

EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO DE REGIME

PRISIONAL: inviabilidade fática, legal e constitucional

*Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior¹ e
João Rafael de Oliveira²*

Resumo: O presente artigo busca analisar a ilegalidade e a inconstitucionalidade da utilização do exame criminológico como critério subjetivo para a progressão de regime prisional. Embora a jurisprudência dominante se posicione de forma diversa, no sentido de permitir a utilização do referido exame para a progressão de regime, quando não subordinar a progressão ao exame, busca-se demonstrar que tal procedimento vai de encontro aos princípios basilares de um Estado de Direito laico.

Abstract: The present article searches to analyze the illegality and the unconstitutionality of the use of the criminologic examination as subjective criterion for the progression of prisional regimen. Although the dominant jurisprudence if locates of diverse form, in the direction to allow the use of the cited examination for the regimen progression, when not to subordinate the progression to the examination, it searches to demonstrate that such procedure goes of meeting to the fundamental principles of a lay Rule of law.

Palavras-chave: Direito Penal - progressão de regime prisional - exame criminológico.

Key Words: Criminal Law - progression of prisional regimen - criminologic examination.

Sumário: 1. Introdução; 2. O exame criminológico; 3. Da impropriedade científica dos exames criminológicos, como atualmente aplicados no Brasil; 3.1. Princípio fundamental da feitura dos laudos: estereótipo; 3.2 Examinado “aculturado” ou “subculturado”: o preconceito de classe; 3.3. Desvios éticos dos exames criminológicos; 3.3.1. obtenção de informações através de uma relação de poder entre funcionário do presídio e detento e não de confiança entre profissional e paciente; 3.3.2. desconsideração dos traumas que podem ser oriundos de uma condenação injusta – porque fruto de um sistema seletivo – em prol da absolutização da verdade dos autos; 3.3.3. o aviltante papel de predição do futuro do exame criminológico; 3.3.4. as infrações éticas realizadas pelos laudos; 4. Da ilegalidade da utilização do exame criminológico como critério subjetivo para a concessão do benefício de progressão de regime; 5. Da inconstitucionalidade da utilização do exame criminológico como critério para a concessão do benefício de progressão de regime; 6. Conclusões.

¹ Professor de Direito Penal da Unibrasil e Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pós-graduado em Criminologia e Direito Penal pelo ICPC/UFPR. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Advogado criminal militante: www.rochalima.com. francisco@rochalima.com

² Acadêmico do 8º período do Curso de Direito da Unibrasil. Premiado com bolsa de pós-graduação pela exposição desse tema no **II Evento de Iniciação científica de Direito da Unibrasil**. joaorafael@rochalima.com

1. Introdução

Após a “realização de um fato, previsto legalmente como crime, que gere efeitos danosos a terceiros, caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação, pela imputabilidade e culpabilidade do autor, e, comprovado empiricamente por acusação diante de um juiz imparcial, em processo público realizado em contraditório, mediante procedimentos pré-estabelecidos em lei”, pode-se, segundo Salo de CARVALHO³, impor-se pena a um cidadão, tendo-se início a *execução penal*.

Dentre outros princípios, tal fase adota a progressividade, que significa a possibilidade de transferência do preso, durante o período em que a pena está sendo executada, de um regime de maior rigor para um regime de menor rigor punitivo. Em outras palavras, se o cumprimento da pena se inicia no regime fechado, em estabelecimentos de segurança máxima ou média, e em isolamento⁴, após o preenchimento de determinados requisitos, progredirá para o regime semi-aberto, cumprido em colônias agrícolas, industriais ou similares⁵. E, do semi-aberto, poderá também haver a progressão para o regime aberto, cumprido em casa de albergado⁶.

O núcleo da discussão do presente artigo reside na alteração do artigo 112 da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210 de 1984) estabelecida pela Lei 10.792 de 2003. Através dessa mudança, dispensou-se o parecer da Comissão Técnica de Classificação, o famigerado exame criminológico, para as progressões de regime de cumprimento da pena, como se depreende da redação respectiva: “*Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário,*

³ Trata-se da definição do autor das dez restrições ao arbítrio ou erro judicial, segundo o modelo teórico minimalista. (CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 85.)

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006. p. 516.

⁵ *Ibidem*, p. 517.

⁶ *Ibidem*, p. 518.

comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

Dessa forma, e a partir da referida mudança legislativa, para que o sentenciado tenha acesso ao direito⁷ de progredir de regime prisional, é necessário que ele preencha dois requisitos. O primeiro, de índole subjetiva, corresponde ao bom comportamento atestado pelo diretor do estabelecimento penitenciário. O segundo, de índole objetiva, corresponde ao lapso temporal cujo cumprimento é exigível para a progressão, sendo de um sexto para crimes não hediondos, e de dois quintos para réu primário condenado por crime hediondo e de três quintos para os réus reincidentes condenados por crimes hediondos.

Não obstante tal mudança e os mais de 5 (cinco) anos que nos separam de sua implementação, o fato é que, mesmo diante da inexistência de previsão legal para tanto, têm se negado, sistematicamente, a progressão de regime prisional para inúmeros condenados, quando o exame criminológico a que são submetidos se revela negativo. Negatividade, como se exporá, constatada a partir dos mais subjetivos e impalpáveis critérios, o que desnuda o fato de que antes de serem instrumentos científicos, são mecanismos oriundos de preconceitos de classe e de visões estereotipadas do mundo.

Assim, o fato é que se constituem em aberrações científicas no plano fático, e ilegalidades e inconstitucionalidades no plano jurídico, como se exporá adiante.

2. O exame criminológico

Conforme assenta Juarez Cirino dos SANTOS, o exame criminológico “compreende o conjunto de exames clínicos, morfológicos, neurológicos, psicológicos, psiquiátricos e sociais do condenado a precisar a individualização da execução penal”⁸. Aqui se compreendem exames psicológicos e psiquiátricos realizados por técnicos do Centro de Observação Criminológica, cuja finalidade é retratar o perfil do sentenciado⁹.

⁷ Repelem os autores a expressão “benefício”, referentemente à progressão de regime, por conter conteúdo semântico segundo o qual, os direitos do sentenciado não seriam outorgados por lei, mas seriam oriundos de favor do “príncipe”.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...* p. 529.

⁹ Idem.

A partir do Código Penal de 1940, como nos explica Cristina RAUTER, cresce a importância dos procedimentos de análise, diagnóstico e estudo da personalidade e vida dos apenados, para o fim de se lhes prescrever mais apuradas técnicas de tratamento¹⁰. Tem-se aquilo que a autora define como sendo uma tendência não só da legislação brasileira, mas ocidental: “a de se aplicar a pena tendo em conta uma personalidade, muito mais que um delito cometido”¹¹.

Tais exames têm historicamente se mostrado desprovidos de maiores rigores científicos, não raro reprovando a personalidade do sentenciado através de expressões como “o sentenciado tem personalidade voltada ao crime”; “o sentenciado apresenta uma postura de autocomiseração não reconhecendo sua punição como correta”, dentre outras.

Dentro desta perspectiva, e ainda considerando o fato de que os exames criminológicos são tratados como provas irrefutáveis pelo juízo de execução, tem-se o retrato de uma psiquiatrização da execução penal, na qual a decisão do Juiz da execução acaba sendo transferida para alguns funcionários da ortopedia moral¹², cujos prognósticos moralistas e segregadores depõe contra os mais elementares postulados de um estado laico, e de uma ciência penal de um estado democrático de direito.

O que se pretende demonstrar nos itens abaixo é que não obstante o instituto ter sido formalmente revogado pela já citada Lei de 2003, o fato é que vem sendo sistematicamente aplicado, situação incompatível com o status atual de cientificidade das ciências psiquiátrica e psicológica, como se a ilegalidade e a inconstitucionalidade que impregnam cada decisão nesse sentido já não fossem por si só suficientes.

3. Da impropriedade científica dos exames criminológicos, como atualmente aplicados no Brasil

¹⁰ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 83. Para um painel da evolução da criminologia, segundo o qual, verifica-se que o pano de fundo em que surgiram e se arraigaram no sistema jurídico os exames criminológicos, foram um simbiose entre o positivismo etiológico e na Nova Defesa Social, veja-se CARVALHO, Salo. Pena... Capítulo II (pp. 41 a 78).

¹¹ Idem.

¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 529.

Para a análise da impropriedade científica dos laudos psiquiátricos e psicológico que avaliam o sistema de progressão de regime prisional dos detentos no Brasil, parte-se da premissa que o tratamento psicológico ou psiquiátrico pode ser um instrumento absolutamente importante para uma pessoa refletir sobre seu ser-estar no mundo, suas aflições e suas angústias. O tratamento, de fato, pode se constituir em um dos mecanismos através do qual a pessoa pode superar, psicologicamente, eventuais desajustes e desencontros subjetivos, melhor estruturando sua personalidade frente ao mundo.

Contudo, e como se demonstrará, a aplicação dos exames criminológicos no Brasil não têm sido fruto de tratamentos de longo prazo, pautados em premissas científicas. Ao contrário. Não raras vezes tem se mostrado como ilimitadas fontes de arbítrio que aumentam o tempo de prisão de um condenado.

Realizando-se um paralelo com a sentença judicial, para melhor esclarecermos o tema, ou bem o juiz implementa os critérios de cientificidade adotados pelo direito penal e pelo processo penal para deliberar sobre a ilicitude de uma conduta¹³, ou se estará diante de uma arbitrariedade travestida de decisão judicial.

É o que se pretende analisar no presente tópico: (i) como usualmente as decisões judiciais se firmam de maneira absolutamente acrítica nos laudos¹⁴, e, (ii) como o procedimento de feitura desses laudos não tem obedecido aos critérios científicos estabelecidos pela psiquiatria ou pela psicologia, tornam-se imprestáveis para os fins propostos.

É o que se exporá nos subitens abaixo.

3.1. Princípio fundamental da feitura dos laudos: estereótipo

Como afirma a psicológica Cristina RAUTER antes de ser um procedimento científico, humanitário e avançado, os exames criminológicos para progressão de regime prisional têm sido uma fonte de arbitrariedades, determinando um encarceramento prolongado ou perpétuo de pessoas, por reproduzirem todos os

¹³ Apresentados na nota n. 01.

¹⁴ Como sustenta Cristina RAUTER: “Não se pergunta o Judiciário sobre as razões que justificam tão elevado prestígio: a engrenagem da repressão utiliza as técnicas psicológicas como uma peça a mais em sua maquinaria”. (RAUTER, Cristina. Criminologia... p. 85).

estereótipos, preconceitos, e ideologias que permeiam a questão do crime: repressão, controle e disciplina das parcelas pobres da população¹⁵.

Ao mesmo diagnóstico chega Vera Malaguti BATISTA, ao asseverar que “(...) as representações expressas por estes agentes e determinadas pelos interesses que as forjam (...) apesar do discurso ‘técnico’ não são nada neutras”¹⁶.

Continua a autora: “Estes quadros técnicos, que entram no sistema para “humanizá-lo”, revelam em seus pareceres (que instruem e têm enorme poder sobre as sentenças a serem proferidas) conteúdos moralistas, segregadores e racistas carregados daquele olhar lombrosiano e darwinista social erigido na virada do século XIX e tão presente até hoje nos sistemas de controle social”¹⁷.

A mesma ideologia que tem sido denunciada em determinados procedimentos policiais, ministeriais e judiciários¹⁸ também embalam os mecanismos utilizados por psicólogos e psiquiatras. E nesse sentido, visualizar os laudos psiquiátricos e psicológicos como se fossem expressão do mais apurado e neutro padrão científico das ciências psicológica e psiquiátrica, seria o mesmo que analisar toda e qualquer decisão judicial, manifestação ministerial ou procedimento policial como se neutro e científico também o fosse.

Tais exames podem ser entendidos como um dos mecanismos subliminares de poder que têm caracterizado as sociedades contemporâneas¹⁹, como nos explica Cristina RAUTER: “As relações entre saber e poder são, em nossa concepção, intrínsecas. Lançando mão da noção de poder disciplinar, podemos compreender os saberes enquanto partes de estratégias de poder. Neste sentido, as ciências humanas (psicologia, psiquiatria, criminologia e outras) surgem historicamente como ponto de apoio para novas técnicas de gestão das massas humanas, capazes de controlá-las, fixá-las e de

¹⁵ Ibidem, p. 86-87.

¹⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed. 2003, p. 117.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Nesse sentido veja-se ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito Penal Diferenciado*. Tubarão: Editorial Studium, 2002.

¹⁹ Como explica Michel Foucault em *Microfísica do Poder*: “Em *Vigiar e Punir* o que eu quis mostrar foi como a partir dos séculos XVII e XVIII, houve novas técnicas de poder, muito mais eficazes e muito menos dispendiosas (menos caras economicamente, menos aleatórias em seu resultado, menos suscetíveis de escapatórias ou de resistências) do que as técnicas até então usadas.” FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 11ª ed. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1993, p. 08.

produzir indivíduos úteis do ponto de vista da produção e dóceis do ponto de vista político”²⁰.

Para tanto, basta observarmos as explicações de Vera Malagutti BATISTA, para quem, o objetivo do exame é “(...) fazer com que o objeto da violência se adapte sem chegar a ter consciência e sem reagir. Sua função é ampliar as fronteiras da exclusão, descobrindo tecnicamente novas formas de infração e produzindo a ação técnica reparadora, que adapte os indivíduos à aceitação de sua condição de ‘objetos de violência global’”²¹.

Como signo do substrato estereotipado sobre o qual os laudos criminológicos são realizados, tem-se os conceitos de “família estruturada”, “atividade lícita” escrutinados a partir dos paradigmas da aculturação ou da subcultura em que o apenado-examinado vivia enquanto gozava da liberdade, como se verifica no tópico abaixo.

3.2 Examinado “aculturado” ou “subculturado”: o preconceito de classe

No mesmo diapasão devem ser entendidos os laudos que constatarem as origens e razões da “estrutura criminosa” da mente do apenado como sendo reflexo de uma “subcultura” e/ou de uma “ausência de cultura”²². Tal qual os colonizadores mercantilistas do passado que olhavam para as curiosas manifestações culturais de seus súditos americanos, africanos e hindus com altiva superioridade, os nossos peritos também considerarem como bizarros, aculturados ou subculturados os que introjetam os valores do morro, da favela, do subúrbio e das comunidades.

Trata-se, é claro, de mais um traço do preconceituoso estereótipo que forma a matéria-prima dos referidos laudos: ou é cidadão de bem, que se enquadra nos padrões sociais, geográficos, culturais, econômicos dominantes, ou então é um subumano, e portanto, propenso ao cometimento de crimes.

Vera Malaguti BATISTA que na obra já citada realiza estudo de campo procurando desvelar exemplos desse preconceito de classe nos exames realizados em

²⁰ RAUTER, Cristina. *Criminologia...*, p. 16.

²¹ BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis...* p. 117.

²² RAUTER, Cristina. *Criminologia...* p. 96.

adolescentes em conflito com a lei, nos coloca diante de situações que seriam chocantes, não fossem a pauta diária de nossos juízos de execução penal.

O primeiro diagnóstico vem dos “especialistas” da Funebem: “Seu comportamento anti-social é um reflexo de toda uma estrutura familiar irregular, onde faltou-lhe educação moral e social adequada. Sua personalidade está afetada por uma contradição entre seu EU e certos conceitos adquiridos por uma existência pautada num meio ambiente anti-social”²³.

Também vemos a conclusão de outro exame: “(...) Vem de “família ilegalmente constituída, com convívio marital de anos, composta de casal de cinco filhos. A genitora faleceu e o genitor vive amigado”²⁴.

E ainda: “J.G., 19 anos, entregador de farmácia, ‘procede da família ilegalmente constituída, mãe solteira’”²⁵.

Sequer seria necessário analisarmos as conclusões da autora para com ela compartilharmos seu ponto de vista. Como se vê dos exemplos acima, famílias pobres, excluídas do conceito de “família padrão”, é carga negativa que vai influenciar a possibilidade de progressão de pena.

Da mesma forma, a inobservância do padrão patriarcal de família: se não há pai, a família é desestruturada, é desagregada, desprezando-se toda a realidade antropológica de organização da família afro-brasileira sobrevivente da escravidão, na qual a mulher tem um papel “agregador”²⁶.

3.3. Desvios éticos dos exames criminológicos

Como se não bastasse o fato de os exames se constituírem em expressões singulares da introjeção dos padrões de estereótipo e de preconceito de classe que são a tônica dos mecanismos de criminalização do Estado brasileiro, tem-se que reparar para a circunstância de que há graves desvios de ordem ética na confecção dos exames, como se vê nos itens abaixo.

²³ BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis...* p. 119.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Ibidem, p. 118-119.

3.3.1. Obtenção de informações através de uma relação de poder entre funcionário do presídio e detento e não de confiança entre profissional e paciente

Sequer seria desnecessário discorrer sobre outro critério a partir do qual se constata o caráter não científico, mas ideológico dos exames criminológicos, senão este: a ausência de uma relação de confiança entre profissional e paciente, que macula os resultados do tratamento, ou no caso, do exame²⁷.

Como afirma Cristina RAUTER, na prisão, há tal desequilíbrio de poder, e tamanha superioridade de controle e opressão por parte do psicológico – rememore-se, funcionário da própria instituição penal – que não se trata, de uma situação que propiciará introspecção e auto-conhecimento por parte do examinado. Ao contrário, está ele ciente que tal circunstância terá efeitos concretos sobre sua vida, como a progressão ou não de regime. Saberá que trata-se de um julgamento, antes do que um momento de avaliação do tratamento²⁸ – como se houvesse um.

Tal circunstância por si só já inviabilizaria a utilização, por parte do magistrado que analisa a execução penal, de qualquer informação oriunda do laudo. Não obstante, tal como as outras, é homericamente ignorada, e os laudos oriundos de tais condições, são entendidos como a verdade irrefragável acerca da personalidade, condição psicológica e comportamento futuro do examinado.

Mas não é só: como saber se o apenado diz a verdade diante de tal nível de pressão psicológica, que redundará em anos a mais ou a menos de prisão, conforme o entendimento do profissional sobre a sua personalidade? A solução que tem sido encontrada são os autos: se o que fala é compatível com a sentença, diz a verdade. Em caso contrário, falta com a verdade, por estar se defendendo ou não estar suficientemente arrependido²⁹, como se vê no item abaixo.

3.3.2. Desconsideração dos traumas que podem ser oriundos de uma condenação injusta – porque fruto de um sistema seletivo – em prol da absolutização da verdade dos autos

²⁷ RAUTER, Cristina. *Criminologia...* p. 98-99.

²⁸ Idem.

²⁹ RAUTER, Cristina. *Criminologia...* p. 101-102.

Da mesma forma que o laudo pericial jamais é questionado pelo juiz para a análise da progressão do regime prisional, tem-se a absolutização, no momento da feitura do laudo, da sentença que condenou o apelado, o que, em último plano redonda em um sistema que se retroalimenta.

Sim, pois se a sentença é absolutizada pelo profissional que realiza o exame criminológico, também o exame criminológico acaba sendo absolutizado pela decisão que vai decidir a progressão de regime, o que redonda num sistema “sentença – exame criminológico – decisão de progressão de regime” que se engessa no mesmo sentido originalmente determinado pelo poder judiciário ao apreciar a ilicitude da conduta que se imputa como criminosa.

É claro que os pressupostos de como a sentença foi proferida, ou seja, os mecanismos de seletividade da máquina penal, jamais são discutidos. Sim, pois o trinômio acima referido tem como principal substrato os mitos da neutralidade do direito penal e o da verdade real da sentença, segundo os quais, todos têm as mesmas chances de serem criminalizados, bastando, para tanto, ter cometido uma conduta criminosa, e, o de que a decisão judicial que põe fim ao processo é a mais fidedigna expressão da verdade fática, respectivamente.

Salo de CARVALHO também já denunciou tal sistemática: “A técnica criminológica, ao se colocar como o discurso da ‘verdade’ no processo de execução, acaba por reeditar um sistema de prova tarifada, típico de sistemas inquisitoriais pré-modernos, que incapacita as normas de garantia, visto obstruir contraprova (irrefutabilidade das hipóteses)”³⁰. E ainda, no mesmo sentido, já se manifestou acertadamente Juarez Cirino dos SANTOS: “(...)O exame criminológico, como diagnósticos comportamentais, representa juízo de probabilidade refratário à verificação científica e, por isso, constitui avaliação inquisitiva insuscetível de refutação jurídica no contraditório processual”.³¹

A subjetividade do paciente é homericamente desconsiderada em face do posicionamento absoluto de que o condenado que expressa algo diferente da sentença não é sincero. Como se não houvesse a menor probabilidade disso acontecer. Como se

³⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas ...* p. 203.

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...* p. 529.

os policiais que fazem as investigações dos inquiridos policiais fossem infalíveis, e não passíveis dos mesmos preconceitos de classe acima analisados. Como se os membros do Ministério Público e os juízes criminais também estivessem a salvo de qualquer desvio no iluminado caminho da verdade absoluta. Como se todos os acusados, tivessem à sua disposição, todos os mecanismos de ampla defesa, entre os quais, um escritório particular e bem estruturado e não a assoberbada e carente defensoria pública.

Sequer seria necessário uma análise pormenorizada dos pressupostos que embalam tal raciocínio para verificarmos a falta de correspondência fática do mesmo: a igualdade do direito penal e a verdade real da sentença penal não passam de mitos.

Veja-se em primeiro lugar a igualdade. Ao contrário de um atuar igualitário, os mecanismos de criminalização secundária do Estado (polícia, Ministério Público e Poder Judiciário) são seletivos, ou sejam, selecionam determinadas condutas e determinadas parcelas da população para serem preferencialmente criminalizadas, postura que constrói o principal critério de seleção do poder punitivo do Estado, qual seja, o estereótipo³².

Dessa forma, a criminalização se dá não em razão de mecanismos republicanos e impessoais do agir estatal, mas em função da maior ou menor proximidade do estereótipo. Como tal pressuposto é ignorado pelo juiz sentenciante da conduta criminosa, é conseqüentemente adotado acriticamente pelo profissional que elabora o laudo, e ainda pelo juiz que atuará na execução penal³³.

Além disso, o outro fundamental aspecto da atuação do sistema “sentença – exame criminológico – decisão de progressão de regime” é o pressuposto da busca da verdade real como princípio do processo, que teria como consectário o fato de a sentença efetivamente refletir “a verdade”. Como nos explica Aury LOPES JR., isso não passa de “(...) uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório”³⁴.

³² ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª. ed. p. 45.

³³ Ibidem. p. 46.

³⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 512.

Trata-se, de fato, de uma impossibilidade epistemológica, segundo o mesmo autor: “Além de inalcançável, tampouco existem verdades absolutas, como a própria ciência encarregou-se de demonstrar, pois todo o saber é datado e tem prazo de validade (Einstein). Uma teoria só vale até que outra venha para negá-la. Logo, a verdade está no todo e o todo é excessivo, jamais pode ser alcançado pelo homem”³⁵. Como sustenta Denílson Feitosa PACHECO, “O sistema inquisitivo afirma a crença absoluta de se poder atingir, por meio do processo penal, a “verdade real”, a verdade do que “realmente” aconteceu. Se o juiz atingisse essa verdade real, ele poderia julgar como Deus onisciente e fazer a suprema e divina justiça”³⁶.

Eugenio Pacelli de OLIVEIRA, inclusive, nos adverte sobre a superação de tal mito, desde o advento da Constituição Federal de 1988, quando sustenta que a expressão “verdade real” “(...) como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no.”³⁷

Pior do que a introjeção desses mitos pelos operadores jurídicos é a incidência do *bis in idem* da execução penal. Trata-se da circunstância, segundo a qual, impossibilita-se (ou dificulta-se enormemente) a progressão de regime dos apenados que fizerem alusão ao fato de que receberam uma sanção injusta, num iníquo e aterrorizante sistema de perpetuação de mitos, em detrimento da realidade.

A prisão, a partir das míticas perspectivas acima apontadas, é vista como um lugar onde vai se operar uma transformação na personalidade do preso: lá irá refletir, arrepender-se, internalizar a lei e adquirir valores superiores³⁸, pouco importando a inviabilidade fática disso, seja pelos fatores que acabamos de apontar, seja pela cegueira

³⁵ Ibidem. p. 517.

³⁶ PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 3ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p 62.

³⁷ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 290.

³⁸ RAUTER, Cristina. *Criminologia...* p. 102.

institucional dos psicólogos e psiquiatras, que fecha os olhos às efetivas transformações nos presos, que são a reincidência e a estigmatização³⁹.

3.3.3. o aviltante papel de predição do futuro do exame criminológico

A falta de rigor científico e a absoluta desconexão desses exames com a própria realidade que circunda o examinado pode ser inferida da própria constatação de que, como sustenta Cristina RAUTER, a teoria psicanalítica, assim como qualquer outra teoria psicológica conhecida, não autoriza a fazer previsões sobre o futuro comportamento do analisado, sendo sempre retrospectiva, podendo lançar no máximo alguma luz sobre a natureza dos seus conflitos internos atuais⁴⁰.

Como se viu no tópico acima, um acompanhamento psicológico teria como escopo a reflexão interna sobre os mecanismos que levaram a pessoa a ser presa, seus desejos, seus desajustes, ou eventualmente (pois tal hipótese não pode ser afastada) porque, apesar de não ter cometido o crime, acabou criminalizado em função de preencher os requisitos do estereótipo. Tudo para que a pessoa pudesse superar, psicologicamente, tais desajustes e desencontros e subjetivos, de forma a melhor estruturar sua personalidade frente ao mundo.

Ora, como podem os laudos vislumbrar que a pessoa não está readaptada ao convívio social e que voltará a cometer crimes, se o exame psicológico e psiquiátrico, mesmo aquele que é fruto de uma ampla convivência entre o profissional e o paciente – o que está longe de ser o caso dos exames realizados nos presídios de nosso país – não tem dons mediúnicos de prever o futuro, mas no máximo de constatar os conflitos passados que formam a personalidade da pessoa no presente?

3.3.4. as infrações éticas realizadas pelos laudos

³⁹ Como nos explica BARATTA, a constituição de população criminosa pressupõe a assunção, a nível de comportamento, de papéis criminosos por parte destes indivíduos, mediante os efeitos da estigmatização penal sobre a identidade social do indivíduo, ou seja, sobre a definição que ele dá de si mesmo e que os outros dão dele. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 179).

⁴⁰ RAUTER, Cristina... p. 91.

Como se vê do Código de Ética do Psicólogo⁴¹, são diversos os momentos em que o mesmo é desatendido na feitura dos laudos criminológicos.

Inicialmente, vejam-se os seguintes princípios fundamentais do referido Código: “II. O psicólogo trabalhará visando promover a saúde e a qualidade de vida das pessoas e das coletividades e contribuirá para a eliminação de quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; III. O psicólogo atuará com responsabilidade social, analisando crítica e historicamente a realidade política, econômica, social e cultural”.

Não são necessárias maiores análises senão as já realizadas nos tópicos anteriores para constarmos que, é óbvio, ao contrário de contribuírem para eliminar a “discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” os laudos criminológicos têm disseminado esses valores, tendo-se em conta a forma como têm sido feitos. Seja pela adoção do preconceito e do estereótipo como critério reitor de análise; seja pela introjeção e absolutização de padrões elitistas de convivência social, regulação familiar, e emprego formal; seja pela subserviência total ao padrão de “verdade” desvelado pela sentença; seja ainda pelo dom mediúnico de adivinhação dos atos posteriores da vida em liberdade do apenado, o fato é que tais posturas não contribuem *para a eliminação de quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*.

Além disso, temos ainda no art. 2º do referido Código, a seguinte disposição: “Ao psicólogo é vedado: (...) b) Induzir a convicções políticas, filosóficas, morais, ideológicas, religiosas, de orientação sexual ou a qualquer tipo de preconceito, quando do exercício de suas funções profissionais;”

Nesse ponto poder-se-ia contra-argumentar se asseverando que não há qualquer induzimento explícito. Contudo, como não se inferir o induzimento subliminar que se verifica na necessária adoção, por parte do examinado, de uma postura dócil, aceitadora da sentença que vai lhe recuperar, resignada diante das funções laborais que lhe são impostas dentro da prisão e submissa perante todos os desígnios, por mais absurdos que sejam, das autoridades do próprio presídio.

⁴¹Disponível no [sítio eletrônico: http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/codigo_etica.pdf](http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/codigo_etica.pdf). Acesso em 29 de novembro de 2008.

Tal situação foi indiretamente constatada por Vera Malaguti BATISTA, ao se deparar com o eloqüente relato médico-psiquiátrico da Funabem de “(...) W.S.L., 17 anos, preto, morador da Cidade de Deus, preso por tráfico de maconha e cocaína em 1988: ‘Possui porte altivo, cabeça erguida, andar tranqüilo, seguro de si. Todo ele sugere sua autoconfiança. (...) O sorriso que por vezes aflora é mais como um reforço de expressão corporal do que afetividade (...) jamais demonstrou submissão, e de fato, não é submisso’⁴².

A que conclusões chega a psicóloga partindo de tais premissas? Segundo o laudo citado pela autora, “a revolta com seu destino aparece para a psicóloga como ‘projeção de suas dificuldades e deficiências’ e tem como indicação ‘o tratamento por longo período’ em face das ‘características da personalidade muito suscetíveis a reincidência’”⁴³.

Outro caso trazido pela autora também deve ser citado. Trata-se de F.A.S., 16 anos, pardo, morador da favela Barros Filho. Relata-nos a autora: “Preso por tráfico em 1978, ele vai para o Instituto Muniz Sodré, do sistema penitenciário adulto (Desip); após dois anos de prisão, o promotor pede um exame de cessação de periculosidade. O laudo da psicóloga revela: O menor ainda se sente atraído por uma vida de ganhos fáceis. Esta vida é ainda sentida como uma coisa boa, fazendo com que olhos brilhem ao referir-se ao que fazia com o dinheiro conseguido. A fantasia de poder manter um status, um grande guarda roupa em plena moda, cercar-se de guloseimas e garotas bonitas, não se coadunam com a vida que é possível se levar com um salário mínimo(...) Sua declaração de que quer mudar de vida ficou bem pouco aceitável pois ela é feita de maneira muito pouco sincera, como se estivesse apenas dizendo o que era esperado que dissesse, tentando dissimular para os peritos suas verdadeiras idéias”.

O laudo poderia ser assim sintetizado: “trata-se de um negro que não sabe o seu lugar!”, porém, como tal frase soaria extremante racista, destila-se o preconceito em doses homeopáticas, e de preferência com uma carapaça científica.

Em suma, pode-se concluir este tópico do caráter não-científico dos exames criminológicos com a constatação de que eles se constituem muitas vezes, pela sua

⁴² BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis...* p. 127.

⁴³ Idem.

estruturação discriminatória e ilegítima, e pelo fato de se constituírem em insuperáveis entraves burocráticos, em elementos de aumento puro e simples da pena⁴⁴.

Mas, como se não fosse suficiente a necessidade da rejeição destes arremedos de instrumento científico por parte do sistema judiciário brasileiro, em face das impropriedades acima destacadas, é de se atentar para ilegalidade e a inconstitucionalidade de sua respectiva utilização, como se passa a analisar nos próximos tópicos.

4. Da ilegalidade da utilização do exame criminológico como critério subjetivo para a concessão do benefício de progressão de regime

Retomando-se o que já foi exposto na introdução: há dois requisitos para a progressão de regime prisional. Um de índole subjetiva, que é o bom comportamento durante a execução da pena atestado pelo diretor do estabelecimento penitenciário e outro, de índole objetiva, que é o cumprimento mínimo de um sexto da pena aplicada ao sentenciado. Explique-se, no ponto, que a Lei 11.464 de 2007 modificou a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8072/1990), dando nova redação ao § 2º do art. 2º desta, que assim está consolidado: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”. Ou seja, para os apenados por crime hediondo após 25 de março de 2007, data da publicação da alteração acima, incidirá os novos parâmetros, e não o quantum de um sexto.

De qualquer forma, e da leitura do art. 112 em comento, não há como haver indeferimento de pedido de progressão de regime pela ausência de preenchimento do aspecto subjetivo constatado em exame criminológico, por uma absoluta falta de previsão legal.

Ocorre que aqui se está diante de uma incongruência do sistema jurídico. É que se de um lado, inexistente previsão legal para o exame criminológico, e se os Tribunais Superiores vem referendando, acertadamente, as decisões dos juízos inferiores que não o utilizam, de outro, e estranhamente, as decisões que fazem o contrário, ou seja, que

⁴⁴ RAUTER, Cristina. Criminologia... p. 11.

utilizam o exame criminológico, não têm sido consideradas ilegais, desde que o tenha sido de forma “fundamentada”.

No ponto se indaga: como se pode legitimar uma decisão que não tem amparo legal pelo fato de ela estar fundamentada? Guardadas as proporções seria o mesmo que dizer: “sim, é ilegal a pena de morte, a castração ou o açoite em praça pública. Mas se estiver bem fundamentado e explicado...”

Pela lógica do sistema, ou o exame criminológico foi revogado e não pode ser utilizado, e as decisões que o utilizaram devem ser reformadas, ou ele não é considerado revogado e tem o condão de legitimar as decisões que o utilizam.

Contudo, não é o que vem ocorrendo na prática, como se verifica da pesquisa jurisprudencial sobre o tema.

Fundados na primeira vertente, tem-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “1. A Lei n.º 10.792/03, ao dar nova redação ao art. 112 da Lei de Execuções Penais, afastou a exigência do parecer da Comissão Técnica de Classificação e a submissão do condenado a exame criminológico, para a concessão progressão do regime prisional. 2. Assim, possuindo o julgador elementos bastantes de convicção, é suficiente para a concessão da progressão de regime que o condenado tenha cumprido 1/6 (um sexto) de sua pena e possua bom comportamento, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional. 3. A Corte a quo, revogou a progressão de regime concedida, sem qualquer elemento concreto que comprovasse o demérito do Paciente, ao argumento de que restou não suficientemente evidenciado o requisito subjetivo apenas pelo atestado de bom comportamento, aplicando o princípio “in dubio pro societate”. Constrangimento ilegal evidenciado. 4. Ordem concedida. (HC n.º. 46099/SP, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 21/02/06) Grifo nosso⁴⁵.

No entanto, verifica-se que nesses casos não se decretou a ilegalidade das decisões que utilizaram o exame criminológico. Ao contrário, o que ocorreu foi a decretação da ilegalidade dos acórdãos que reformaram as decisões de primeiro grau que não o usaram.

⁴⁵ No mesmo sentido: “1. Após o advento da Lei 10.792/03 deixou de exigir a realização dos exames criminológicos, anteriormente necessários, para a progressão do regime prisional. 2. Ordem concedida. (HC n.º. 40.299/RS, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 22.08.05). E ainda poderíamos citar o HC n.º. 98.602/PR, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 09.11.04 que também comunga do mesmo entendimento.

No entanto, e por mais paradoxal que isso seja, quando ocorre o inverso, ou seja, quando a utilização do exame criminológico é desde logo realizada pelo juízo de primeiro grau, o mesmo STJ referenda os entendimentos que a legitimam, desde que a decisão esteja “fundamentada”, como se vê dos seguintes precedentes: (...) 3. O art. 112 da Lei de Execução Penal, com sua nova redação, dada pela Lei n.º 10.792/93, dispõe ser necessário, para a concessão da progressão de regime, apenas o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivo - tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior - e subjetivo - ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento -, sem tratar sobre a necessidade do exame criminológico. 4. Contudo, a realização do referido exame pode perfeitamente ser solicitado, quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem, como aconteceu na hipótese em apreço, em que se aferiu, no prontuário do ora Paciente, o registro de várias fugas e cometimento de novos crimes. (...) (HC 111.150/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 17/11/2008)⁴⁶.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça se consolida no seguinte sentido: o exame criminológico não pode ser utilizado, pois não há base legal para tanto. Mas se houver fundamentação suficiente, é de se flexibilizar o princípio da legalidade, impondo restrição a direito fundamental, mesmo que sem base legal.

Contudo, e quer nos parecer óbvio, não se pode flexibilizar o princípio da legalidade, curvando-o às exigências do caso concreto, sob pena de ele simplesmente deixar de existir.

Como sustenta Andrei Zenkner Schmidt, o princípio da legalidade regula “(...) toda a atividade estatal administrativa, legislativa e judicante. Nessa fase, o direito encontra-se estruturado sobre o paradigma liberal-individualista de produção jurídica,

⁴⁶ No mesmo sentido: “1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que de acordo com o art. 112 da Lei n.º 7.210/1984, com a redação dada pela Lei n.º 10.792/2003, não há mais a exigência de submissão do apenado ao exame criminológico, podendo o Juiz, ou mesmo a Corte Estadual, frente às peculiaridades do caso concreto e de forma fundamentada determinar a realização do referido exame. 2. Assim, se a avaliação criminológica foi realizada, sendo desfavorável à concessão do benefício, não poderia o magistrado de primeiro grau ter desprezado o seu resultado, mostrando-se razoável a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em determinar o retorno do paciente ao regime fechado, ainda mais porque, quando beneficiado com a progressão para o regime semi-aberto, ele empreendeu fuga. 3. Habeas corpus denegado. (HC 91.880/RS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 28/10/2008)

em que a parte precede o todo, ou seja, onde os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade”⁴⁷. De tal sorte, e ainda como assevera o autor, “(...) atua o princípio da legalidade, no Estado de Direito, como instrumento vinculador da sociedade, no sentido de que a liberdade dos associados somente pode ser restringida mediante imposição de normas proibitivas ou preceptivas”⁴⁸. Assim, conclui-se na esteira do autor, que a legalidade estabelece como condição necessária a prévia existência de lei anterior para que possam os poderes do Estado, e no tema em análise, o Poder Judiciário, restringir direitos e liberdades individuais.

No caso que se analisa, há uma clara restrição a direito individual, na medida em que se nosso sistema jurídico não prevê a sistemática que tem sido aplicada, qual seja, realização, “dependendo do caso concreto” de exame criminológico para progressão de regime prisional. Disso se subsume uma profunda ruptura do mais básico pilar do Estado de Direito que é a *rule of law*, instaurando-se seu mais odioso consectário: a mais absoluta insegurança jurídica.

Na mesma esteira, deve-se ouvir as lições de J.J. Gomes CANOTILHO, que nos explica que “o princípio da legalidade postula dois princípios fundamentais: o princípio da supremacia ou prevalência da lei e o princípio da reserva da lei”⁴⁹. Esse princípio, por seu turno, “(...) afirma que as restrições aos direitos, liberdades e garantias só podem ser feitas por lei ou mediante autorização desta”⁵⁰.

Como restringir o mais sagrado direito e garantia de um cidadão – a liberdade – sem lei que possa legitimar o procedimento?

5. Da inconstitucionalidade da utilização do exame criminológico como critério para a concessão do benefício de progressão de regime

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica em considerar constitucional a utilização dos laudos criminológicos para a análise da progressão de

⁴⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 144.

⁴⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio...* p. 145.

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 5ª ed., p. 256.

⁵⁰ idem.

regime prisional, como se verifica dos mais recentes entendimentos daquela Corte: “(...) 2. Conforme entendimento firmado neste Supremo Tribunal, a superveniência da Lei n. 10.792/2003 não dispensou, mas apenas tornou facultativa a realização de exames criminológicos, que se realiza para a aferição da personalidade e do grau de periculosidade do sentenciado (v.g., Habeas Corpus n. 85.963, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 27.10.2006). 3. As avaliações psicossociais estão compreendidas no gênero "exame criminológico" e podem servir de subsídio técnico para a formação da livre convicção do magistrado. 4. Ao analisar os requisitos de ordem subjetiva, o Tribunal ad quem pode se amparar - de acordo com a sua livre convicção - em laudos psicossociais elaborados em atendimento à requisição do Juízo das Execuções, e a par dos quais a decisão recorrida foi prolatada (Código de Processo Penal, art. 157 e 182). (...) (HC 94503, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 28/10/2008, DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-01 PP-00187)⁵¹.

No entanto, é de se adotar entendimento diverso, uma vez que, partindo da idéia de filtragem constitucional⁵² vislumbramos de forma evidente a inconstitucionalidade da utilização dos citados diagnósticos para a progressão de regime prisional.

É que, ao contrário do que sustenta a jurisprudência, segundo a qual a utilização do exame criminológico para a progressão de regime prisional está amparada pela individualização da pena (inciso XLVI do artigo 5º da CF), estes laudos que, de regra, são formatados de maneira exclusivamente subjetiva, como visto acima, expressam uma clara tentativa de impor ao condenado uma forma de pensar, uma moral. Sim, pois ou se mostrar resignado, regenerado e ordeiro, ou lhe será, indefectivelmente interditado o caminho da progressão de regime e portanto, do regresso à liberdade.

⁵¹ No mesmo sentido: HC 94826, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 28/10/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-02 PP-00339 e AI 550735 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-09 PP-01858.

⁵² Como afirma Paulo Ricardo SCHIER “a noção de filtragem constitucional traz a idéia de realização da normatividade e imperatividade do direito através da perspectiva dos valores constitucionais” SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 55.

Tal imposição de forma de pensamento, e de moral, vai abertamente de encontro à Constituição Federal, na medida em que esta veicula, em seu bojo, exatamente a autonomia moral do cidadão. Ou seja, desde que ele não esteja ofendendo bens jurídicos de outras pessoas, não se pode censurá-lo, criminalizá-lo, e no que tange a presente pesquisa, vedá-lo de favor legal, em virtude de pensamento, de consciência, crença, convicção filosófica, política ou de expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, garantidos pela própria Constituição Federal.

Em suma: se a Carta Magna assegura a todos os cidadãos justamente esse rol de direitos e prerrogativas, previstos nos incs. IV, VI, VIII, IX e X⁵³ do art. 5º, através dos quais, garante-se que o direito penal não pode estabelecer moral, muito pelo contrário, deve garantir âmbito de liberdade moral, como sustentam Nilo BATISTA e Eugênio R. ZAFARONI⁵⁴. Inclusive, sustentam os referidos autores que Estado que pretende impor moral é imoral; Estado ético deve reconhecer este âmbito de liberdade⁵⁵.

Neste diapasão encontramos também o posicionamento de René Ariel DOTTI: “Nos dias de hoje questiona-se muito a intervenção estatal na esfera da consciência do presidiário. Terá o Estado o direito de oprimir a liberdade interior do condenado, impondo-lhe concepções de vida, estilos de comportamento e vetores ideológicos? Certamente, não. A democratização das instâncias formais de controle do processo de execução se opõe aos métodos e meios ditatórias que se consubstanciam na ideologia do tratamento segundo as perspectivas político-criminais das concepções positivistas e pretendem provocar uma catarse no delinqüente, negando o elementar direito de ser diferente”⁵⁶.

⁵³ IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantia, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a sua liturgias;

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (g.n.)

⁵⁴ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, p. 225.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ DOTTI, René Ariel. A lei de execução pena: perspectivas fundamentais. In: *Revista de Política Criminal e Penitenciária (01)*. Brasília: Ministério da Justiça, 1988, p. 208.

Com efeito, a Constituição Federal não pode ser lida de forma isolada, haja vista o princípio da unidade da Constituição, o qual preconiza que o intérprete deve considerar a Constituição em sua globalidade, ou seja, deve este obrigatoriamente, quando da aplicação da Constituição, se ater às normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário⁵⁷.

Destarte, a norma constitucional que assegura a individualização da pena prevista no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, está elencada no mesmo rol das garantias acima referidas, e, portanto, deve ser lida no mesmo contexto de garantias fundamentais individuais, ou seja, não há que se falar em constitucionalidade da utilização do exame criminológico como critério subjetivo para a concessão da progressão de regime tão somente pela leitura do inciso XLVI, do art. 5º da Carta Magna, sob pena de infringir o princípio interpretativo da unidade.

Há que se analisar tal dispositivo juntamente com as demais normas constitucionais que, frisa-se, se apresentam de forma a limitar o poder punitivo arbitrário do Estado como também de forma a assegurar ao indivíduo a liberdade de pensamento, a inviolabilidade da intimidade e o elementar direito de ser diferente.

De outro lado, a inconstitucionalidade aqui debatida, apóia-se também no fato de que os pareceres dos peritos têm como finalidade apenas dificultar, quando não inviabilizar o reconhecimento de direitos, pois, embora não fossem precedidos de estudos efetivos da personalidade do preso, e por mais irracional que fossem suas conclusões, os laudos, em regra, balizam as manifestações do Ministério Público e as decisões judiciais, como já analisado. Isso porque, geralmente, o preso não tem acompanhamento psicossocial, desde o início da execução, como preconizado pela Lei de Execução Penal, o que os laudos não revelam, da mesma forma que omitem outras deficiências do sistema.

Outrossim, fazendo uma análise mais acurada sobre este instituto vê-se que nem recepcionado pela constituição foi. Pois, partindo da teoria da recepção que vê a Constituição como um ordenamento revolucionário que quebra com o ordenamento anterior só recepcionando o que for compatível com seus postulados e revogando o que

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...* p. 1.209.

for impertinente, tem-se que este instituto foi revogado por não ser compatível com os postulados garantidos na Constituição Federal de 1988, vez que está disposto de forma clara no rol de direitos fundamentais, especificamente nos incisos IV, VI, VIII e X, a liberdade de consciência, uma real garantia do cidadão face ao Estado, não podendo este impor aos cidadãos uma forma de pensar, um padrão moral.

Assim, sendo o exame criminológico, um exame que versa sobre a interioridade do preso, restringindo a este o direito de progredir de regime simplesmente pelo fato de ser diferente ou de não concordar com imposições feitas pelos funcionários da ortopedia moral não se chega a outra conclusão senão a de que a sua utilização padece de inconstitucionalidade.

Por fim, nos aliamos à idéia de que não podemos conceber como possível que num Estado Democrático de direito ainda se permita a presença do direito penal do autor, punindo cidadãos, suprimindo-lhes seus mais basilares direitos pelo simples fato de serem diferentes e não atenderem ou respeitarem os padrões morais impostos pelo Estado na pessoa do psicólogo ou do psiquiatra componente da Comissão de Observação Criminológica.⁵⁸

Há que se reconhecer a força normativa da Constituição e dar efetividade aos direitos fundamentais individuais a fim de se limitar a psiquiatrização das decisões judiciais e reconhecer como critério subjetivo para a concessão da progressão de regime tão-somente o bom comportamento carcerário atestado pelo diretor da penitenciária, por ser critério que não versa sobre a interioridade do preso, como também, por ser passível de refutação quando apresentado de forma inverídica, respeitando o contraditório nas decisões sobre incidentes na execução penal.

6. Conclusões

Como visto nos tópicos acima, os laudos criminológicos são insustentáveis cientificamente, além de sua atual utilização por parte dos magistrados que analisam a progressão de regime ser absolutamente ilegal e inconstitucional.

⁵⁸ “O Centro de Observação Criminológica (COC) é um local autônomo da instituição carcerária que realiza exames perícias e pesquisas criminológicas que retratam o perfil do preso, fornecendo instrumentos de auxílio nas decisões judiciais dos incidentes da execução”. Ver para tanto CARVALHO, Salo de. Pena... p. 185.

Tal como já deixamos claro em outras oportunidades⁵⁹, não se encontram nas razões acima expostas, fundamentos *jurídicos* para a postura de nossos tribunais. Em outra seara devem ser buscadas as razões das “desrazões”.

Podemos entender tal postura, como mais um dos efeitos da concepção inquisitorial que rege nosso processo penal, como nos explica Denílson Feitosa PACHECO: “Culturalmente, o princípio inquisitivo domina claramente no Brasil. O juiz brasileiro pode, de ofício, ou seja, sem qualquer requerimento das partes: determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou o processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II do CPP); decretar a prisão preventiva (art. 311, CPP); condenar por classificação legal diversa da especificada na denúncia, sem ouvir qualquer das partes previamente (emendatio libelli do art. 383 do CPP); condenar mesmo diante de pedido de absolvição do Ministério Público, etc”⁶⁰.

Ou ainda, como nos relata Sylvio Lourenço da SILVEIRA FILHO, pode-se buscar as razões em “*um senso comum penal, forjado, mormente, pelos meios de comunicação de massa, através do grande espaço dispensado na divulgação de notícias relacionadas à criminalidade e ao seu respectivo combate*”⁶¹.

Se o diagnóstico das razões de tal entendimento jurisdicional ainda carece de maiores e mais pormenorizadas análises que sistematizem o cipoal de explicações para tamanho descaso com a Constituição Federal, leis e fundamentos científicos das ciências, o prognóstico parece ser mais facilmente perceptível.

Um Estado Democrático de Direito não perdura pela mera afirmação literal em um Texto Constitucional. Seus pressupostos de superioridade da lei e supremacia da

⁵⁹ ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. A (inexistência de) controle de constitucionalidade das leis penais em branco: causas e conseqüências. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7 (Jan/Dez, 2007). Curitiba: Unibrasil, 2007 e ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. A expansão do direito penal colhendo seus frutos: uma análise da delação premiada no sistema jurídico brasileiro. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 5, N. 5 (Jan/Dez, 2005). Curitiba: Unibrasil, 2005.

⁶⁰ PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito...* p 64.

⁶¹ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Neoliberalismo, mídia e movimento da lei e da ordem: rumo ao estado de polícia. In: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais* n. 02, jan-jun de 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 253.

constituição devem ser reafirmados cotidianamente. Se é fácil criticarmos as prisões ilegais de Guantânamo, um Estado Democrático que aspire desenvolvimento sustentável é aquele que percebe as arbitrariedades que ocorrem em seu quintal.