do id, de maneira a adaptar o que o indivíduo pode externalizar em consonância com o que seria aceitável socialmente) e ego (que seria aquela parte que o indivíduo externaliza, após passar pelo filtro social do superego), o indivíduo criminoso seria, então, consequência de conflitos entre o ego e o superego, ou seja, entre a sua personalidade e aquilo que é realmente aceita no convívio social.

É importante ressaltar, todavia, que o objetivo da Criminologia, na verdade, é o controle razoável do delito, tendo em vista que a erradicação desse fato social é uma meta que pode ser considerada inviável e utópica, de acordo com o que dispõe Gomes e Molina (2012). Assim, a intervenção da Criminologia busca uma antecipação, na medida do possível, da

incidência do crime, não se limitando a atuar no que tange às medidas legais e punitivas, mas sim buscando dar respostas ao problema social que representa a criminalidade, de maneira racional e eficaz, como propõe a “prevenção primária”.

Destarte, há muito se busca especificar os motivos de se aplicar a pena, sendo suas razões variáveis desde o caráter meramente punitivo até o caráter de prevenção e ressocialização do indivíduo. Nesse sentido, Cesare Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas”, já trazia essa ideia de que a pena advém da necessidade, mas que, todavia, esse direito de punir deve ser exercido com limitações.

Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo. (BECCARIA, 2010, p. 19 e 20)

Lombroso (2007) também trouxe em sua obra a ideia de que a pena só surge tendo em vista a necessidade a qual advém do “abuso do mal” e da realização de novos delitos, e que a sanção penal só veio a ser cogitada após ser criado o conceito de delito.

Levando-se em consideração a evolução da ideia relacionada ao direito de punir na história da Criminologia, Fernandes e Fernandes (2012, p. 107) sintetizam da seguinte forma:

De sorte que durante dezenas de séculos imperou o direito de punir o infrator com a justificativa da vingança, o que propiciava bárbaros castigos como aqueles do apedrejamento e do açoite. Com o surgimento e aclamação do livro *Dos Delitos e das Penas*, do italiano Cesar Bonesana, conhecido por Marquês de Beccaria (1738-1794), é que passou a prevalecer o caráter social do direito de punir, sendo abolidas as penas desumanas e cruéis, nisto sobrepassando a influência das ideias de filósofos como Kant, Voltaire e Bentham. Em fins do século XIX, com a Antropologia Criminal (Lombroso, Ferri, Garófalo etc.) é que o crime passou a ser apontado como um ato individual e concreto, proveniente quiçá da individualidade hereditária do delinquente. Porém, marginalizada a tese lombrosiana do regresso atávico propiciando o criminoso nato com o surgimento da Sociologia Criminal, criada por Enrico Ferri em 1914, descobriu-se que igualmente contribui para o delito o ambiente sociocultural e que o criminoso, não raro, é um desajustado ou um doente a ser tratado e provavelmente curado. Um dos paladinos da corrente sociológica.

Ademais, ainda na visão de Gomes e Molina (2012), a moderna Criminologia correlaciona três postulados, que atuam como fundamento científico para embasar essa intervenção a ser realizada na sociedade: a nocividade da intervenção penal; a complexidade do mecanismo dissuasório e a possibilidade de se ampliar o campo de intervenção, antes limitada ao infrator, passando a incidir nos outros elementos do *cenário* criminal.

Foucault (2013) também traz essa fundamentação de que a intervenção deve levar em consideração não apenas o delito em si e o seu autor, isolados, e sim analisar esse fato de maneira mais profunda, correlacionando aos diversos fatores capazes de influenciar ou não na incidência da criminalidade.

Eis, porém, que durante o julgamento penal encontramos inserida agora uma questão bem diferente de verdade. Não mais simplesmente: “O fato está comprovado, é delituoso?” Mas também: “O que é realmente esse fato, o que significa essa violência ou esse crime? Em que nível ou em que campo da realidade deverá ser colocado? Fantasma, reação psicótica, episódio de delírio, perversidade?” Não mais simplesmente: “Quem é o autor?” Mas: “Como citar o processo causal que o produziu? Onde estará, no próprio autor, a origem do crime? Instinto, inconsciente, meio ambiente, hereditariedade?” Não mais simplesmente: “Que lei sanciona esta infração?” Mas: “Que medida tomar que seja apropriada? Como prever a evolução do sujeito? De que modo será ele mais seguramente corrigido?” Todo um conjunto de julgamentos apreciativos, diagnósticos, prognósticos, normativos, concernentes ao indivíduo criminoso encontrou acolhida no sistema do juízo penal. (FOUCAULT, 2013, p. 23)

A Criminologia, para Gomes e Molina (2012), vem, então, como um dos pilares da ciência criminal, fornecendo o substrato empírico do sistema penal e seu fundamento científico, e atuando de maneira conjunta com a Política Criminal e o Direito Penal. Nessa visão, o saber criminológico busca uma intervenção eficaz e realmente reabilitadora do delincente. Para isso, leva em consideração o verdadeiro impacto que a pena pode ocasionar em quem a cumpre, no intuito de tornar possível a criação de ações e programas de reinserção do infrator. Ademais, também dá ênfase à necessidade de a sociedade perceber o crime como um problema de todos, com o intuito de que assuma o seu papel na reinserção social do indivíduo.

Face ao exposto, considerando que a Criminologia atua no sentido de correlacionar esses fatores para um melhor funcionamento da intervenção penal na sociedade e no indivíduo delincente, Foucault (2013, p.25) aponta que:

Resumindo: desde que funciona o novo sistema penal – o definido pelos grandes códigos dos séculos XVIII e XIX – um processo global levou os juízes a julgar; e o poder de julgar foi, em parte, transferido a instâncias que não são as dos juizes da infração. A operação penal inteira se carregou de elementos extrajurídicos. Pode-se dizer que não há nisso nada de extraordinário, que é do destino do direito absorver pouco a pouco elementos que lhe são estranhos. Mas uma coisa é singular na justiça criminal moderna: se ela se carrega de tantos elementos extrajurídicos, não é para poder qualificá-los juridicamente e integrá-los pouco a pouco no estrito poder de punir; é, ao contrário, para poder fazê-los funcionar no interior da operação penal como elementos não jurídicos; é para evitar que essa operação seja pura e simplesmente uma punição legal; é para escusar o juiz de ser pura e simplesmente aquele que castiga (...).

Sobre as respostas para a pergunta “por que punir?”, existem teorias variadas, que se veem ainda em meio a dilemas. Pune-se para prevenir que o delito seja novamente cometido por este ou por outros indivíduos? Ou pune-se para que o autor do crime pague com dor e sofrimento equivalentes aos danos que causou ao delinquir?

Todavia, este trabalho não tem a pretensão de responder a esses questionamentos, que até hoje permeiam as discussões sobre a teoria da pena. O objetivo dessa pesquisa é levantar uma discussão e uma reflexão, levando em consideração os métodos utilizados especificamente no nosso sistema penal brasileiro, acerca de qual seria a melhor maneira de tornar a aplicação da pena um meio mais justo e adequado para os objetivos propostos pela nossa Lei de Execução Penal. Para isso, seria necessário levar em consideração os aspectos subjetivos que permeiam a prática de um crime? Seria o exame criminológico, então, o meio mais adequado para se tentar aferir essas características?

Nesse sentido, após ter-se feito essa reflexão acerca da relevância dos aspectos subjetivos do crime e da sua relação com a aplicação da pena, far-se-á, agora, uma análise sobre o surgimento do exame criminológico, instituto que passou a considerar esses aspectos para a aplicação do procedimento de execução penal.

2.3.2 *Primeiras previsões do exame criminológico*

De acordo com Orsolini (2003), os debates acerca do exame criminológico foram iniciados com os estudos de Cesare Lombroso, especificamente no Congresso Internacional Penitenciário de São Petersburgo, no ano de 1890. Somente após esse marco inicial, o exame criminológico passou a ser discutido em outros congressos e cursos, destacando-se, por exemplo, o Congresso de Londres, em 1925, que determinou a criação de uma organização para observação dos delinquentes, bem como o I Congresso Internacional de Criminologia, ocorrido em Roma, em 1938, que definiu a necessidade de realização do estudo da personalidade do indivíduo autor do crime em três fases do rito judiciário: instrução, julgamento e execução.

Orsolini (2003) destaca também a relevância do XII Congresso organizado pela antiga Comissão Internacional Penal e Penitenciária, em 1950, realizado em Haia, o qual foi de suma importância no que tange ao papel que o exame criminológico passaria a ter para o procedimento da execução penal. Esse evento destacou a necessidade de um relatório prévio à sentença para servir de base à determinação da pena, sendo este relatório fundamentado nas

circunstâncias do crime, bem como nos fatores relativos ao próprio autor do crime, tais como a personalidade, os antecedentes sociais, o caráter, dentre outros.

Em 1951, ocorreu o Ciclo de Estudos Europeus, realizado pela ONU na cidade de Bruxelas, outro acontecimento importante no desenvolvimento das definições do exame criminológico. O Ciclo de Estudos Europeus definiu o formato do exame criminológico até a atualidade, pois determinou que o exame médico-psicológico e social, que seria realizado nos criminosos, deveria ser composto por quatro etapas: exame biológico; exame psicológico, exame psiquiátrico; exame social. (ORSOLINI, 2003)

Conforme afirma Sá (2007), no início das práticas do exame criminológico, eram adotadas posturas tradicionais, mais vinculadas à doutrina organicista. O exame tinha como metodologia um forte rigor científico, buscando analisar possíveis anormalidades, patologias ou outros fatores médicos, acreditando serem essas as principais motivadoras de uma conduta criminosa. Todavia, com o desenvolvimento da Criminologia, conforme já destacamos, os demais aspectos envolvidos no contexto do crime como fato social passaram a ser considerados na realização do exame. Nesse sentido, dispõe Sá (2007, p. 189):

Predominava uma visão predeterminista do comportamento criminoso: antropológica, antropométrica, biotipológica. Porém, à medida que a Criminologia, por força das diversas correntes de pensamento, avançou para uma compreensão menos determinista, mais polivalente e mais interdisciplinar (agora já não tanto acerca do comportamento criminoso isolado, e, sim, do crime como um complexo fenômeno social), o exame criminológico também começou a sofrer novas orientações, passando por uma abordagem multidisciplinar (na qual vários enfoques convergem para uma síntese sob a primazia de um determinado enfoque), e evoluindo para uma compreensão interdisciplinar (na qual busca-se uma síntese sob uma ótica na realmente interdisciplinar).

Importante salientar, então, a superação desse caráter determinista da Criminologia. Conforme explicitam Fernandes e Fernandes (2012, p. 55-56),

Na realidade, não há prova que exista o denominado “criminoso nato”. Ninguém tem uma hereditariedade de tal que deva ser inevitavelmente um criminoso, independentemente das situações em que é colocado ou das influências que sobre ele exercem. Um temperamento fleugmático, que permite supor ser herdado, pode preservar uma pessoa de ser criminosa num ambiente e torná-la criminosa noutro ambiente. Num ambiente, é o indivíduo que tem uma inteligência média que se torna criminoso, e noutro, é o indivíduo estúpido. Na formação da causalidade, devem ser incluídos tanto o traço individual como a situação; nem um nem outra atuam isoladamente na produção do delito. Toda pessoa é um “criminoso potencial”, mas são imprescindíveis contatos e direção de tendências para torná-la criminosa ou respeitadora da lei. O comportamento de algumas tribos da Índia patenteia que as anomalias individuais não são necessárias para o comportamento criminoso, porque, lá, todo membro da tribo cometeu crimes. Todavia, seguramente que eles têm traços individuais que os habilitam a compreender e a seguir os padrões.

Nessa senda, a visão de que o crime seria motivado principalmente por razões de caráter biológico, incluindo patologias e até fatores genéticos, quedou-se ultrapassada, com a evolução da ciência criminológica e a ênfase que passou a ser dada ao crime como fenômeno complexo, envolvendo questões sociais e subjetivas. Assim, o exame criminológico ganhou destaque como instrumento que possibilitaria essa análise da personalidade do criminoso e dos demais aspectos capazes de influenciar na realização do ato delinquente.

Face ao exposto, passa-se agora para a análise do exame criminológico em si e da sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

3 O EXAME CRIMINOLÓGICO

3.1 Conceitos iniciais

Face ao que foi analisado até agora em relação ao breve histórico da Criminologia, pode-se observar a evolução dessa ciência quanto ao destaque dado ao caráter da subjetividade do criminoso e da relevância que essa característica tem para a melhor compreensão do crime. A personalidade do indivíduo que atua no polo ativo da relação criminosa, com o decorrer do tempo, foi ganhando ênfase e foco no que tange aos estudos criminológicos, contribuindo para um melhor entendimento sobre os fatores que contribuem para a ocorrência desse complexo fato social.

Nessa visão, foi apenas após o início da fase científica da Criminologia, com os estudos de Cesare Lombroso, no século XIX, que se começa a estudar a possibilidade da realização de um estudo mais aprofundado sobre a personalidade do delinquente, o que ensejaria no surgimento do exame criminológico. Assim, o exame criminológico surge como um dos marcos dessa nova visão nos estudos acerca do crime, momento no qual se passa a dar importância essencial ao papel da personalidade de quem pratica o ato criminoso.

Para Orsolini (2003), foi a partir dos estudos de Lombroso que se ampliou a visão no que tange às causas dos crimes, passando-se, então, a serem levados em consideração os demais aspectos como capazes de influenciar na concretização de um fato criminoso, tais como o caráter e o temperamento do indivíduo, etc. Com isso, foi possível fazer uma distinção entre os criminosos ocasionais e os sintomáticos.

Atualmente, o exame criminológico é um exame composto por etapas psicológicas, biológicas e psiquiátricas, que busca fazer uma conexão e um sopesamento entre esses elementos sob o enfoque criminológico e analisar a personalidade do indivíduo que cometeu o crime, tentando aferir a capacidade de adaptação do apenado ao regime de cumprimento da pena, bem como a probabilidade de não mais delinquir e o grau de probabilidade de reinserção na sociedade. O objetivo desse exame é obter dados bem fundamentados de maneira que a decisão do magistrado no que tange à progressão de pena seja bem embasada.

Nesse sentido, conforme definição de Fernandes e Fernandes (2012, p. 213)

O exame criminológico tem a missão de estudar a personalidade do criminoso, sua capacidade para o delito, a medida de sua perigosidade e, ainda, sua sensibilidade à

pena e sua respectiva probabilidade de correção. O maior mérito do exame criminológico é aquele de permitir o conhecimento integral do homem-delinquente.

Por meio do exame criminológico, tem-se o intuito de analisar a personalidade do autor do crime, bem como de buscar ter uma previsão sobre a probabilidade de este indivíduo voltar ou não a delinquir. Nesse sentido, afirma Sá (2007, p. 191):

O exame criminológico é uma perícia. Como tal, visa o estudo da dinâmica do ato criminoso, de suas “causas”, dos fatores a ele associados. Oferece, pois, como primeira vertente, o diagnóstico criminológico. À vista desse diagnóstico, conclui-se pela maior ou menor probabilidade de reincidência, tendo-se então aí a segunda vertente, o prognóstico criminológico.

O exame criminológico caracteriza-se, então, como o conjunto de exames que têm como objetivo fazer uma análise da personalidade do homem delinquente, levando em consideração, também, a capacidade desse indivíduo de se adaptar à medida penal sob a qual será submetido e à reinserção dele na vida em sociedade.

Para Costa (2006), esses exames têm como objetivo uma investigação médica, psicológica e social, e, apesar de se fundamentar em um determinado fato concreto – o crime em questão –, pretende analisar todo o contexto que envolve o fato e apurar o perfil do criminoso, propondo medidas mais adequadas de recuperação e de reinserção social.

Assim, percebe-se que o exame criminológico, apesar de não desconsiderar a relevância dos fatores externos para que ocorra um fato criminoso, na realização de suas análises e pesquisas para a construção do diagnóstico e do prognóstico a ser aplicado ao indivíduo delinquente, dá um especial enfoque ao aspecto subjetivo, ou seja, à personalidade e às características psicológicas do autor do crime. Nesse sentido, conforme Fernandes e Fernandes (2012, p. 213),

O exame criminológico, que o eminente Hilário Veiga de Carvalho denominava “exame criminográfico”, deve se fundar no conceito moderno, segundo o qual a personalidade é a unidade individual, da qual é imprescindível considerar os aspectos morfológicos, funcional, psíquico e psicológico do indivíduo, além do aspecto social.

Com o passar do tempo, o exame criminológico passou a ter caráter essencial no que tange ao modelo de execução penal adotado pelo mundo. Em relação ao Brasil, o exame criminológico era considerado um requisito obrigatório para a progressão de regime, tendo sua previsão legal na Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984. Porém, com o advento da Lei nº 10.792/03 e da Súmula nº 439 do STJ e da Súmula Vinculante nº 26, este exame deixou de ter sua obrigatoriedade expressa na lei para esse procedimento.

Todavia, tendo em vista os princípios da individualização da pena e da humanidade, os quais têm base constitucional, esse exame acaba sendo alvo de questionamentos sobre a sua real necessidade e importância para uma correta e justa realização do procedimento da progressão de regime no sistema penal brasileiro.

Face ao que foi exposto até o presente ponto deste trabalho, urge fazer uma análise acerca do papel do exame criminológico na Lei de Execução Penal brasileira em comparação com as demais técnicas de avaliação dos apenados previstas na nossa legislação, com o fito de facilitar nos estudos sobre a relevância desse procedimento no sistema penal do nosso país.

3.2 Técnicas de avaliação dos apenados

No Brasil, o exame criminológico consolidou-se com o surgimento da Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84, sendo, inicialmente, considerado como uma forma de promover a individualização do cumprimento da pena, buscando um programa adequado de ressocialização do apenado.

A previsão constitucional que fundamenta o exame criminológico tem como base o art. 5º, inciso XLVI, da nossa Constituição Federal de 1988, que estabelece o princípio da individualização da pena. Ademais, o princípio da humanidade também pode ser usado para fundamentar a necessidade desse exame.

Com a mudança na Lei de Execução Penal, por meio da Lei nº 10.792/03, o exame criminológico deixou de ser um dos requisitos para progressão de regime, restando agora apenas o requisito do cumprimento de ao menos um sexto da pena. Nesse mesmo sentido, foram editadas súmulas dos tribunais superiores estabelecendo que o exame criminológico poderá ser requerido pelo juiz por decisão fundamentada.

O exame criminológico é o método mais conhecido de avaliação dos apenados estabelecido na execução penal. Todavia, ele não é o único procedimento capaz de realizar esses exames de avaliação técnica. Na Lei de Execução Penal brasileira há, inclusive, a previsão de outros procedimentos que podem ser utilizados como base para a progressão de regime, quais sejam, o exame de classificação ou de personalidade e os pareceres das Comissões Técnicas de Classificação.

Muitas vezes, esses três tipos de exames são confundidos, sendo tratados, inclusive, como se fossem termos sinônimos. Tal fato pode ser considerado motivado pela realidade precária do nosso sistema penal brasileiro, que, por não possuir a estrutura necessária para a

correta realização desses procedimentos, acaba improvisando e realizando todos por uma mesma equipe de profissionais, o que não é o adequado, tendo em vista que a própria legislação prevê que o exame de personalidade deve ser elaborado pela Comissão Técnica de Classificação (CTC), enquanto o exame criminológico deve ser elaborado pelo Centro de Observação Criminológica (COC).

Importante fazer uma distinção entre esses três institutos, com o fito de melhor esclarecer a função de cada um deles no funcionamento da execução penal no Brasil. Inicialmente, serão abordados os dois exames que são elaborados pela Comissão Técnica de Classificação (CTC), quais sejam, o parecer da CTC e o exame de personalidade, trazendo suas definições, atribuições e principais diferenças em relação ao exame criminológico. Após, em um ponto específico, far-se-á uma análise do exame criminológico em si, destacando suas funções e seu funcionamento de acordo com o que explicita a legislação brasileira, principalmente no que tange à Lei de Execução Penal e à sistemática da progressão de regime no Brasil.

3.2.1 Parecer das Comissões Técnicas de Classificação

As Comissões Técnicas de Classificação (CTC) podem ser consideradas como uma das primeiras tentativas de trazer as contribuições da ciência criminológica para o funcionamento do sistema penal brasileiro. Assim, com a definição das atribuições da CTC prevista na Lei de Execução Penal brasileira, tem-se o pontapé inicial para atuação de profissionais que atuam nas áreas humanas com a finalidade de realizarem trabalhos em conjunto com os juristas na seara penitenciária, em busca de cumprir efetivamente o objetivo ressocializador da execução penal.

A Comissão Técnica de Avaliação é a responsável pela elaboração de uma classificação com o fito de fundamentar o desenvolvimento de um programa que acompanhará a execução das penas privativas de liberdade. Ela possui sua previsão no art. 6º da Lei de Execução Penal, que assim dispõe: “Art. 6º - A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório”.

Esse sistema de classificação pode ser considerado como um reflexo do princípio da individualização da pena no sistema penal brasileiro, bem como uma característica moderna da execução penal, conforme afirma Orsolini (2003).

A Lei nº 7.210/1984 também prevê qual será a composição dessa Comissão, em seu art. 7º, que determina que a Comissão Técnica de Classificação deverá ser presidida pelo Diretor e composta por, no mínimo, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social.

Antes da mudança ocorrida com a Lei nº 10.792, de 2003, a Lei de Execução Penal continha uma previsão expressa, em seu art. 6º, de que a Comissão era a responsável por propor às autoridades competentes as progressões e as regressões de regimes, bem como as conversões. Esse seria o papel principal do parecer o qual a CTC deveria realizar.

Nesse sentido, conforme afirma Santos (2013), através da elaboração de seus pareceres, a Comissão Técnica de Classificação tinha o papel de trazer à autoridade competente suporte fático para fundamentar uma proposta de progressão e regressão de regime de um condenado. Todavia, conforme explicita Sá (2007), essa função dos pareceres pode ser considerada como extinta pelas mudanças ocorridas na legislação brasileira com o advento da Lei nº 10.792/2003, a qual ocasionou em algumas transformações na Lei de Execução Penal.

Ainda na visão de Sá (2007) acerca da função das Comissões, este faz uma crítica à reforma na nossa legislação, que, em sua opinião, extinguiu o parecer das Comissões Técnicas de Classificação, deixando apenas o exame criminológico, que não seria capaz de analisar todo o contexto que envolve o criminoso para além do crime, pois o exame criminológico, como perícia, estaria focalizado apenas no binômio crime-criminoso. Nesse sentido, afirma:

Por conseguinte, a CTC deve ser um órgão eminentemente dinâmico, engajado na dinâmica da instituição prisional. Para cada preso, ela deveria tomar conhecimento da observação criminológica nele feita no Centro de Observação (caso tenha sido feita) e dar início a todos os procedimentos necessários ao exame de personalidade, ou, que seja, à realização das supracitadas entrevistas de inclusão. De posse desses elementos, procurará definir o perfil do preso, enquanto pessoa, que tem uma história de pessoa, que tem características, tendências, desejos, aptidões, interesses, aspirações de pessoa, e que, como pessoa (e não só como criminoso) deve ser acompanhado e preparado para seu retorno ao convívio social. E isso porque, enquanto se analisa e se localiza o preso unicamente como criminoso, sob a ótica do binômio crime-criminoso, será mais difícil se vislumbrarem possibilidades e estratégias de sua recuperação. Exatamente aí está a linha divisória entre a perícia e as demais formas de avaliação. A perícia criminológica restringe-se ao binômio crime-criminoso enquanto diagnóstico criminológico, e a ela interessa o prognóstico quanto ao grau de emendabilidade, o prognóstico de reincidência. (SÁ, 2007, p. 197-198)

O parecer elaborado pela Comissão Técnica de Classificação é um procedimento mais lento, tendo em vista que consiste em avaliações que devem ser baseadas em um

acompanhamento do cotidiano dos apenados, sendo, pois, avaliações sucessivas e periódicas. Seu principal objetivo consiste na análise da capacidade do reeducando de se adaptar de maneira consciente, bem como a sua capacidade de se autoavaliar, criticar e gerenciar sua própria conduta. Com esse parecer, a CTC deveria propor às autoridades, então, estratégias e possibilidades para as progressões, regressões e conversões de regime, baseado nas suas análises do cotidiano prisional do apenado, na observação de todo o contexto, envolvendo a dinâmica da instituição com os aspectos pessoais do indivíduo que está ali, vivenciando aquela realidade.

Interessante salientar também que a própria Lei de Execução Penal contém a previsão de que, em caso de impossibilidade do Centro de Observação Criminológica de realizar o exame criminológico, a Comissão Técnica de Classificação pode fazê-lo. Assim, conforme dispõe Santos (2013), em diversos casos, apenas o parecer da Comissão é utilizado como instrumento para os magistrados analisarem a possibilidade de progressão de pena.

Todavia, importante destacar que o exame criminológico e o parecer da Comissão Técnica de Classificação são dois institutos distintos entre si, que, erroneamente, se confundem muitas vezes por ocorrer a utilização de um em substituição ao outro, tendo em vista as falhas da estrutura técnica do nosso sistema penal. Nesse sentido, afirma Sá (2007, p. 199):

Diferem entre si, quanto à natureza, exame criminológico e parecer de CTC. O primeiro organizando (e, não raras vezes, afunilando) os informes sob a ótica da “nódoa” do crime na conduta do condenado. O segundo, organizando os dados e informes na busca de avaliar a qualidade da resposta do preso à terapêutica penal. O que se observa, porém, é que os pareceres de CTC, na prática, têm-se convertido em peça pericial, já que, afastada a CTC de suas verdadeiras funções (conforme, de fato, mais comumente acontece), e incumbida indevidamente de somente elaborar os tais pareceres, torna-se lógica e racionalmente impossível que venha a elaborá-los consoante as especificações acima, pois falta toda a “matéria-prima” com a qual elaborá-los: exame de personalidade (ou entrevistas de inclusão), elaboração dos programas individualizadores, acompanhamento do preso, avaliações dos programas etc.

Posto isso, conclui-se que a diferença entre esses dois tipos de análise está, principalmente, no fato de terem objetivos distintos. Os pareceres técnicos têm como finalidade dar base para se buscar estratégias de recuperação do apenado, com fundamento em suas avaliações de acompanhamento desses indivíduos. Já o exame criminológico funciona como uma espécie de perícia, a qual enfatiza principalmente o crime e o criminoso, com o fito de elaborar um prognóstico no sentido de verificar as possibilidades de reincidência e de readaptação ao convívio em sociedade.

Nesse sentido, Sá (2007) salienta que seria incabível qualquer característica de perícia nas avaliações realizadas pela CTC, tendo em vista que o caráter pericial é específico do exame criminológico. Para o autor, o exame criminológico seria organizado com base exclusivamente na observação do crime e da conduta do condenado, em uma relação de causa e consequência, enquanto o parecer da Comissão teria como fundamento a análise cotidiana do apenado para observar como ele responde às condições do sistema penal as quais ele está submetido. Assim, seria eticamente incorreto que esses técnicos, que, teoricamente, deveriam acompanhar o réu em sua rotina penitenciária no intuito de acompanhar o seu processo de recuperação, realizassem também a sua perícia.

Todavia, na verdade, em consonância com o disposto por Sá (2007), o que se observa muitas vezes na realidade da execução penal no Brasil é a utilização da Comissão Técnica de Classificação como órgão de atuação pericial, tendo em vista a falta de condição técnica e estrutural do sistema penitenciário brasileiro. Com isso, a distinção entre esses três institutos permanece não muito clara para a maioria dos aplicadores do direito, e os verdadeiros objetivos propostos pela legislação pátria não conseguem ser cumpridos em consonância com o que eles realmente propõem.

3.2.2 Exame de personalidade

A Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal brasileira, estabelece em seu art. 5º que a classificação dos apenados será feita com base nos antecedentes e na personalidade do indivíduo, em consonância com um dos princípios norteadores dessa lei, qual seja, o princípio da individualização da pena. Nesse sentido, foi instituído o exame de personalidade na nossa legislação pátria, o qual possui previsão especificamente no art. 9º da Lei nº 7.210/1984, que assim dispõe:

Art. 9º A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá:

- I - entrevistar pessoas;
- II - requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado;
- III - realizar outras diligências e exames necessários.

O exame de personalidade, então, é um exame médico-psicológico-social realizado com o intuito de coletar dados capazes de trazer informações mais precisas sobre a personalidade do autor do crime. Conforme explicita Costa (2006), esse exame é obrigatório

para todos os condenados à pena privativa de liberdade e é utilizado para a classificação que definirá o tipo de tratamento no sistema penal mais adequado ao indivíduo examinado.

Para Sá (2007), a diferença do exame de personalidade para o exame criminológico consiste no fato de que este seria uma perícia, enquanto aquele seria um exame clínico. O exame criminológico seria um procedimento por meio do qual são colhidos elementos sobre o ato criminoso em si, capazes de servir de base para uma análise do ato criminoso e da probabilidade de reincidência do autor do crime.

Ainda na visão desse autor, o principal objetivo do exame criminológico está relacionado ao âmbito jurídico, por ser esse procedimento utilizado pelas autoridades competentes como base para as decisões judiciais no que tange à execução da pena. Já o exame de personalidade não tem esse intuito de contribuir especificamente com provas a serem utilizadas nas decisões relacionadas à execução da pena, e sim seria um exame que proporciona um conhecimento mais aprofundado sobre a personalidade do apenado.

Em consonância com o que dispõe o supracitado autor, o exame de personalidade, apesar de ser pouco conhecido, se comparado ao exame criminológico, seria também um procedimento essencial para a classificação dos apenados, respeitando os preceitos da individualização da pena que são base da Lei de Execução Penal brasileira.

A definição de exame de personalidade, na visão de Santos (2013, p. 84), é assim disposta:

O exame de personalidade, também conhecido como de classificação, consiste em uma pesquisa, um inquérito sobre o agente do crime cometido, cujo objetivo principal é estudar a personalidade do reeducando focando seu potencial humano, interesses e vocação, visando a sua recuperação, ou seja, encontrar os elementos que sejam capazes de promover sua ressocialização, bem como promover, organizar e implementar o programa de individualização da pena nas unidades penais.

Ainda na visão dessa autora, o exame de personalidade ou de classificação deve ser elaborado por uma equipe técnica interdisciplinar da Comissão Técnica de Classificação, levando-se em consideração o fato de que é um exame que enfatiza a personalidade do indivíduo para além do crime que foi cometido.

Conforme Nucci (2010), a principal diferença entre esse exame e o exame criminológico consiste no fato de que o exame de personalidade é mais genérico, pois envolve aspectos como a personalidade do indivíduo, sua vida social e familiar, seus antecedentes, dentre outros fatores que possam ajudar na determinação de qual o regime será utilizado para o cumprimento da sua pena. Já o exame criminológico seria um exame mais específico, que

faz uso do diagnóstico psicológico e psiquiátrico do exame de personalidade, dando maior ênfase a aspectos como a maturidade do reeducando, sua disciplina, sua capacidade de suportar emoções como frustrações e de estabelecer laços afetivos, sua agressividade, com o fito de analisar o grau de periculosidade e a capacidade do apenado em se readaptar ao convívio social.

Nesse sentido, pode-se inferir que a principal diferença entre esses dois institutos consiste no fato de que o exame criminológico tem como principal objetivo buscar elementos capazes de trazer esclarecimentos sobre a capacidade do indivíduo apenado de se adaptar ao regime penal e de se readaptar à vida em sociedade, contribuindo para a decisão do magistrado no que tange à progressão de pena, enquanto o exame de personalidade não possui esse cunho estritamente jurídico, sendo, na verdade, marcado como um exame de caráter mais amplo, trazendo informações sobre a personalidade do indivíduo. Apesar de este exame não trazer elementos de prova, seus resultados muito contribuirão também com o desenvolvimento do diagnóstico e do prognóstico do exame criminológico.

Pode-se inferir, do exposto, que o ideal seria que o nosso sistema penal fosse composto de todas as etapas que a legislação propõe, incluindo, assim, o exame criminológico, o exame de personalidade ou de classificação e o parecer da Comissão Técnica de Classificação. Assim, conforme explicita Sá (2007, p. 199-200)

A seqüência exame criminológico de entrada (se efetivamente realizado), exame de personalidade (entrevistas de inclusão) e parecer das CTC implica um caminhar rumo à melhor individualização da execução. A realização dessas três avaliações, respeitadas suas especificidades, constitui importante passo rumo à implantação mais eficiente, de acordo com critérios mais técnicos e mais científicos, dos regimes progressivos de cumprimento da pena e, conseqüentemente, rumo a uma otimização da eficácia da tão criticada, mas ainda por muito tempo inevitável pena privativa de liberdade.

Dessa forma, se houvesse a aplicação das técnicas de avaliação dos apenados da maneira correta, em consonância com o que dispõe a Lei de Execução Penal, seria o passo inicial para tornar o procedimento de execução da pena mais eficiente, respeitando os princípios da individualização da pena e, conseqüentemente, da humanidade da pena, os quais estão previstos explicitamente na Constituição Federal de 1988.

3.3 O exame criminológico e a progressão de pena

Conforme já foi explicitado, o exame criminológico é o método de avaliação dos apenados mais conhecido na tradição do nosso sistema de execução penal. Esse procedimento tem o fito de analisar a dinâmica do ato criminoso, considerando os demais fatores associados à sua causa, visando elaborar um diagnóstico criminológico que poderá resultar em um prognóstico capaz de trazer um levantamento sobre as probabilidades de o indivíduo reincidir na vida criminosa.

Tal instituto tem como premissa o princípio da individualização da pena, tendo em vista que seu objetivo é trazer os elementos necessários para uma classificação adequada a cada indivíduo apenado, considerando características próprias de cada um, principalmente no que tange à progressão do regime de pena. Ademais, visualiza-se também nesse instituto a aplicação do princípio da humanidade em relação ao sistema de execução penal brasileiro, visto que, por meio desse exame, pode-se obter um melhor funcionamento do sistema penitenciário, respeitando as individualidades e os preceitos da dignidade da pessoa humana.

Em consonância com o que se afirma acima, tem-se a posição de Costa *apud* Fernandes e Fernandes (2012, p. 236), que assim dispõe:

O exame criminológico do delinquente permite o conhecimento integral do homem, sem o qual não se poderá vislumbrar uma justiça eficaz e apropriada, uma vez que a aplicação fria da norma penal, tomando como ponto de partida um critério de valorização político-jurídica, inevitavelmente conduziria a enormes injustiças e monstruosos equívocos.

Destarte, o exame criminológico deve ser realizado de maneira multifacetada, pois deve levar em consideração os muitos aspectos que estão relacionados ao crime como fato social complexo e dinâmico. Nesse sentido, o exame criminológico, então, não se limita a ser um procedimento de análise do indivíduo criminoso com o simples objetivo jurídico. Deve, logicamente, considerar o seu papel relevante no sistema penal brasileiro, como instrumento que auxilia na progressão de pena. Todavia, é importante que também considere em sua análise a relevância do seu caráter multidisciplinar. Por conseguinte, afirma Fernandes e Fernandes (2012, p. 214):

O exame criminológico compõe-se de uma série de análises, pois, através dele tem de se chegar a uma visão pluridimensional da personalidade do autor do delito. Para tanto participam desse exame um grupo de profissionais, que, além da sua formação específica, precisam ter um bom conhecimento de “criminologia clínica”. Sendo irretorquível que a Criminologia é uma ciência interdisciplinar e pluricurricular, há

de ser exercida por uma equipe formada por diversos profissionais de várias áreas do saber humano. Assim é que integram essas equipes o psicólogo, o assistente social (ou um sociólogo), o médico e o advogado, que se constituem numa equipe mínima necessária, a ofertar um trabalho que efetivamente venha a produzir o resultado almejado, que é o de conhecer o perfil completo do indivíduo examinado. As fases constitutivas desse exame criminológico são: os exames clínico-psiquiátricos e psicológicos e mais a investigação social, que deverão ao final oferecer um diagnóstico, um prognóstico e, se for o caso, a recomendação de tratamento.

Nesse escopo, tem-se a previsão do exame criminológico na legislação brasileira, conforme se observa no nosso Código Penal e na Lei de Execução Penal, sendo abordado sob a regência desses princípios e desse caráter multidisciplinar. No Código Penal, o art. 34, modificado pela Lei nº 7.209, também do ano de 1984, assim como a Lei de Execução Penal, traz a previsão desse instituto como parte do procedimento de execução penal, especificamente no que tange ao cumprimento da pena no regime fechado. Nesse sentido, dispõe: “Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução”.

Com a Lei de Execução Penal, o exame criminológico fincou suas bases no nosso sistema penal, conforme veremos a seguir.

3.3.1 A previsão do exame criminológico na Lei de Execução Penal

A Lei de Execução Penal brasileira, Lei nº 7.210/1984, surgiu em um momento de mudanças no país. O regime da ditadura militar sob o qual o Brasil se encontrava estava chegando ao fim. Nesse contexto, tendo em vista a repressão que era comum à época, bem como a corriqueira situação de presos políticos e as inúmeras denúncias de tortura, eclodia por todo o país movimentos sociais que lutavam pela valorização de direitos sociais, bem como pelos direitos humanos.

Dessa forma, a situação carcerária passou a ser alvo das manifestações, sendo questionado o tratamento ao qual eram submetidos os presos, principalmente os presos políticos, que eram o foco daquele momento histórico. Assim, a LEP adveio de um período que clamava pela sua existência, trazendo propostas que buscavam humanizar o processo de execução penal. Todavia, essa legislação veio com atraso, se comparada ao contexto internacional. Conforme afirma Santos (2013), em 1955 já haviam sido aprovadas as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos, documento que tinha a previsão da garantia de um tratamento digno para os indivíduos em situação de prisão.

A Lei de Execução Penal surge nesse período de efervescência, durante o qual também ocorreu a reforma do Código Penal. Marcou a autonomia e a jurisdicionalização da execução penal, conforme dispõe Santos (2013, p. 31):

A promulgação da Lei de Execução Penal foi essencial para consagrar o princípio da jurisdicionalização da execução penal, reconhecendo o preso como sujeito de direitos, e os princípios da individualização e da progressividade da pena atribuindo à pena a finalidade de ressocialização.

Essa legislação institucionalizou o exame criminológico e possibilitou uma reforma no sistema penal no Brasil, trazendo características do moderno Direito Penal da culpabilidade, como explicita Santos (2013). Essa renovação na legislação pátria trouxe mudanças principalmente no que tange à promoção do princípio da individualização da pena como uma das bases que fundamentam o sistema de execução penal, tendo em vista que a aplicação das penas passou a ser realizada com base nas características pessoais de cada indivíduo apenado, buscando tornar mais digna a situação do sistema carcerário brasileiro, bem como humanizar os procedimentos da nossa execução penal.

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal estabelece que o exame criminológico deve levar em consideração as características peculiares de cada indivíduo, ou seja, preconiza o princípio da individualização da pena como fundamento da realização desse exame. Conforme o exposto, dispõe Santos (2013, p. 70):

De acordo com o item 31 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, a gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinantes da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.

Diante do exposto, observa-se que o exame criminológico tem como proposta um aperfeiçoamento da execução penal, no sentido de tornar as suas medidas aplicadas realmente eficazes, em busca de promover a efetiva reinserção do indivíduo apenado na sociedade, contribuindo também para as decisões dos magistrados no que tange à progressão de regime.

O exame criminológico tem previsão na Lei de Execução Penal, em seu art. 8º, dispositivo que explicita o papel desse instituto na execução penal, senão vejamos:

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

Posto isto, importante salientar também que o procedimento do exame criminológico tem como característica primordial a interdisciplinaridade. Por isso, em sua realização, compõe-se de etapas que envolvem exames de diversas áreas, tais como: jurídica, psiquiátrica, psicológica e social. Essa multiplicidade de visões possibilita compor um diagnóstico com os elementos necessários para formar o perfil do criminoso e fazer uma análise sobre as possíveis chances que esse indivíduo tem de retornar ou não ao mundo do crime.

3.3.1.1 Etapas do exame criminológico

Em consonância com o que foi exposto acerca da necessidade de uma visão interdisciplinar e multidisciplinar no estudo criminológico, o exame criminológico, com o intuito de contemplar toda a dinâmica e complexidade desse fato social que é o crime, pode ser subdividido em sete etapas, conforme afirmam Fernandes e Fernandes (2012), quais sejam: exame morfológico, exame funcional, exame psicológico, exame psiquiátrico, exame moral, exame social e exame histórico.

O exame morfológico, também chamado de somático, seria aquele que faz uma análise acerca da constituição psicossomática, ou seja, as características relacionadas ao corpo humano, como sua massa corpórea, óssea e muscular, as características genéticas e hereditárias, envolvendo também os aspectos neurológicos, patológicos e endocrinológicos. Também não se desconsidera os elementos sintomáticos de determinadas patologias, e os referentes ao tipo racial e à variante social. Assim, essa etapa faz um registro de todas essas características no intuito de buscar particularidades de cada indivíduo envolvendo esses aspectos biológicos.

O exame funcional busca analisar a existência de sinais de alguma peculiaridade nas funções biológicas do indivíduo. Conforme dispõem Fernandes e Fernandes (2012), todas as funções devem ser analisadas, mas deve-se dar especial destaque àquela que envolve o funcionamento das glândulas de secreção interna, por estas terem relevante papel nas atividades do sistema nervoso e das demais funções do corpo humano.

O exame psicológico tem o fito de traçar um perfil psicológico do indivíduo, independente de eles cogitarem ou não a possibilidade de essa pessoa ter alguma patologia mental. No âmbito do exame criminológico, de acordo com Fernandes e Fernandes (2012),

essa etapa deve dar destaque, principalmente, a três aspectos: o nível mental do criminoso; os traços característicos de sua personalidade e seu grau de agressividade.

Já o exame psiquiátrico busca analisar as possíveis doenças mentais que o indivíduo apenado possa ter. Considerando que o exame criminológico é um instrumento utilizado para aplicação da execução penal, essa etapa do exame é considerada de grande relevância, tendo em vista que é por meio dela que poderá ser constatada alguma patologia que pode culminar na imputabilidade ou não do delinquente, bem como interferir no tratamento que ele irá receber durante e após o cumprimento da pena.

O exame moral tem características mais complexas, tendo em vista que é de difícil aferição, devendo ser realizado de maneira cuidadosa. O sentimento da moralidade, conforme explicitam Fernandes e Fernandes (2012), foi recepcionado pelos criminólogos mais modernos, considerando-o como uma característica que dá valor ao ser humano no plano ético, podendo existir seres morais (que assimilam os ensinamentos éticos por meio do binômio ensino-aprendizagem, reproduzindo-os no convívio social), imorais (que têm conhecimento desses valores, mas não os respeitam) e os amorais (que são indivíduos que não foram capazes de assimilar esses ensinamentos). Nesse sentido, esse exame busca apurar a influência dessas características envolvendo a moralidade dos indivíduos nos seus atos criminosos e as motivações que o levaram a desenvolver esse comportamento.

A etapa que envolve o exame social tem como objetivo analisar o meio social em que o delinquente nasceu, cresceu e viveu, e a possível influência que essas relações sociais tiveram com o desenvolvimento do caráter criminoso.

Por fim, o exame histórico, também conhecido como exame indireto, realiza-se por meio da coleta de informações do passado do criminoso, buscando observar como se dava suas relações com seus ascendentes, descendentes e colaterais, bem como as características do desenvolvimento do próprio crime, tais como: as circunstâncias em que o ato ocorreu; que fatos antecederam essa ação; como o indivíduo reagiu após a realização do crime; se fugiu ou se se apresentou espontaneamente à prisão; dentre outros aspectos que delineiam o possível histórico dessa ação.

Após a realização desse conjunto de etapas, o exame criminológico culminará na elaboração de um diagnóstico e de um prognóstico sobre o apenado. Dessa forma, então, poderá fornecer à justiça informações relacionadas ao crime, ao indivíduo autor do ato e aos fatores relacionados à ocorrência desse fato, possibilitando ao magistrado ter acesso a

informações capazes de auxiliá-lo na concessão ou não dos benefícios legais de progressão de pena.

3.3.1.2 Centro de Observação Criminológica

O Centro de Observação Criminológica (COC) é o local onde se realiza o exame criminológico, consistindo em um estabelecimento autônomo em relação à instituição carcerária, onde são realizadas as perícias e as pesquisas criminológicas com o intuito de se traçar o “perfil do preso”, conforme afirma Carvalho (2007).

Dessa forma, o COC se distingue das Comissões Técnicas de Classificação (CTC), pois estas atuam no local da execução penal, tendo a função de acompanhamento diário dos reeducandos, enquanto aquele tem a função de elaborar o exame criminológico e proporcionar ao juiz substratos para fundamentar a sua decisão de conceder ou não os benefícios da progressão.

As funções do Centro de Observação Criminológica estão previstas na Lei de Execução Penal, em seu Capítulo V, intitulado Do Centro de Observação, o qual dispõe o seguinte:

Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação.
Parágrafo único. No Centro poderão ser realizadas pesquisas criminológicas.

Art. 97. O Centro de Observação será instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal.

Art. 98. Os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação, na falta do Centro de Observação.

Do exposto, tem-se que o exame criminológico será realizado no COC e, após, deverá ser encaminhado à CTC, a qual deverá elaborar um programa individualizador da pena, conforme preceitua também o art. 6º da Lei de Execução Penal. Ademais, conforme a previsão legal, os Centros de Observação deverão ser instalados em unidades autônomas ou em anexo ao estabelecimento prisional.

Conforme afirma Mirabete (2000), deveria existir um Centro de Observação Criminológica para cada unidade federativa, onde deveriam ser realizadas as primeiras classificações dos condenados no sentido de verificar qual seria a penitenciária ou colônia mais adequada para cada um dos reeducandos. Todavia, como se pode observar, na verdade, a

legislação não estabelece a obrigatoriedade da instalação dos centros. Os Centros de Observação também não têm a sua constituição definida na lei, como ocorre com as Comissões Técnicas de Classificação.

A legislação também afirma que o COC poderá realizar pesquisas criminológicas, as quais, conforme dispõe Orsolini (2003), também podem contribuir para a ressocialização do apenado, tendo em vista que facilitam a classificação e a individualização da pena, consequentemente.

Além disso, o Código Penal também fez a previsão acerca do funcionamento dos Centros de Observação Criminológica, estabelecendo, no art. 83, parágrafo único, o seu papel para a realização de prognósticos de não delinquência como requisito subjetivo obrigatório para a concessão de livramento condicional, de acordo com o que dispõe Carvalho (2007).

Por fim, a Lei de Execução Penal estabelece, em seu art. 98, que, em caso de ausência dos Centros de Observação Criminológica, o exame criminológico poderá ser realizado nas Comissões Técnicas de Classificação. Dessa forma, isso pode resultar em uma falha no processo de individualização da execução penal, tendo em vista que o exame criminológico deve ser imparcial, e, no caso de ser elaborado pelos membros da CTC, acabará por sofrer a influência daqueles que acompanham de perto a execução penal.

3.3.2 Fases do exame criminológico e as mudanças da Lei nº 10.792/2003

A Lei nº 7.210/1984, em sua redação original, estabelecia a realização do exame criminológico em dois momentos: o primeiro momento seria quando da entrada do apenado na penitenciária, no sentido de especificar o modelo de execução penal que deveria ser aplicado a esse indivíduo, em consonância ao que dispõe o art. 8º da supracitada lei; o segundo momento de aplicação do exame criminológico estava previsto no art. 112, parágrafo único, da LEP, o qual fazia a previsão de realização desse exame pericial no intuito de possibilitar ou não a concessão dos pedidos de progressão de pena, livramento condicional, indulto e comutação de penas.

Todavia, com o advento da Lei nº 10.792/2003, ocorreu uma mudança na legislação, especificamente nesse segundo momento de realização do exame criminológico. A redação original do art. 112, parágrafo único, assim previa:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o

preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Após a mudança da legislação, o parágrafo único do aludido artigo foi revogado, e em seu lugar, foram inseridos os §§ 1º e 2º, os quais não abordam em nenhum quesito a realização do exame criminológico.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Nesse sentido, pode-se inferir que, nos ditames da legislação atual, o exame criminológico está limitado à sua realização apenas no momento em que o apenado inicia a sua vida reclusa, no sentido de promover a individualização da sua pena naquele momento específico. Todavia, no que diz respeito à possibilidade de conceder benefícios legais ao preso, se for adotada uma interpretação à letra da lei, o que se observa é que não há mais a previsão da necessidade de realização do exame criminológico como requisito para que se concedam esses auxílios.

Para Santos (2013), essa mudança na legislação foi resultado de um contexto de instabilidade nos estabelecimentos penitenciários, momento no qual estavam ocorrendo grandes rebeliões e em que as cadeias encontravam-se em situação de lotação. Os procedimentos para a concessão dos benefícios penais, por serem demorados e burocráticos, acabaram por agravar essa situação. Nessa visão, afirmam Neto e Frasseto *apud* Santos (2013, p. 90) que:

Várias razões motivaram o despontar da política penitenciária tendente a abolir a realização dos referidos exames, entre as quais, a de cunho teórico, é a constatação de que os saberes “psi” são incapazes, à luz de critérios minimamente rigorosos de confiabilidade e validade, de desvendar a subjetividade do sentenciado, de enunciar qualquer verdade consistente sobre ela e, principalmente, de prever o comportamento humano futuro. Sepultou-se, assim, tardiamente, o sonho positivista de detecção precisa da periculosidade, tanto pelas limitações técnicas e epistemológicas da tarefa, quanto pelas sérias reservas de natureza ético-jurídicas que marcam o exercício de tal pretensão, que vão desde sua inconsistência científica até sua natureza claramente atentatória à intimidade e dignidade humanas.

Nesse espeque, dispõe Nucci (2010) que as motivações dessa reforma da legislação estão relacionadas às pressões de setores formados principalmente por membros do Poder Executivo, tendo em vista que este é que arca com os custos das Comissões Técnicas de Classificação e dos presídios, com a alegação de que os exames seriam realizados de maneira padronizada, não contribuindo para a aplicação da individualização da pena, bem como que o subjetivismo desses procedimentos influenciaria na decisão do juiz de optar pelo tipo de regime mais severo, na maioria dos casos.

Em uma visão contrária à mudança ocasionada por essa lei, muitos discordaram dessa questionável abolição do uso do exame criminológico para a progressão de pena, tendo em vista que poderia representar um risco para a jurisdicionalização desse procedimento, que agora estaria limitado apenas ao mero documento expedido por funcionário do Poder Executivo.

Nessa senda, contribuindo para essa visão contrária às transformações na legislação penal, dispõe Nucci (2010, p. 1000):

Entretanto, a mudança foi, a nosso entender, péssima para o processo de individualização executória da pena. E, nessa ótica, inconstitucional. Não se pode obrigar o magistrado, como se pretendeu com a edição da Lei 10.792/2003, a conceder ou negar benefícios penais somente com a apresentação do frágil atestado de conduta carcerária.

Válido explicar que a progressão de pena, conforme explicita Santos (2013), é uma das bases do sistema de execução penal, e tem como objetivo viabilizar a possibilidade de o indivíduo apenado conseguir, progressivamente, um sistema de execução penal mais brando, ou seja, ir, aos poucos, conquistando novamente sua liberdade, respeitando os requisitos que necessários para isso.

Nesse sentido, a legislação fazia previsão do uso do diagnóstico do exame criminológico para auxiliar na decisão do magistrado nos casos em que houvesse pedido dos benefícios da progressão da pena. O exame criminológico, então, seria um instrumento da aplicação da individualização da pena, tendo em vista que todos os elementos que fossem apurados com a realização do exame poderiam ser utilizados para compatibilizar a pena aplicada à nova condição conquistada pelo indivíduo como penitenciário, respeitando os seus requisitos.

Com essa nova redação dada pela Lei nº 10.792/2003, não há mais previsão explícita da realização do exame criminológico para a progressão de pena, falando-se somente sobre a necessidade deste exame no art. 8º da LEP, tendo ocorrido uma considerável modificação na

redação do art. 112 da aludida lei, que era o dispositivo que antes tratava sobre a progressão de pena e o exame criminológico. Agora, a previsão legal expressa que o requisito para a concessão do benefício da progressão de pena seria somente o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior e o bom comportamento carcerário do apenado, que deve ser comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional.

Com essa transformação, lançou-se um novo dilema, questionando-se sobre a real necessidade do exame criminológico para a progressão de pena, ponto que será abordado mais adiante, em momento específico para essa reflexão.

3.3.3 *Súmula Vinculante nº 26 e Súmula nº 439 do STJ*

Em face das divergências de posicionamento em relação à obrigatoriedade ou não da realização do exame criminológico como requisito para progressão de pena, que foi suscitada pelo advento da Lei nº 10.792/2003, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 439, a qual dispõe o seguinte:

STJ Súmula nº 439 - Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Nesse esteio, conforme afirmam Alencar e Távora (2012), tal previsão sumulada veio com o intuito de confirmar a admissibilidade do exame criminológico nos casos em que as circunstâncias acabem por o requisitarem, desde que haja uma decisão fundamentada nesse sentido. Dessa forma, apesar da alteração na legislação, a qual retirou a previsão explícita do exame criminológico como requisito necessário para a possibilidade de progressão de pena, no entendimento do STJ, essa mudança não proibiu a realização do supracitado exame, bastando, para isso, a decisão fundamentada do magistrado.

No mesmo sentido, iniciou-se debate acerca da redação do art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei 8.072/1990, a Lei de Crimes Hediondos, o qual teve sua redação modificada pela Lei 11.464/2007. Nesse dispositivo, constava a previsão de progressão de pena para os casos de crime hediondo, estabelecendo a obrigatoriedade do regime integralmente fechado para aqueles que fossem condenados por crimes hediondos. Com as mudanças da lei, estabeleceu-se a progressão de regime, contendo uma previsão diferenciada dos prazos para a concessão desse benefício, fundamentada na hediondez do crime. No intuito de modificar a visão dada

ao dispositivo anteriormente à edição da Lei 11.464/2007, tem-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula Vinculante nº 26, contendo a seguinte previsão:

STF Súmula Vinculante nº 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Do exposto, tem-se que a aludida súmula confirmou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, determinando a possibilidade de realização do exame criminológico dependendo das particularidades de cada caso, e desde que de modo fundamentado pelo juízo da execução, conforme afirmam Alencar e Távora (2012).

Ghiggi (2011) traz uma análise acerca dos posicionamentos dos ministros durante os debates realizados sobre a proposta da referida súmula vinculante. Nessa análise, a autora traz o posicionamento do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello em visão contrária à edição da súmula, afirmando que o exame criminológico dificultava o procedimento da progressão de regime, bem como que o texto da súmula poderia ser considerado como uma atuação do STF no âmbito legislativo, tendo em vista que a atual redação da Lei de Execução Penal não possui a previsão do exame criminológico. Já a posição do Ministro José Dias Toffoli trazida pela autora corrobora para uma visão a favor da possibilidade de realização do exame, desde que o juízo da execução faça essa requisição de maneira fundamentada.

Em que pese as divergências existentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial, as duas súmulas foram editadas, no sentido de tentar pacificar os tumultuados posicionamentos. Mesmo que não haja a previsão legal, de maneira explícita, da exigência do exame criminológico como fundamento obrigatório para serem deferidos os pedidos de progressão de pena, o atual posicionamento, com base nas aludidas súmulas, é que há a possibilidade de o exame ser realizado para embasar a decisão do magistrado, conforme a peculiaridade de cada caso, e desde que o próprio juiz da execução solicite a realização, de maneira fundamentada.

3.3.4 Resoluções do Conselho Federal de Psicologia

Em relação ao tratamento psicológico no âmbito da execução penal, também ocorreram discussões acerca da obrigatoriedade ou não do médico psiquiatra na realização do exame criminológico, bem como do papel do psicólogo para a elaboração de parecer para

fundamentar a decisão do magistrado relacionada à concessão dos benefícios da progressão de pena. Tais divergências resultaram na edição de resoluções do Conselho Federal de Psicologia. Nesse sentido, afirma Santos (2013, p. 113):

Além de regulamentar a atuação do psicólogo no âmbito carcerário, buscava-se, na verdade, evitar que os pareceres psicológicos fossem utilizados como prova cabal da recuperação (ou não) do preso ou como atestados de probabilidade de reincidência, de modo a preservar a atividade do psicólogo, que não poderia ser responsabilizado pelo comportamento de um preso, que, depois de libertado, com base na avaliação psicológica, voltasse a cometer crimes.

Nesse sentido, a edição da Resolução nº 009/2010 do Conselho Federal de Psicologia veio com o intuito de vedar a atuação do psicólogo na elaboração de laudos periciais para a fundamentação do exame criminológico. O papel do psicólogo, profissional da área de humanas, estava sendo desvirtuado na atuação na seara da execução penal, tendo em vista que estava sendo utilizado de forma mecânica, tendo o objetivo de buscar respostas exatas para que fossem concedidos ou não os pedidos de progressão de regime penal.

Conforme afirma Santos (2013), tal resolução foi inicialmente interpretada como uma adequação da atividade profissional do psicólogo às mudanças legislativas ocasionadas pelo advento da Lei nº 10.792/2003. Ademais, a atuação dos psicólogos não estava sendo contemplada da sua melhor forma, tendo em vista que a maneira em que era, e ainda é, realizado o seu trabalho no âmbito das prisões não proporciona o melhor aproveitamento dessa atividade. Não ocorre um acompanhamento duradouro dos psicólogos com os detentos, mas apenas entrevistas pontuais e encontros curtos, que não são capazes de trazer o melhor parecer sobre a real condição do apenado, proporcionando apenas meros juízos de probabilidades.

As posições acerca dessa resolução eram divergentes, existindo correntes favoráveis e contrárias. Todavia, as disposições propostas pela vedação acabaram ocasionando maiores discussões, tendo em vista que iam de encontro aos posicionamentos jurisprudenciais que vinha sendo adotados em face da edição da Súmula nº 439 do STJ e da Súmula Vinculante nº 26.

Dessa forma, conforme dispõe Santos (2013), a Procuradoria da República no Rio Grande do Sul – Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, requisitou a suspensão da Resolução nº 009/2010, sob pena de ajuizamento de ação civil pública. Assim, os efeitos da aludida resolução foram suspensos pela Resolução nº 010/2010 do Conselho Federal de

Psicologia, até 02 de junho de 2011, data em que foi editada Resolução nº 012/2011, que revogou a Resolução nº 009/2010.

Com a Resolução nº 012/2011, permitia-se que os psicólogos se manifestassem sobre a possibilidade de reinserção social dos condenados, porém, os profissionais ficavam proibidos de elaborar parecer criminológico acerca da reincidência e do grau de periculosidade dos presos.

Nessa senda, essa resolução buscava desvincular o papel do psicólogo como especulador do futuro do preso. O profissional dessa área atua na seara humana, não possuindo meios científicos para aferir taxas de probabilidades para a chance de reincidência do apenado e para o grau de periculosidade. Com isso, a Resolução nº 012/2011 do Conselho Federal de Psicologia buscava manter a contribuição dos psicólogos no processo de execução penal, sem comprometer a credibilidade de sua atuação nem o conteúdo dos pareceres elaborados. Assim, conforme afirma Santos (2013, p. 118):

Dessa forma, deve-se empregar o conhecimento científico da psicologia no contexto da execução da pena, não para formular previsões, mas sim fornecer opiniões para direcionar a decisão judicial rumo ao acerto. A iniciativa estará voltada à busca e ao recolhimento de dados úteis para o melhor acerto fático no que se refere a concessão ou não de benefícios na execução da pena, tomando por base a avaliação dada pelo psicólogo, sem tomar sua opinião como verdade absoluta, cotejando-a com outros elementos constantes nos autos, tais como atestado de conduta, boletim informativo, laudo psiquiátrico, parecer de assistente social, cabendo ao juiz analisar todas essas provas para decidir sobre a reinserção social do preso.

Ademais, a resolução também contribuiu para a realização de um exame de maneira mais imparcial, limitando a atuação do psicólogo, contendo a previsão da participação das partes na elaboração do laudo psicológico, podendo o demandante escolher os quesitos de elaboração do exame, incentivando a maior participação dos sujeitos processuais.

Do exposto, pode-se concluir que o exame criminológico trouxe inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua realização e de sua aplicação no procedimento da execução penal, não se limitando, todavia, ao setor dos profissionais do Direito, envolvendo as demais áreas que compõem a realização desse exame. Após essa análise sobre como se desenvolve o exame criminológico e como está a sua previsão na legislação brasileira, pode-se partir para a discussão sobre a aplicação do exame, à luz dos princípios constitucionais.

4 APLICABILIDADE DO EXAME CRIMINOLÓGICO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA HUMANIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A terminologia “princípio”, no seu sentido etimológico, possui vários sentidos, podendo significar o momento em que algo tem a sua origem, seu começo, bem como a essência primária da composição de um organismo. Assim, pode-se entender que esse termo está associado ao começo de algo, à sua essência. Partindo de uma visão orientada nessa premissa, tem-se a definição de princípio em seu sentido jurídico. Os princípios jurídicos, conforme dispõe Nucci (2014), são aqueles que se irradiam por todo o nosso sistema de normas, os quais devem servir como uma base para interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivado. São como um guia para a realização do que dispõe o nosso ordenamento jurídico, um filtro através do qual se percebe o direito positivo para aplicá-lo de uma melhor forma. Podem ser considerados, então, a base essencial do nosso ordenamento jurídico².

Nesse sentido, todos os ramos do Direito possuem princípios específicos, de acordo com a necessidade de cada ramo jurídico. Dessa forma, o Processo Penal e a Execução Penal também possuem princípios peculiares ao seu funcionamento. Todavia, ainda de acordo com o que afirma Nucci (2010), essas áreas também estão submetidas aos princípios gerais do Direito, os quais são elementos essenciais no nosso sistema jurídico-normativo, bem como aos princípios constitucionais, os quais devem ser utilizados como base de orientação para toda a legislação infraconstitucional.

Nessa senda, percebe-se que o procedimento da execução da pena deve estar também vinculado aos princípios jurídicos, de maneira que a sua prática esteja em consonância com o que dispõem os fundamentos principiológicos da nossa legislação. Em relação ao exame criminológico, especificamente, também não poderia ser diferente, por ser esse uma ferramenta utilizada durante a realização da execução da pena.

Assim, far-se-á uma análise sobre a utilização dos princípios no procedimento da execução, e, posteriormente, será abordado o exame criminológico e os princípios que fundamentam a sua aplicação, dando ênfase ao princípio da humanidade e da individualização

2 Mister esclarecer que este trabalho não pretende abordar a discussão teórica acerca das diferenças funcionais existentes entre regras e princípios, a partir dos conceitos de teóricos como Robert Alexy, Ronald Dworkin, dentre outros, tendo em vista que não é relevante para a pesquisa construída nesta monografia, optando-se por adotar um conceito tradicional de princípio como norma fundamental.

da pena. À luz dessa abordagem, será analisada a facultatividade da realização do exame criminológico para a progressão de pena, concluindo, enfim, com uma análise sobre as implicações que esse fato pode ter no nosso sistema jurídico-penal.

4.1 O papel dos princípios constitucionais na execução penal

A execução penal é o procedimento pelo qual se coloca em prática o que foi disposto na sentença ou decisão criminal que condenou determinado sujeito a cumprir uma pena, conforme o que dispõe o art. 1º da Lei nº 7.210/84, o qual dispõe que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Assim, por meio do procedimento da execução penal, busca-se concretizar o que foi proposto na legislação, respeitando, todavia, os objetivos básicos que fundamentam a Lei de Execução Penal, ou seja, proporcionar o cumprimento da pena em harmonia com a busca da devida reintegração social do sujeito apenado.

Dessa forma, a execução penal lida com a parte prática da sentença do processo penal, momento no qual irá se realizar os dispostos no Código Penal e na Lei de Execução Penal, aplicando-se às devidas sanções para os condenados por um crime. Destarte, percebe-se que é nessa etapa em que o sujeito autor do ato criminoso arcará com as consequências de ter praticado uma ação que foi de encontro aos ditames da legislação. Posto isto, por ser um ser humano o principal sujeito da prática da execução penal, esta não poderia ficar silente no que tange aos princípios que regerão essa relação, tendo em vista que deverão ser respeitadas as condições mínimas para que este indivíduo possa viver de maneira digna enquanto cumpre sua pena.

Nesse sentido, a própria legislação prevê que o apenado terá os seus direitos e garantias conservados, no decorrer do período de cumprimento de sua pena, só sendo atingidos aqueles direitos nos casos previstos em lei, como, por exemplo, o direito de ir e vir e os direitos políticos. Conforme o exposto, tem-se na Lei de Execução Penal, em seu art. 3º, a seguinte previsão:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Do exposto, percebe-se que o legislador buscou garantir que os direitos do reeducando fossem preservados durante o procedimento da execução da pena, vinculando a execução penal aos princípios e garantias do Estado de Direito, conforme afirma Santos (2011). Tal fato seria um mecanismo para a preservação dos direitos fundamentais, os quais devem permanecer invioláveis independente da situação do indivíduo, por serem inerentes à sua condição humana.

De acordo com Nucci (2010), há na legislação a previsão de que o processo de execução deve ser baseado nos dispositivos da LEP e do Código de Processo Penal, com o fito de proporcionar ao apenado todos os direitos e princípios que possui, mesmo durante a execução da pena. Apesar de estar relacionada ao Direito Penal e ao Processo Penal, a Execução Penal é ramo autônomo, conforme dispõe o aludido autor, sendo, dessa forma, orientada por princípios próprios relacionados às características inerentes ao seu funcionamento.

Todavia, também há a necessidade de que o procedimento da execução seja realizado primando não só pelos princípios próprios desse instituto, tendo em vista a sua autonomia em relação ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, mas também pelos princípios constitucionais, penais e processuais penais, a fim de que seja garantida e justificada a realização da execução penal, com o direito punitivo do Estado fundamentado nos direitos e garantias individuais.

O estudo da execução penal deve fazer-se sempre ligado aos princípios constitucionais penais e processuais penais, até porque, para realizar o direito punitivo do Estado, justifica-se, no Estado Democrático de Direito, um forte amparo dos direitos e garantias individuais. Não é viável a execução da pena dissociada da individualização, da humanidade, da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade da lei prejudicial ao réu (princípios penais) e do devido processo legal, como todos os seus corolários (ampla defesa, contraditório, oficialidade, publicidade, dentre outros). (NUCCI, 2010, p. 991)

Conforme afirma Silva (2006, p. 92), os “princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”. São diferentes das regras, que seriam os dispositivos que regem situações subjetivas, reconhecendo o direito das pessoas de realizar determinadas ações ou exigindo determinada conduta ou abstenção em situações distintas, ainda de acordo com o disposto referido doutrinador. Assim, os princípios seriam como mandamentos através dos quais devemos compreender e perceber o nosso ordenamento jurídico, servindo como base

para uma melhor interpretação e aplicação das normas. Percebe-se, então, o importante papel dos princípios para todo o funcionamento do ordenamento jurídico.

Especificamente, existem os princípios constitucionais, os quais são fundamentais por servir de parâmetro e por conduzir a aplicação das normas de toda a legislação infraconstitucional. Eles podem ser explícitos ou implícitos. Os explícitos estão expressamente dispostos no texto constitucional, e os implícitos, que podem decorrer da aplicação de outros princípios. Ademais, os princípios infraconstitucionais também podem ser encontrados dessas duas formas. (NUCCI, 2014)

Ainda na visão do autor, os princípios explícitos constitucionais merecem um maior destaque, tendo em vista que a sua aplicação deveria ocorrer de maneira incontestável, por estarem previstos explicitamente na Constituição. Todavia, infelizmente, em muitos casos, o que se pode observar é o total desrespeito por muitos desses princípios, conforme explicita o autor, ao citar o exemplo do princípio da humanidade, que prevê que as penas não serão cruéis, o que não se pode constatar ao analisarmos a realidade das prisões brasileiras.

Em relação aos objetivos dos princípios constitucionais, afirma Nucci (2010) que estes têm a relevante missão de uniformizar o sistema jurídico, tomando como base os preceitos que estão dispostos na Carta Magna. Com o auxílio deles, é possível resolver situações de conflitos de normas, por exemplo, nos quais deve se utilizar da inteligência dos princípios para tornar coerente o uso das normas em consonância com a Constituição Federal.

Dessa forma, os princípios têm o papel de harmonizar aquilo que é proposto na legislação com os direitos inerentes à natureza humana. No que tange à execução penal, pode-se entender que os princípios têm a função de ajudar a colocar em prática os objetivos da LEP, efetivando as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionando condições de reintegração social do condenado e do internado, conforme dispõe Alencar e Távora (2012).

Ainda de acordo com os autores, também se pode concluir que os objetivos do procedimento de execução também se confundem, em parte, com os objetivos da pena e da medida de segurança. Conforme afirma Nucci (2010), o objetivo da pena é multifacetado, envolvendo aspectos retributivo e preventivo, sendo este último analisado nos prismas positivo geral e individual, bem como negativo geral e individual, enquanto a medida de segurança tem o caráter de prevenção da ocorrência de novos delitos, bem como, nos casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade, buscando a cura do infrator.

A atuação dos princípios na execução da pena vem no sentido de limitar a atuação do Estado, com o fito de proporcionar o cumprimento da legislação em consonância com o respeito dos direitos e garantias individuais, equilibrando a autoridade e a liberdade, em respeito à democracia. (NUCCI, 2010)

No texto constitucional, onde se inserem os direitos e garantias individuais, estão previstos princípios constitucionais considerados essenciais para a vida do ser humano. São aqueles direitos fundamentais para o pleno desenvolvimento da felicidade, tanto individual como coletivamente, sendo indispensáveis para o desenvolvimento do homem, tendo o Estado o dever de respeitá-los, assegurá-los e protegê-los. Do exposto, conclui Nucci (2010, p. 67) que:

Fundamental é o básico, necessário, essencial. E por tal razão são fundamentais os direitos e garantias individuais. A sua origem foi justamente para combater os abusos do Estado, reconhecendo-se que o homem possui valores que estão acima e fora do alcance estatal. Os mandamentos cristãos em muito auxiliaram o cultivo cada vez maior desses direitos, mas nem por isso a Igreja, quando se tornou totalitária na Idade Média, deixou de sofrer o refluxo causado pelos protestantes que, em última análise, clamavam por direitos e valores que vinham sendo deixado de lado pela Inquisição. Desde então, evoluíram o constitucionalismo e as liberdades individuais lado a lado, formando as bases do Estado Democrático de Direito.

Nesse espeque, pode-se inferir a estreita relação existente entre os ramos do Direito e os princípios constitucionais. A Carta Maior é a base do ordenamento jurídico brasileiro, e não é possível a existência de normas jurídicas que não estejam em devida harmonia com as disposições constitucionais. Não seria, então, diferente com a Execução Penal, ramo autônomo do Direito, mas que deve ser posto em prática respeitando os seus princípios próprios, bem como os princípios constitucionais.

Considerando, ademais, que o procedimento de execução lida com a liberdade dos indivíduos e com interesses que envolvem toda a coletividade, pode-se aferir a relevância que os princípios têm no funcionamento desse procedimento, com o fito de que sejam sopesados os interesses e tutelados os direitos e garantias individuais e coletivos.

Assevera ainda Coscrato (2012) que o reconhecimento do caráter normativo dos princípios é fundamental para que seja superado o pensamento baseado no legalismo, estabelecendo-se um Estado Democrático de Direito fundamentado na pessoa humana como valor máximo. Do Estado Democrático de Direito decorre, então, a exigência da efetivação dos princípios constitucionais, inclusive o princípio da humanidade e da individualização da pena, os quais serão tratados a seguir.

4.2 O exame criminológico e sua fundamentação principiológica

Conforme afirma Orsolini (2003), o exame criminológico é o procedimento pelo qual se realiza uma série de procedimentos capazes de proporcionar um diagnóstico e um prognóstico que poderão auxiliar o juiz na fixação da pena e na classificação do condenado.

Nesse sentido, esse exame pode ser considerado como uma aplicação do princípio da individualização da pena na execução penal, tendo em vista que sua utilização no início da execução possibilita uma análise mais aprofundada do condenado e da possível pena e demais medidas que mais se mostrem enquadradas e adequadas às peculiaridades de cada caso concreto.

Ademais, pode-se considerar também que o exame criminológico teria como um de seus fundamentos o princípio da humanidade da pena, princípio constitucionalmente previsto, de maneira explícita, no art. 5º, XLVII, da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional dispõe que não haverá penas cruéis. Conforme se pode observar do exposto, o exame criminológico seria um procedimento que busca adaptar as penas aplicadas para cada caso específico, de maneira que a sanção aplicada seja a mais adequada àquela situação e a mais proporcional ao delito cometido. Dessa forma, o exame pode ser considerado como uma forma de humanizar a pena, tornando-a mais justa e proporcional a cada situação.

Face ao exposto, passaremos agora para a explicação dos princípios da humanidade da pena e da individualização da pena, princípios os quais servem como base que fundamenta a aplicação do exame criminológico no procedimento de execução penal e na concessão dos benefícios da progressão de pena.

4.2.1 *Princípio da humanidade das penas*

A questão da humanidade das penas é recorrente na discussão dos estudiosos do Direito há algum tempo. No século XVIII, durante o período do Iluminismo, vivenciou-se uma época de transformação em relação à abordagem dada a essa problemática, por ser esse um momento no qual os ideais de liberdade e igualdade estavam sendo bastante difundidos na população, principalmente na sociedade europeia, trazendo-se, assim, uma visão diferenciada acerca da verdadeira função das penas.

Nesse sentido, conforme afirma Machado (2009), antes das mudanças ocasionadas pela reforma penal iluminista, as penas aplicadas eram todas baseadas na violência pura, com

sanções basicamente caracterizadas por punições físicas, aplicadas diretamente no corpo do condenado, sendo uma resposta punitiva ao crime praticado, bem como funcionando como uma medida de expiação dos seus pecados. Era a punição fundamentada na vingança e no princípio advindo da Lei de Talião.

Dessa forma, tem-se que, durante esse período antecedente às mudanças ocasionadas pelo advento das ideias iluministas, a história das penas encontra-se marcada, principalmente, pelas penas físicas, destacadas pela função de servir como vingança, sendo considerada uma justa retribuição, fundamentada na premissa do “olho por olho, dente por dente” da Lei de Talião. Quando se analisa a história das penas, percebe-se um histórico de crueldade e violência que pode ser até mesmo considerado mais grave que a história dos delitos. Nesse sentido, de acordo com o que dispõe Ferrajoli (2002, p. 310):

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.

Durante esse período que antecedeu a reforma, de acordo com o que dispõe Machado (2009), predominava a sistemática talional, fundamentada na punição baseada na reparação e na vingança, bem como o modelo penal canônico, que se baseava em uma repressão com fundamento moral e religioso, os quais tornavam a pena um suplício pelo qual deveria passar o criminoso-pecador. Desse modelo surge a ideia de que a pena deveria ser marcada pela violência física aplicada ao corpo do agente do delito, sendo essa a forma de o indivíduo expurgar os seus pecados. Fundamentando o que foi exposto, afirma Machado (2009, p. 21):

Na perspectiva canônica de aplicação da pena, não havia limites à sua execução, na medida em que a justiça divina deveria ser o modelo por meio do qual se mediam as sanções. Os suplícios suportados pelo condenado correspondiam a uma maneira eficaz de expiação e de catarse espiritual e a uma forma de impor ao pecador-criminoso a antecipação dos horrores da pena eterna. A imperiodicidade de reprimir o condenado assinalava a alternativa admitida para se evitar uma calamidade futura que potencialmente colocasse em risco a organização social.

Nessa senda, conforme continua Ferrajoli (2002), há um vasto sumário de atrocidades praticadas no decorrer da história das punições, que estão presentes na história da humanidade, desde os tempos do Egito Antigo, por exemplo, passando pela Europa da Idade

Média e perdurando, infelizmente, até os tempos atuais, em que persiste a existência da pena de morte em países como os Estados Unidos e em quase todos os países africanos e asiáticos, onde essa pena é prevista não apenas em casos excepcionais, mas inclusive para os tempos de paz. Em países como o Brasil, Itália, Grã-Bretanha e Espanha, a pena de morte tem sua previsão restrita para tempos de guerra. Ademais, ressalta-se que, atualmente, ainda perduram as penas corporais violentas em vários lugares.

Destarte, a história da pena está nitidamente marcada por aspectos de crueldade e de muita violência. Todavia, durante o período iluminista, passou-se a ser questionado o caráter com o qual estava revestido a pena. Com os ideais iluministas em ascensão, discutia-se acerca da necessidade de aplicar a pena de maneira mais racional e humanitária. Nesse mesmo contexto, encaixa-se o surgimento da obra “Dos delitos e das penas”, de Cesare Beccaria, a qual foi publicada originalmente no ano de 1764, obra esta que também trazia ideias contrárias às prisões desumanas, às torturas, às penas de morte, dentre outros pontos, defendendo que a pena deve ser adequada à situação em que se insere, devendo, assim, ser proporcional ao delito cometido. Nesse sentido, afirma Beccaria (2010, p. 49):

Das simples considerações das verdades até aqui expressas advém a evidência de que a finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado.

Como pode um organismo político que, em lugar de se dar às paixões, deve ocupar-se exclusivamente em colocar um freio nos particulares, exercer crueldades inócuas e utilizar o instrumento do furor, do fanatismo e da covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um desgraçado nas torturas tirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já praticada? Não. Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime.

Conforme expõe Coscrato (2012), a obra de Beccaria encontra-se inserida em um período de arbitrariedades e de atrocidades, características do Antigo Regime, o que acabou por resultar em uma insatisfação da população. Por isso, trouxe à tona debates envolvendo à limitação das penas à sua necessidade, devendo estas serem proporcionais ao crime cometido, bem como à necessidade da humanização dessas sanções, afirmando que, com essas mudanças, poderia ser possível que as leis fosse mais facilmente aplicadas. Em consonância com o que foi exposto, dispõe Beccaria (2010, p. 26):

A proporção que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas, quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirem o coração à compaixão, as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedir a prisão.

Assevera ainda Ferrajoli (2002) que a pena, se quer cumprir a sua função de prevenir o crime, deve conservar a sua característica de trazer consequências desagradáveis, mesmo que esse aspecto consista basicamente no fato de ela ser realizada de maneira coativa, contra a vontade do condenado. Essa característica de trazer males capazes de cumprir a função preventiva da pena, de maneira a evitar a realização de outros crimes e a realização de justiça com as próprias mãos, todavia, deve ser limitada, e daí surge questionamentos que o autor traz, tais como: como punir?

Assegura ainda o autor que, para se responder a esse questionamento, deve-se dividi-lo em dois pontos: a qualidade e a quantidade da pena. Para esses questionamentos, surgem respostas como a advinda do ideal jusnaturalista de que a pena deve se igualar ao delito cometido, em consonância com o proposto pelo princípio retributivo do talião, e que foi por muito tempo defendido como uma importante característica da pena, e, conforme explicita Ferrajoli (2002, p. 312):

Tem sido sustentada por autores iluministas e utilitaristas, que, na busca de critérios objetivos e igualitários de determinação da qualidade da pena, sucumbem igualmente à ilusão de uma certa correspondência natural ou substancial da mesma com a qualidade do delito.

Contudo, os efeitos dessa concepção de pena podem ser indesejáveis. Conforme o que afirma Beccaria (2010), as penas, quando cruéis, podem trazer resultados contrários à sua finalidade, que é prevenir que o delito ocorra novamente. Dispõe o autor que, por mais que seja difícil estabelecer uma proporção entre os delitos e as penas, não se pode permitir que essas sanções acabem por ultrapassar o limite do castigo corporal, tendo em vista que, se o objetivo for que as penas sejam mais cruéis que os crimes cometidos, chegaria-se ao ponto de não existirem mais penas cruéis o suficiente. Ademais, estas atrocidades não podem ser sustentadas por um sistema constante de leis, por serem resultantes de ações passageiras de tiranos. Se as leis dão base às penas cruéis, é necessário que a legislação mude, ou, de outra forma, acabarão deixando o crime sem punição. Assim, quando uma legislação é mais evoluída, mais brandas serão as suas penas.

Para Ferrajoli (2002), as consequências da concepção jusnaturalista da relação entre pena e delito são duas. A primeira seria a afirmação do princípio do talião. A segunda consequência seria a impossibilidade de formalizar e tipificar as sanções, pois estas teriam que ser de diferentes tipos conforme o sejam os delitos.

Do exposto, pode-se aferir que o Direito não poderia permanecer inerte quanto à situação de crueldade em que se encontrava (e ainda se encontra) o sistema penal e aplicação das suas sanções. As penas estavam eivadas de violência e arbitrariedades, e no decorrer da sua história permaneceram com os resquícios cruéis, mesmo nas penas que não são mais os castigos corporais, como as penas privativas de liberdade. Nessa senda, quando se traz essa reflexão ao contexto da nossa atual legislação de execução penal, as características de violência e de condições desumanas das penas maculam um dos objetivos desse instituto, qual seja, o de buscar a reintegração social do apenado, tendo em vista que uma condição as quais os apenados são submetidos não seria propícia a proporcionar essa ressocialização.

Nesse espeque, dispõe Nucci (2012) que o direito penal deve, então, orientar-se no sentido de ser benevolente, buscando como objetivo principal alcançar o bem-estar da coletividade, o que inclui, assim, os condenados, os quais devem ser tratados como seres humanos que realmente o são, garantindo-se, assim, os seus direitos e garantias.

Nesse sentido, em consonância com o que dispõe Coscrato (2012), a característica da humanidade das penas, ou seja, o princípio da humanidade, tem como fundamento o respeito da dignidade da pessoa humana, bem como a legitimação da atividade estatal, quando analisada de uma perspectiva utilitarista. Ademais, pode-se inferir que o princípio da humanidade das penas evoluiu de acordo com o contexto histórico no qual estava inserido, passando por mudanças em conformidade com o que a realidade e a dinâmica social do período solicitava, demonstrando, assim, possuir a característica da flexibilidade que os princípios têm.

Tendo em vista suas características de princípio e a sua necessidade de aplicação em resposta às transformações pelas quais a sociedade passa, o princípio da humanidade das penas passou a ter previsão legal, com o intuito de concretizar a sua aplicação. Nesse sentido, a Constituição Federal do Brasil, de 1988, contém a previsão desse instituto no art. 5º, III, XLVII, XLVIII, XLIX e L, os quais têm a seguinte disposição:

Art. 5º - (...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Conforme explicita Coscrato (2012), tais disposições do princípio da humanidade das penas no texto constitucional têm como premissa limitar a atuação estatal na sua atividade punitiva, proibindo certas ações, bem como no sentido de impulsionar ações por parte do Estado com o intuito de promover a aplicação do aludido princípio no cotidiano carcerário do Brasil. Nesse mesmo sentido, a Lei de Execução Penal também contém em seus dispositivos a previsão da aplicação de penas em consonância com o princípio da humanidade, respeitando, assim, os preceitos constitucionais.

Ademais, conforme colabora Foucault (2013), a humanidade das penas deve ser considerada como regra que proporciona ao regime de punições uma limitação. Estes limites também estão fundamentados na existência do homem que se pretende fazer respeitar na pena, bem como a forma jurídica e moral que é dada a essa delimitação.

Face ao exposto, percebe-se a evolução do sistema penal no sentido de uma aplicação das penas de maneira menos violenta e arbitrária e mais humana, respeitando os dispositivos legais em consonância com os princípios jurídicos. Dessa forma, surge a necessidade de aplicação de instrumentos capazes de transformar a execução penal em um procedimento mais justo e adequado aos seus objetivos essenciais, com o fito, também, de tornar a atividade punitiva estatal delimitada a essas finalidades.

O exame criminológico, ao se propor a realizar um conjunto de estudos e análises do indivíduo apenado, pode ser considerado, então, uma ferramenta capaz de influenciar nesse sentido, colaborando para que as penas sejam aplicadas de maneira mais proporcional ao delito cometido. Os diagnósticos e prognósticos oriundos da aplicação do exame criminológico seriam um meio de escolher, de maneira fundamentada, a sanção mais adequada ao caso concreto, e, assim, mais justa e humana, indo de encontro à crueldade e à violência as quais marcam o passado das penas.

O princípio da humanidade das penas tem estreita relação com o princípio da individualização das penas, por serem ambos princípios constitucionais e que buscam orientar a aplicação das leis em consonância com a necessidade de se ter uma execução penal pautada na adequação, na aplicação de sanções que correspondam aos crimes cometidos. Far-se-á

agora, então, uma análise sobre o princípio da individualização da pena, correlacionando-o com a aplicação do exame criminológico.

4.2.2 *Princípio da individualização da pena*

A individualização da pena é um princípio penal constitucional. Possui previsão legal explícita na Constituição Federal de 1988, disposta em seu art. 5º, XLVI, que está disposto da seguinte forma:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

É um princípio que tem como finalidade tornar cada pena individual, ou seja, adaptada à cada situação concreta, evitando, assim, a padronização da aplicação penal, e buscando valorizar a função de ressocialização da pena, em detrimento da sua função meramente punitiva. Nesse sentido, de acordo com a definição que é dada por Nucci (2014, p. 33):

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

Coadunando com essa visão, afirma Souza (2009) que o princípio da individualização da pena também está relacionado com o princípio da personalidade, tendo em vista que se relaciona ao fato de a pena ser individual, e com o princípio da proporcionalidade, o que implica em um cumprimento de pena o qual deve estar de acordo com a realidade vivida pelo condenado.

O histórico do princípio da individualização da pena está intimamente relacionado ao da humanidade das penas. Ambos os princípios estão presentes nos debates acerca da aplicação da pena há muito tempo. Conforme já exposto, desde o século XVIII, principalmente, durante o período do iluminismo, tem-se discutido acerca da verdadeira função da pena e da humanização do castigo.

O ideal iluminista, então, buscou reformar essa concepção, primando por ideias de igualdade e racionalidade ao ato de castigar, buscando adequar às penas, de maneira racional e científica, aos delitos cometidos. Nesse sentido, afirma Machado (2009, p. 19):

Entretanto, ainda incomodava o fato de a sanção penal estar prevista de forma inflexível, quando apenas a infração importava. Era necessário ajustar a pena ao indivíduo, investigar a sua essência, calcular o desvio de sua conduta do padrão de normalidade em vigor e, “cientificamente”, modular a punição numericamente exata a quem pretendia castigar.

Esse fenômeno da amenização das penas passou a ser bem conhecido no estudo do Direito. Para muitos, foi considerado como um fenômeno meramente quantitativo, ou seja, as penas estavam se tornando mais suaves, mais humanas. Todavia, para além disso, a mudança pode ser considerada mais profunda, quando se passa a analisar que as penas começaram a ter outro objetivo, que não é mais atingir o corpo do apenado, e sim a sua alma, o seu intelecto. Nesse sentido, explicita Foucault (2013, p. 21):

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantemente ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente.

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições.

Assim, infere-se que, com as aludidas transformações, as penas passaram a ter como objetivo afetar o intelecto do indivíduo condenado, de maneira que não servissem mais apenas de castigo corporal, e sim de reflexão moral para que houvesse uma mudança mais profunda no apenado.

Durante esse período, surgiam as bases que fundamentariam a construção da ideia do princípio da individualização da pena. Nessa senda, afirma Beccaria (2010, p. 107): “É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.

Destarte, coadunando com o acima exposto, explicita Machado (2009) que o princípio da individualização da pena passou a ser considerado como direito fundamental, inclusive

com previsão nas Constituições mais modernas. Outrossim, o aludido princípio mostrou-se correlacionado a uma característica de racionalização e, concomitantemente, da humanização da pena, demonstrando a estreita relação existente entre os dois princípios constitucionais. Dessa forma, iniciou-se uma nova percepção que considerava o fato criminoso e a personalidade do indivíduo autor do crime como fatores importantes na determinação da sanção penal. Acerca da relação entre esses dois princípios, dispõe Nucci (2014, p. 49-50):

A individualização da pena encontra vínculo com o princípio da humanidade, especialmente no que concerne à individualização executória da sanção penal, pois não é segredo serem as condições carcerárias no Brasil, em grande parte, deixadas ao abandono, gerando estabelecimentos infectos e lotados, sem qualquer salubridade, o que, na prática, não deixa de se configurar autêntica crueldade. Cabe, pois, ao juiz da execução penal zelar para se fazer o cumprimento da pena de modo humanizado, podando os excessos causados pelas indevidas medidas tomadas por ocupantes de cargos no Poder Executivo, cuja atribuição é a construção e administração dos presídios.

Assim, do exposto, percebe-se que a individualização da pena está intimamente relacionada com o princípio da humanidade, tendo em vista que a má aplicação da individualização da pena, principalmente em sua fase executória, pode contribuir para as péssimas condições que normalmente se encontram os estabelecimentos carcerários.

Nesse sentido, para fins de melhor compreensão em relação à aplicação prática da individualização da pena, importante esclarecer, conforme dispõe Nucci (2010), que existem três fases a se considerar: a) a individualização legislativa, que seria o momento de atuação do legislador, que é o primeiro a atuar no sentido de individualizar a pena, ao criar o tipo penal, estabelecer qual será a pena e os demais aspectos que serão propostos na legislação; b) a individualização judicial, momento no qual a sentença é prolatada pelo magistrado, a quem cabe fixar a medida da pena no caso concreto, bem como definir qual será o regime de cumprimento penal e os possíveis benefícios; c) a individualização executória, etapa em que a pena individualizada é realmente aplicada.

Analisando-se essas três etapas, pode-se perceber que a individualização da pena é formada por um conjunto de momentos, desde a criação da lei até a aplicação da pena na execução, cada um tendo seu papel para a efetivação da pena individualizada. Especificamente no que tange à realização do exame criminológico, as fases da individualização judicial e da executória merecem maior destaque, por serem os momentos de contribuição do exame criminológico para a individualização da pena, tendo em vista que o

juiz poderá se utilizar das análises realizadas pelo exame para conceder ou não os benefícios da progressão de pena, os quais serão aplicados na execução penal.

O princípio da individualização da pena, de acordo com o disposto por Nucci (2014, p. 388), “[...] é o escudo protetor contra a padronização da fixação da pena – e de seu cumprimento”. Desse segmento, pode-se inferir que o exame criminológico, então, seria um instrumento de concretização do princípio da individualização da pena, pois seria uma forma de adaptar cada execução de pena às características próprias do caso específico, buscando evitar as penas padronizadas e engessadas, que não cumpram seu papel de ressocialização do indivíduo apenado.

4.3 A utilização do exame criminológico para a progressão de pena

Conforme já explicitamos, com a vigência da Lei nº 10.792/2003, ocorreram mudanças na Lei de Execução Penal, especificamente no que tange à redação do art. 112 da LEP, passando a não conter mais a obrigatoriedade da aplicação do exame criminológico para a concessão dos benefícios da progressão de pena. Todavia, válido salientar que o instituto não foi abolido da legislação penal, tendo em vista que o art. 8º da LEP continuou inalterado.

Dessa forma, conforme dispõe Santos (2013), tem-se que o exame criminológico persiste com previsão legal no nosso ordenamento para ser utilizado nos casos de classificação do preso, restando, porém, a sua utilização como requisito para progressão de pena posta em dúvida, pois a alteração no art. 112 da Lei de Execução Penal não trouxe o exame criminológico como instrumento obrigatório para aferição do mérito do indivíduo apenado a se beneficiar com a progressão de pena. A nova redação do aludido dispositivo prevê apenas que o preso tenha cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostente bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento.

Nesse contexto, no que tange à facultatividade da utilização do exame criminológico, existe divergência tanto doutrinária quanto jurisprudencial. Dessa forma, far-se-á uma análise acerca dos posicionamentos doutrinários sobre a aplicação ou não do exame criminológico e, após, será observado como a jurisprudência vem se colocando em relação ao caso concreto.

4.3.1 Correntes acerca do uso do exame criminológico

Atualmente, ainda perduram divergências doutrinárias quanto à obrigatoriedade ou não da aplicação do exame criminológico para a progressão de pena. A questão torna-se mais complexa, tendo em vista que envolve a problemática da mudança da legislação após a vigência da Lei nº 10.792/2003, bem como está relacionada também ao papel do juiz e o seu livre convencimento motivado, conhecido como persuasão racional, conforme expõe Santos (2013), que consiste na competência do juiz de valorar, com liberdade, os elementos de prova que constam nos autos, desde que o faça de maneira motivada, permitindo ao magistrado o uso dos parâmetros da legalidade e da razoabilidade.

Assim, para alguns doutrinadores, o exame criminológico deveria ser extinto definitivamente como laudo obrigatório para instruir os pedidos do benefício da progressão de pena. Para outros, a mudança na lei, na verdade, não impede que o magistrado possa se utilizar do exame criminológico para fundamentar a sua decisão, sempre que o ache necessário ao caso.

Para aqueles que são contrários ao uso do exame, de acordo com o que afirma Santos (2013), o principal argumento utilizado é baseado no princípio da legalidade. Com a mudança na legislação, não há mais a previsão expressa da obrigatoriedade do exame no art. 112 da Lei de Execução Penal. Dessa forma, utilizam-se de uma interpretação literal da nova legislação.

Outro ponto no qual se fundamenta a corrente contrária à aplicação do exame criminológico consiste na ausência de risco à jurisdicionalidade do procedimento de execução penal, tendo em vista que não foi afetado o poder do magistrado de analisar o mérito da progressão de pena, nos termos do art. 66 da LEP, permanecendo inalterada a competência do juiz de instaurar sindicância para apurar as faltas disciplinares e as sanções cometidas eventualmente pelos detentos, o que pode, conseqüentemente, refletir na avaliação do comportamento do apenado. Nessa senda, afirma Santos (2013, p. 92):

No tocante ao risco à jurisdicionalidade da execução, os que defendem o acerto da alteração legislativa na sistemática da exigência legal da realização de exames criminológicos para a avaliação de possibilidade de progressão de pena de condenados argumentam que não foi subtraído do Poder Judiciário a análise de mérito para a progressão de regime e para o livramento condicional. O que ocorreu, na realidade, foi que o mérito passou simplesmente a ser observado a partir de critérios mais objetivos e transparentes, consistentes no cumprimento ou não dos deveres impostos pela lei ao preso.

Afirmam aqueles contrários ao uso do exame criminológico que este, na verdade, era um dos principais responsáveis por essa mácula ao princípio da jurisdicionalização da execução penal, tendo em vista que tornava as decisões dos magistrados vinculadas aos pareceres criminológicos. Nesse sentido, afirma Carvalho (2007, p. 164):

O juiz da execução pena, desde a instituição dos postulados da criminologia clínico-administrativa, deixou de decidir, passando apenas a homologar laudos técnicos. Seu julgamento passa a ser informado por um conjunto de microdecisões (micropoderes) que sustentarão 'cientificamente' o ato decisório. Assim, perdida no emaranhado burocrático, a decisão torna-se impessoal, sendo inominável o sujeito prolator.

Nesse contexto, consoante o que explicita Santos (2013), a corrente que defende as mudanças ocasionadas na legislação penal no ano de 2003 fundamenta o seu argumento também no fato de que o exame criminológico não estaria sendo bem utilizado na realidade da execução penal. Além de não cumprir o seu papel, o procedimento também estaria sendo realizado de maneira errônea, tendo em vista as condições precárias da estrutura física das Comissões Técnicas de Classificação e dos Centros de Observação, além da falta de profissionais técnicos qualificados para realização das análises. Ademais, afirmam também que o caráter subjetivo inerente a essa avaliação também funciona como um óbice à elaboração de prognósticos válidos. Afirma Santos (2013, p. 93-94):

Assim, a corrente favorável à extinção do exame criminológico entende ser ilusório o argumento de que o exame criminológico poderia auxiliar o juiz fundamentar adequadamente sua decisão, pois há muito tempo a perícia não cumpria com o seu papel a contento, exercendo na verdade uma função meramente simbólica. Acenam que os laudos consistiam em modelos padronizados, cujo conteúdo, quase nada variava de um sentenciado para outro, logo, de pouca valia para a individualização executória e contavam com excesso de subjetivismo, que acabava por convencer o juiz a segurar o preso no regime mais severo, o que agravava ainda mais a superlotação das cadeias.

Nessa mesma visão contrária ao uso do exame criminológico, afirma-se que o exame deveria ser banido por ser uma perícia criminológica, os quais não garantiam que os seus resultados seriam capazes de estar interligados à realização da prática criminosa, conforme dispõe Sá (2007, p. 202):

Não me parece ser uma solução continuar realizando, ao longo da execução, o exame criminológico. Este sim, em meu entendimento, deveria ser banido. Isto porque, por sua natureza, ele é uma perícia, uma perícia criminológica, que tem por objetivo fazer um diagnóstico criminológico e um prognóstico criminológico. Enquanto diagnóstico pretende investigar os motivos, intrínsecos e extrínsecos, por que determinado indivíduo cometeu seu(s) crime(s). Ora, considerando-se, não os casos de fácil elucidação, mas a totalidade dos casos, o que nos pode oferecer garantia que determinadas características ou circunstâncias estariam ligadas à prática

criminosa, na maior parte dos casos anos depois de sua ocorrência, uma vez que já se encontraria descaracterizado o “local psicológico” do crime?

Dessa visão, pode-se perceber que a corrente contrária à aplicação do exame criminológico baseia-se, também, no argumento de que o laudo criminológico, em si, não seria suficiente para fundamentar a decisão do juiz em conceder a progressão de pena. Ademais, de acordo com Santos (2013), afirma-se também que a utilização dessa perícia poderia gerar um círculo vicioso em que a responsabilidade acerca da progressão de regime do condenado ficaria dividida entre o técnico e o magistrado, caso algo desse errado.

Por fim, tem-se que esse posicionamento doutrinário está fundado em um raciocínio que buscava responder à grande demanda constante nos estabelecimentos penitenciários, tendo em vista que a mudança na legislação contribuía também para acabar a morosidade do procedimento da execução bem como para diminuir a superlotação das penitenciárias.

Todavia, para a corrente favorável à aplicação do exame criminológico como fundamento para a progressão de regime, em que pese todos os argumentos contrários, tem-se o fundamento de que esse procedimento pericial seria a melhor forma de proporcionar a elaboração de um parecer seguro e científico acerca das condições do apenado capaz de fundamentar a decisão do magistrado sobre a concessão do benefício da progressão.

Estes defendem, de acordo com Santos (2013), que o novel legal não extinguiu o exame, tendo em vista que não houve a mudança no art. 33, §2º do Código Penal, o qual contém a previsão de que as penas privativas de liberdade devem ser executadas em forma progressiva, levando-se em consideração o mérito do condenado. Ademais, o conceito de mérito, para esses casos, conforme dispõe a aludida autora, deve ser entendido de maneira mais ampla, abrangendo mais do que o simples bom comportamento, analisando-se também a aptidão do apenado em retornar ao convívio em sociedade sem apresentar riscos para a coletividade. Assim, deve-se ponderar também sobre as condições em que o condenado está submetido na prisão, que acaba por influenciar no seu comportamento e na sua adaptação ao ambiente social.

Mesmo na visão de Sá (2007), doutrinador este que é contrário à permanência do exame criminológico nos moldes em que se encontra atualmente na legislação, também se pode encontrar fundamento para a importância da análise do apenado, porém, sem se deixar influenciar ingenuamente pelo atestado de boa conduta, que nem sempre significa que o apenado está pronto para a reintegração social. Nesse sentido, Sá (2007, p. 201):

A boa (ou ótima) conduta significa simplesmente que o preso formalmente está obedecendo às regras da casa. Não deixa de ser um pré-requisito indispensável para qualquer concessão de benefício, é óbvio. No entanto, o atestado de boa conduta é como se fosse o dinheiro que se exige para se comprar uma propriedade. Ele é indispensável. Porém, tanto poderá ser um “dinheiro limpo”, como um “dinheiro sujo”. Essa boa conduta tanto poderá representar um real crescimento interior, como uma boa adaptação, no sentido pejorativo, à vida carcerária, uma boa capacidade de harmonizar as regras do poder paralelo, ou seja, uma identificação com a vida do crime. Isto não é novidade alguma para os que trabalham no sistema penitenciário, como certamente não é para todos aqueles que lidam com as questões da execução da pena e com as questões penitenciárias. Só que muitos o sabem por “ouvir dizer”. Porém, os profissionais que militam no cárcere o sabem por experiência, por constatação. Os senhores diretores de presídio o sabem muito bem. Assim, o simples atestado de “boa conduta”, isoladamente, muitas vezes é uma “hipocrisia”, que serve para satisfazer meras exigências burocráticas; ou, é uma “farsa”, que serve para dar falso fundamento a quem pretende tomar decisões e precisa justificá-las. “Farsa”, “hipocrisia”, entenda-se bem, não por parte de quem emite o atestado, mas por todas as condições que o cercam.

Nesse sentido, é importante que haja uma análise aprofundada do apenado, realizando-se as análises de maneira mais técnica, de forma que seja possível buscar a elaboração de um parecer capaz de traçar um perfil e um histórico do condenado, podendo ser fundamental para instruir o parecer do magistrado no que tange à progressão de pena. Por isso, os atestados de boa conduta, conforme dispõe Santos (2013), não são eficazes para a finalidades deles, pois são elaborados de maneira superficial e produzidos em escala industrial, não havendo uma fundamentação válida na manifestação do diretor do presídio. Nisso, então, fundamenta-se a importância da realização do exame criminológico.

Ademais, pode-se inferir que, para aqueles que defendem a realização do exame criminológico, a ausência da sua aplicação pode ocasionar em uma submissão do Poder Judiciário aos órgãos administrativos do Executivo, cabendo não mais ao magistrado determinar o encaminhamento do procedimento de execução penal, e sim ao diretor de presídio, o que afetaria o seu aspecto jurisdicional. Assim, Nucci (2010) defende a importância da aplicação do exame criminológico para fundamentar a decisão do magistrado. Nesse contexto, o exame criminológico tem suma importância na realização do procedimento executório, tendo em vista que poderá auxiliar a fundamentação da decisão do magistrado no que tange à classificação e à progressão de regime, bem como colabora com a aplicação do princípio da individualização da pena o qual é previsto constitucionalmente, conforme já abordamos.

O cumprimento da pena deve ser feito de maneira progressiva, iniciando-se do regime mais severo e culminando nos mais brandos, ou seja, do regime fechado para o semiaberto e o aberto. Para isso, deve-se cumprir o requisito objetivo, que é cumprimento de pelo menos um

sexto da pena, e o requisito subjetivo, que seria o merecimento. Em relação ao último requisito, este deve ser analisado em uma visão contextualizada com todos os aspectos da execução penal, contando com profissionais do próprio sistema penitenciário, e também que sejam qualificados para emitir um parecer bem fundamentado no sentido de melhor colaborar para essa passagem de regime mais severo para o mais brando. Dessa forma, a tentativa de omitir a realização do exame criminológico poderá colaborar para engessar a atividade jurisdicional, servindo como óbice ao correto desenvolvimento da progressão da pena. Nesse sentido, dispõe Nucci (2010, p. 1000):

Qualquer tentativa de engessar a atividade jurisdicional deve ser coibida. Se os pareceres e os exames eram padronizados em alguns casos, não significa que não mereçam aperfeiçoamento. Sua extinção em nada contribuirá para a riqueza do processo de individualização da pena ao longo da execução. E mais: se os pareceres das Comissões Técnicas de Classificação eram tão imprestáveis para a progressão, deveriam ter a mesma avaliação para a inicialização da execução penal. Ora, quem padroniza para a progressão pode perfeitamente padronizar para o início do cumprimento da pena. A manutenção da Comissão para avaliar o condenado no começo da execução, mas a sua eliminação para o acompanhamento do preso, durante a execução, é um golpe (inconstitucional) ao princípio da individualização da pena.

Dessa forma, para os que são favoráveis ao uso do exame criminológico, a omissão do instituto irá, na verdade, colaborar para uma execução penal não mais jurisdicional, e sim administrativa. Assim, conforme o posicionamento de Santos (2013), a supressão do exame poderá influenciar no cerceamento de acesso aos direitos que o apenado possui, mitigando suas garantias tão arduamente conquistadas ao longo do processo de evolução das penas.

Ademais, em relação ao argumento de que os exames eram mal realizados, afirma Santos (2013) que a solução não seria simplesmente abolir o instituto da legislação, e sim buscar investimento estatal no sentido de corrigir e aperfeiçoar a realização desse laudo criminológico.

Nessa senda, pode-se perceber que as mudanças legislativas foram influenciadas pelas condições precárias em que se encontrava o sistema executório do Brasil. Todavia, as consequências do novel da lei culminaram em uma mácula aos princípios constitucionais da individualização da pena e, conseqüentemente, ao princípio da humanidade. Conforme o exposto, dispõe Nucci (2010, p. 1020):

É realidade que a Lei 10. 792/2003, como já expusemos em item anterior, modificou o teor do art. 112 da Lei de Execução Penal, com a finalidade de banalizar o processo de individualização executória da pena, facilitando a passagem entre os regimes e permitindo o esvaziamento do cárcere (algo muito mais fácil do que construir presídios, certamente, um elevado investimento de recursos). Por isso,

exige-se, na lei, apenas o atestado de boa conduta carcerária, abdicando-se do parecer da Comissão Técnica de Classificação – que somente serviria para fazer a classificação do preso ao ingressar no sistema penitenciário – e do exame criminológico. Continuamos defendendo que a individualização é preceito constitucional, não podendo o legislador ordinário afastar o juiz das provas indispensáveis à formação do seu convencimento. Logo, se entender viável, deve o magistrado requisitar a realização do exame criminológico, especialmente para os autores de crimes violentos, não sendo obrigado a confiar no atestado expedido pela direção do presídio. O mesmo raciocínio vale para a concessão de livramento condicional e indulto (neste último caso, se o decreto de concessão do benefício contiver requisitos subjetivos, como apuração do merecimento).

Sob o argumento de tornar o procedimento da execução penal mais ágil e menos burocrático, a supressão do exame criminológico, na verdade, acaba por influenciar em um procedimento controlado no âmbito administrativo, pobre em caráter jurisdicional e ausente de fundamentos válidos e que em nada melhora o funcionamento do sistema penitenciário, além do fato de esvaziar as prisões, o que, em verdade, é de pouca valia, quando não se consegue alcançar o verdadeiro objetivo a que se propõe a aplicação das penas prisionais, qual seja, a ressocialização do indivíduo condenado.

Contribuindo para esse posicionamento, o qual tem ganhado força no contexto atual, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei (PL 1294/2007), o qual tem como objetivo alterar a Lei de Execução Penal novamente, no sentido de reestabelecer o exame criminológico e o parecer técnico da Comissão Técnica de Classificação como requisitos obrigatórios para a progressão de pena, o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena, em casos de condenação por crime praticado com violência ou grave ameaça. (SÁ; ALVES, 2009)

Ainda no sentido de apoiar a realização do exame criminológico para a progressão, afirma-se também que a nova redação dada ao art. 112 da LEP, na verdade, não vedou o exame criminológico. Dessa forma, não existe óbice legal que impeça o juiz de solicitar a aplicação do exame quando julgar necessário, conforme explicita Santos (2013), no intuito de se utilizar do laudo elaborado para fundamentar mais acertadamente a sua decisão acerca da passagem do condenado para outra etapa no sistema da execução penal.

Importante salientar que, para a determinação da medida da pena, o magistrado deve considerar diversos fatores de influência para poder individualizá-la, inicialmente em relação à sua base e, posteriormente, em relação ao estabelecimento da pena provisória e da sua medida final (BOSCHI, 2007). Nesse sentido, a ausência dos diagnósticos interdisciplinares oriundos da realização do exame criminológico prejudica a aplicação da individualização da pena e, conseqüentemente, o procedimento da execução penal.

Nesse sentido, é importante que o magistrado se utilize dos elementos necessários para fundamentar seu julgado, tendo em vista que a referida decisão envolve não só o apenado em si, mas também pode afetar toda a coletividade. Assim, de acordo com o que afirma Santos (2013), o juiz necessita de elementos capazes de atestar o mérito do condenado, de maneira que o magistrado possa ter o máximo de certeza possível de que o indivíduo está preparado para retornar ao convívio social sem representar uma ameaça à sociedade. Para isso, a realização do exame criminológico mostra-se como uma importante ferramenta.

Todavia, mister ressaltar também que, tendo em vista que a legislação não prevê mais a obrigatoriedade da realização do exame, bem como em face da edição da Súmula nº 439 do STJ e da Súmula Vinculante nº 26, a utilização do exame criminológico acabou pairando sobre o âmbito da facultatividade, cabendo ao juiz determinar a sua realização ou não, quando julgar que é necessário, desde que fundamente as circunstâncias de cada caso que culminem na necessidade de aplicação do exame.

Do exposto, impende-se fazer uma análise do posicionamento da jurisprudência acerca do exame criminológico, com o fito de observar como vem sendo aplicado o aludido instituto no caso concreto.

4.3.2 Posicionamento jurisprudencial

Conforme se pode observar do exposto até o presente ponto, a aplicação do exame criminológico ainda é alvo de discussões, as quais resultaram em mudanças na legislação e também na edição de súmulas com o intuito de solucionar os questionamentos levantados. Todavia, mesmo com as mudanças, os resultados acabaram por tornar o uso do exame criminológico como facultativo, ficando a critério do juiz decidir quando da sua aplicação ou não, conforme se pode aduzir do posicionamento declarado pelos tribunais superiores.

Nessa senda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça vem no sentido de considerar que compete ao juiz da Vara de Execuções Criminais ou mesmo o Tribunal de Justiça estadual decidir, de maneira devidamente fundamentada, sobre a aplicação desse exame, de acordo com as particularidades de cada caso, com o fito de auxiliar na formação do seu convencimento acerca do implemento do requisito subjetivo para progressão de pena. O posicionamento já foi pacificado, inclusive, pela edição da Súmula nº 439, conforme já analisamos anteriormente. Nesse sentido, o HC 290841 SP.

Ademais, o STJ, em consonância com o que se dispõe em julgados como o HC 293521 SP, também prima pelo posicionamento de que a simples apresentação do atestado de boa conduta não é suficiente para fundamentar a progressão de regime, mesmo que o apenado já tenha preenchido o critério objetivo, qual seja, ter cumprido pelo menos um sexto da pena no regime anterior. Outrossim, salienta-se também que cabe ao juiz, através da livre apreciação da prova, analisar o parecer do exame criminológico e fundamentar a decisão acerca do benefício da progressão.

Nesse sentido, conforme dispõe Santos (2013), apesar de o exame criminológico não ter mais a sua obrigatoriedade prevista em lei, uma vez já realizado o exame, não pode o julgador eximir-se de levar o seu parecer em consideração para fundamentar a sua decisão

No que se refere ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, está fundamentado no sentido de que é possível que o magistrado exija a realização do exame criminológico, desde que de maneira fundamentada, tendo essa interpretação, inclusive, resultado na edição da já abordada Súmula Vinculante nº 26. Coadunando com o exposto, tem-se o HC 104011 SP.

Ademais, defende o Supremo que as mudanças realizadas na Lei de Execução Penal não proibiram a realização do exame criminológico para a avaliação do condenado, tampouco para a progressão de regime, ressaltando-se que a exigência do magistrado pela aplicação do exame deve se dar de maneira fundamentada. O posicionamento foi estabelecido e reiterado em casos como o julgamento do HC 112464 RS, no qual a Segunda Turma decidiu por unanimidade a facultatividade do exame criminológico para a progressão de pena.

No aludido processo, o réu teve o pedido de progressão de pena negado com base em um laudo criminológico desfavorável. Não obstante o argumento da defesa no sentido de que o apenado já havia cumprido um sexto da pena, bem como que possuía atestado de boa conduta carcerária, o posicionamento do Supremo baseou-se no fato de que a mudança legal não proibiu o exame criminológico, sendo facultativo ao juiz optar pela sua realização.

Relevante citar caso ocorrido no Brasil, relativo à utilização do exame criminológico para fundamentar uma decisão de progressão de regime. O caso de Suzane von Richthofen, a qual foi condenada pelo assassinato de seus pais, no ano de 2002, teve grande repercussão na sociedade brasileira. No processo, já foram solicitadas várias vezes pela defesa a progressão de regime da ré, desde o ano de 2009. No ano de 2013, foi requisitada a realização de exame criminológico para fundamentar os pedidos de progressão de regime. No final do mesmo ano, o ministro Marco Aurélio Mello do STF negou o pedido de progressão do regime fechado

para o semiaberto da condenada, pedido que já havia sido negado, inclusive, pela Sexta Turma do STJ, por unanimidade. (JUSTIÇA, 2014)

Em novo pedido realizado pela defesa, solicitou-se a realização de novo exame criminológico, o qual ocasionou em um parecer desfavorável à progressão de regime da detenta. Todavia, a Justiça de São Paulo optou por pedir a anulação do laudo, afirmando a magistrada do caso que o exame estava eivado de vício por não ter o técnico realizado uma entrevista com a apenada e pelo fato de o técnico ter apresentado publicamente sua opinião, que censurava a condenada, demonstrando a parcialidade que poderia macular o laudo criminológico, o qual pressupõe imparcialidade característica das provas periciais. O caso permanece para julgamento, ainda não tendo sido concedido a progressão de regime à ré.

Em suma, do exposto, em relação ao posicionamento da jurisprudência brasileira no que concerne à aplicação do exame criminológico para a progressão de pena, pode-se concluir que os tribunais superiores decidiram pela facultatividade da concessão do benefício da progressão de regime baseado apenas nos critérios dispostos no art. 112 da Lei de Execução Penal, cabendo ao juiz a possibilidade de optar por fundamentar a concessão da progressão de regime também em laudo criminológico, tendo em vista que, conforme disposto por Santos (2013), o critério do bom comportamento está ainda relacionado com a avaliação acerca do perigo concreto que o apenado pode representar quando reinserido na sociedade.

Ademais, a necessidade de aplicação do exame, mesmo em contraste com os argumentos de que a execução penal estava cada vez mais burocrática e os presídios cada vez mais lotados, acabou por prevalecer e influenciar também na edição de súmulas pelo STJ e STF, no sentido de pacificar os entendimentos dos tribunais.

Percebe-se também que a utilização do exame ainda ocorre com frequência quando da análise do caso concreto, apesar de sua previsão obrigatória como requisito para a progressão de regime ter sido retirada do art. 112 da Lei de Execução Penal. Tal fato corrobora para o entendimento de que o instituto do exame criminológico, em que pese as críticas daqueles contrários à sua permanência no procedimento de execução penal, permanece como um forte aliado para o magistrado na busca de elementos de prova e de convencimento para a sua decisão no que tange à concessão do benefício da progressão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face ao que foi analisado no presente trabalho, tem-se que o exame criminológico é o procedimento através do qual se realiza análises mais profundas acerca da personalidade do indivíduo criminoso, buscando elaborar um diagnóstico e um prognóstico capaz de ponderar sobre as chances de reincidência do criminoso e sobre quais seriam as medidas adequadas para aplicação da pena e para alcançar o objetivo principal da sua reinserção social.

Pode-se perceber que o surgimento do exame criminológico está permeado pela história da própria Criminologia. A Criminologia existe desde que existe o crime, porém, quando considerada como área da ciência, conclui-se que os estudos criminológicos têm seu início marcado pelo surgimento da Escola Positiva Italiana, tendo destaque as pesquisas de Cesare Lombroso. Essa escola marca a divisão da ciência criminológica entre a etapa pré-científica e a etapa científica.

No período pré-científico, o ramo criminológico vivenciou um momento marcado principalmente pelas generalizações, ausente de cientificidade. As duas principais vertentes de estudos nesse período eram a “clássica”, tendo um método abstrato, dedutivo e formal, e a “empírica”, com um método mais específico, quando já começavam a se utilizar do método empírico indutivo.

Conforme pode-se perceber quando da análise do desenvolvimento da Criminologia, foi sendo construído o pensamento de que o crime não poderia ser estudado sem ser considerado também os aspectos envolvendo o contexto no qual o ato havia ocorrido, bem como a própria personalidade do indivíduo infrator. Observou-se que, somente com o início dos estudos de Cesare Lombroso, quando o caráter científico teve destaque na Criminologia, foi que se começou a considerar a relevância que a personalidade do autor do delito poderia ter na realização do ato criminoso. Dessa forma, começaram os primeiros estudos sobre essas análises da personalidade do delinquente, que culminaram no surgimento do exame criminológico.

Quando da análise acerca da previsão legal do exame criminológico, observou-se que este só se consolidou na lei brasileira com a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84, quando a lei passou a fazer previsão de que as análises resultantes do exame criminológico deveriam ser usadas para a classificação do apenado e como requisito para a concessão da progressão de regime, em consonância com os princípios da individualização e da humanidade da pena.

A legislação pátria também fazia previsão de outros tipos de técnicas de avaliação dos apenados, quais sejam, o parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC) e o exame de personalidade, os quais muitas vezes eram confundidos com o exame criminológico. Pode-se analisar que a diferença entre esses institutos consiste no fato de que o exame criminológico é, na verdade, uma perícia, realizada em estabelecimento distinto da penitenciária, o Centro de Observação Criminológico (COC), enquanto o parecer da CTC elabora uma classificação com o fito de fundamentar o desenvolvimento de um programa que acompanhará a execução das penas privativas de liberdade, e o exame de personalidade é um exame clínico.

Percebe-se que essas técnicas de avaliação são muitas vezes mal utilizadas no procedimento da execução da pena. Dessa forma, pode-se concluir que, caso a aplicação dessas técnicas ocorresse da maneira correta, em harmonia com o que dispõe a Lei de Execução Penal, seria o passo inicial para tornar o procedimento de execução da pena mais eficiente, respeitando os princípios da individualização da pena e, conseqüentemente, da humanidade da pena, os quais estão previstos explicitamente na nossa Carta Magna.

Pode-se observar que as mudanças da legislação brasileira ocorreram em face das condições precárias em que se encontrava o sistema penitenciário brasileiro, com prisões lotadas e procedimentos considerados burocráticos e lentos, resultando na edição da Lei 10.792/2003, a qual retirou a obrigatoriedade do exame criminológico para a progressão.

Com as transformações legais, o exame criminológico passou a ser alvo de controvérsias na doutrina e na jurisprudência. Pode-se inferir, então, que a edição da Súmula nº 439 do STJ e da Súmula Vinculante nº 26 vieram no sentido de tentar pacificar as divergências que estavam ocorrendo nas decisões dos tribunais acerca do uso do exame criminológico. Assim, é possível concluir que há a possibilidade de o exame ser realizado para embasar a decisão do magistrado no que tange à progressão de regime, conforme a peculiaridade de cada caso, e desde que o próprio juiz da execução solicite a realização, de maneira fundamentada.

Foi possível observar que as divergências em relação ao exame criminológico também afetaram outras áreas relacionadas, como a Psicologia, o que resultou na edição das Resoluções nº 009/2010 e nº 012/2011 pelo Conselho Federal de Psicologia. A primeira tinha o objetivo de vedar a atuação do psicólogo na elaboração do laudo criminológico, enquanto a segunda permitia que os profissionais dessa área se manifestassem sobre a possibilidade de reinserção social dos condenados, porém, ficavam proibidos de elaborar parecer criminológico acerca da reincidência e do grau de periculosidade dos presos. Dessa forma,

observou-se a preocupação do Conselho Federal de Psicologia com a atuação dos psicólogos, buscava manter a contribuição deles no processo de execução penal, sem comprometer a credibilidade de sua atuação nem o conteúdo dos pareceres elaborados.

Ademais, depreende-se que o exame criminológico possui suporte nos preceitos dos princípios da individualização e da humanidade das penas, os quais são princípios constitucionais e previstos explicitamente na nossa Carta Magna. Nesse sentido, o exame criminológico seria um instrumento de aplicação prática desses princípios no procedimento de execução penal, buscando adaptar a pena de maneira mais justa e humanizada para cada caso concreto, respeitando as suas peculiaridades.

Em relação à doutrina, existem correntes contrárias e a favor da aplicação do exame criminológico como requisito da progressão de pena. Aqueles que são contra, fundamentam seu posicionamento no princípio da legalidade, na ausência de risco à jurisdicionalidade do procedimento de execução penal, bem como afirmam que o exame criminológico não estaria sendo bem aplicado na execução penal, pois uma perícia criminológica não garantia que resultados capazes de estar interligados à realização da prática criminosa.

Para os que defendem a utilização do exame criminológico, este seria a melhor forma de proporcionar a elaboração de um parecer seguro e científico das condições do apenado capaz de fundamentar a decisão do magistrado sobre a concessão do benefício da progressão. Ademais, afirmam também que as mudanças legais não extinguiram o exame, não havendo disposição explícita na lei que vedasse a utilização do mesmo, sendo, por isso, facultativo o seu uso. Destaca-se a importância de haver uma análise aprofundada do apenado, realizando-a de maneira técnica, possibilitando a elaboração de um parecer capaz de traçar um perfil e um histórico do condenado, podendo ser fundamental para instruir o parecer do magistrado no que tange à progressão de pena.

Pode-se inferir que a ausência da aplicação do exame criminológico pode ocasionar em uma submissão do Poder Judiciário aos órgãos administrativos do Executivo, cabendo não mais ao magistrado determinar o encaminhamento do procedimento de execução penal, e sim ao diretor de presídio, o que afetaria o seu aspecto jurisdicional, tornando-o um parecer engessado e limitado, mitigando as garantias que foram conquistadas no decorrer do processo de evolução das penas.

Conforme se extrai da análise jurisprudencial, tem-se que o exame continua sendo aplicado no caso concreto, tendo sua fundamentação baseada no fato de que a mudança na lei não proibiu a aplicação, apenas retirou o seu caráter de obrigatoriedade.

Entende-se, então, que, buscando tornar o procedimento de execução penal mais ágil, a ausência da utilização do exame criminológico desrespeita o procedimento da individualização da pena. Ao tentar esvaziar as penitenciárias, o que se conseguiu, na verdade, foi transformar o procedimento de execução penal em algo banalizado, por tornar possível a utilização de um simples atestado de boa conduta fornecido pelo diretor da penitenciária – que, por ser um requisito mais subjetivo, não traz informações necessárias para a apuração do mérito do condenado – como substituto do exame criminológico para concessão da progressão de regime.

Apesar de ser um procedimento com legislação específica que prevê todo o seu funcionamento, a execução penal tem em sua essência preceitos os quais devem ser respeitados, com o fito de que o objetivo principal de aplicação da sanção penal – a reintegração social do apenado – seja realmente alcançado. Ao tornar desnecessário o uso do exame criminológico para se conceder um benefício tão importante quanto a progressão de regime, vinculando a concessão da progressão ao parecer do diretor da penitenciária, acaba-se por retirar a jurisdicionalização do procedimento, bem como limita o livre convencimento do magistrado.

É fato que os exames, bem como as demais técnicas de avaliação dos apenados, estão sendo mal realizados, desrespeitando os preceitos da Lei de Execução Penal. Todavia, a solução não consiste no fato de abolir o instituto da legislação, pois isto sim fere a essência da lei, indo de encontro aos princípios da individualização e da humanidade das penas, os quais fundamentam a aplicação do exame criminológico. O ideal seria que se buscasse corrigir essa falha no procedimento de execução da pena, com o fito de aperfeiçoar a realização desse laudo criminológico, com o intuito de alcançar o principal objetivo a que se propõe a aplicação das penas prisionais, qual seja, a ressocialização do indivíduo condenado.

6 REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2010..

BRASIL. **JusBrasil**. STF - HC: 104011 SP , Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 14/02/2012, Data de Publicação: DJe 22/03/2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21425165/habeas-corpus-hc-104011-sp-stf>>. Acesso em: 04 out. 2014.

_____. _____. STF - HC: 112464 RS , Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 14/08/2012, Data de Publicação: DJe 13/09/2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22378992/habeas-corpus-hc-112464-rs-stf>>. Acesso em: 04 out. 2014.

_____. _____. STJ - HC: 290841 SP 2014/0060417-4, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data de Julgamento: 27/05/2014, Data de Publicação: DJe 10/06/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25117397/habeas-corpus-hc-290841-sp-2014-0060417-4-stj/relatorio-e-voto-25117399>>. Acesso em: 04 out. 2014.

_____. _____. STJ - HC: 293521 SP 2014/0098183-6, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data de Julgamento: 04/09/2014, Data de Publicação: DJe 15/09/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25268293/habeas-corpus-hc-293521-sp-2014-0098183-6-stj/inteiro-teor-25268294?ref=topic_feed>. Acesso em: 04 out. 2014.

_____. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. _____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. _____. **2ª Turma: Exame criminológico para progressão de regime é facultativo**, em 15 de agosto de 2012 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=215023>>. Acesso em: 04 out. 2014.

_____. _____. **Proposta de Súmula Vinculante 30 Distrito Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 439**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0439.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Individualização da pena. In: **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O (novo) papel dos criminólogos na execução penal: as alterações estabelecidas pela lei 10.792/03. In: **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COSCRATO, Nathália de Moraes. **O princípio da humanidade das penas e a execução penal no estado democrático de direito**. 2012. Monografia. (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/monografias/TCC_Nathlia_Coscrato_sem_correes.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2014.

COSTA, Giovana Cano da. **O valor do exame criminológico na execução penal**. 2006. Monografia. (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/523/519>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Newton. **Criminologia integrada**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Sociología Criminal**. Tomo Primero. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GHIGGI, Marina Portella. **O exame criminológico como (im)prescindível para a progressão de regime**. Revista Estudos Legislativos. n. 5. 2011. Disponível em: <http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos_legislativos/article/view/66/pdf>. Acesso em: 13 set. 2014.

JUSTIÇA de SP rejeita novo laudo criminológico de Suzane Richthofen. **G1**, São Paulo, 30 abril 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/justica-de-sp-rejeita-novo-laudo-criminologico-de-suzane-richthofen.html>>. Acesso em: 04 out. 2014.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2007.

MACHADO, Vinicius da Silva. **Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada**. 2009. 156 f.

Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4044/1/2009_ViniciusdaSilvaMachado.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORSOLINI, Fernanda Rodrigues. **A importância do exame criminológico e a execução penal**. 2003. Monografia. (Graduação em Direito). Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/132/135>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

SÁ, Alvinho Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SÁ, Alvinho Augusto de ; ALVES, Jamil Chaim . **Dos pareceres da Comissão Técnica de Classificação na individualização executória da pena: uma revisão interdisciplinar**. Boletim IBCCRIM, v. 201, p. 07-08, 2009. Disponível em: <www.pucsp.br/cienciascriminais/agenda/site_nucci_ctc.doc>. Acesso em: 04 out. 2014.

SANTOS, Dayana Rosa dos. **O exame criminológico e sua valoração no processo de execução penal**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17122013-083206/>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Isabella Mesquita Barbosa de. **O princípio da individualização da pena na execução penal**. 2011. Monografia. (Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília – UniCEUB - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/467/3/20712908.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.