O Exame Criminológico e a Questão do Risco Potencial de Antecipação da Liberdade

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal. Professor emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

“A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, (...)” (art. 144, *caput*, 1ª parte, CF/88)

Nos tempos contemporâneos, o exame criminológico, em um enfoque crítico e *não* etiológico, passa a se constituir em uma *ferramenta pericial* do Estado para avaliar em tempo próximo o grau de *risco potencial de violência na antecipação de liberdade* daqueles protagonistas de graves lesões aos bens jurídicos, objetivando a garantia da segurança pública, diante de intoleráveis desvios de conduta, *sem* manipular a personalidade e invadir a privacidade, respeitando a opção de ser diferente, bem como adequando na *seleção de ingresso* os *perfis* do condenado e do estabelecimento penal de cumprimento. Assim, não se trata do modelo do século passado formulado por Lacassagne e Lombroso para a classificação dos delinquentes (1890). No espírito da Lei de Execução Penal, o *exame criminológico de ingresso* é peça fundamental para a difícil *seleção prévia* de condenados em regime fechado (obrigatória) ou semiaberto (facultativo) para uma proposta de *individualização executória*.

Já o *exame criminológico específico* para a progressão de regime e livramento condicional, por condenados no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, sem prejuízo de avaliar se o condenado

preenche, ou não, requisitos objetivos e subjetivos do benefício, segundo a dicção da Súmula Vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal, o magistrado *poderá* determinar para tal fim, de modo *fundamentado*, a realização do exame criminológico específico. Diante do *princípio da jurisdicionalidade*, não seria admissível a substituição do juiz da execução pelo diretor da unidade penitenciária (administração penal). Em síntese, é a avaliação do *perfil do condenado* em razão do *risco social* de *antecipação reintegratória* à macrossociedade que se realiza por meio de uma *entrevista* em conjunto pela *equipe multidisciplinar*, constituída por diretor, chefe de segurança da unidade prisional, psicólogo, psiquiatra e assistente social. Não se pode deixar de utilizar tal ferramenta legal e importantíssima para o *programa individualizador* contribuindo para a *seleção* ou *currículo* do condenado como referência fundamental para estabelecer a construção do *perfil*, atendendo-se à individualização da pena preconizada pela Lei de Execução Penal, com a finalidade de um melhor processo inicial de reconstrução da pessoa do condenado.

O condenado que *ingressa* em uma unidade prisional adapta-se à *nova cultura* (não difere, na maioria das vezes, do *habitat* miserável ou pobre de onde proveio). O processo de adaptação à vida prisional (microsociedade) é exatamente inverso do pretendido pelo *mito ressocializador*, que se denomina *desculturação*, caracterizado pela perda de capacidades vitais e sociais mínimas exigíveis para uma vida normal na macrossociedade. Esta falta de orientação é ditada pela contaminação e expressada no chamado *processo de prisionalização*, por via do qual o apenado adquire e adota *usos, costumes, tradição* e *cultura* da unidade prisional. Objetivava-se, com patamar no *perfil*, *traçar* o *programa individualizador*, procurando *estimular* novos valores, *abrir* expectativas e *vencer* dificuldades próprias do processo de encarceramento.

Contemporaneamente, *não* se fala mais em *classificação de delinquentes*, mas em *processo de seleção* para facilitar o *processo de socialização* com patamar no *princípio da dignidade da pessoa humana*. *Realiza-se a justiça, conhecendo o homem*. Assim, impõe-se separar os apenados que, pela *vida pregressa* ou *perfil de risco conflitivo*, possam exercer uma liderança negativa, criando e mantendo associações criminosas, destruindo qualquer proposta de individualização executória, bem como proporcionando a quantidade de *perfis* para efetivo processo de socialização. É necessário que se *conheça* o apenado e, para tanto, se impõe investigar o seu *perfil, aptidões, valores, interesses* e *opção de conduta normativa*.

A prisão, *instituição total*, caracteriza-se pela aparição de uma *cultura específica*, a sociedade criminógena. O objetivo ressocializador mínimo tem por escopo gerar condições para dar *oportunidades* ao apenado de poder no futuro comportar-se sem conflito normativo. O cárcere *não* pode ser um instrumento para *transformar* a consciência do condenado.

Na prisão, coexistem dois *sistemas de vida* diferentes: a) *oficial*, representado pelas normas legais, que disciplinam a vida no cárcere; b) *não oficial*, o que rege a vida dos reclusos e suas relações entre si (o que nasce na prisão, morre na prisão). O recluso se adapta às formas de vida, usos e costumes que são impostos no estabelecimento prisional. Na realidade, o que a sociedade persegue é a *socialização do condenado* para *viver* na prisão. Visa-se à inserção social futura e harmônica, respeitados os limites normativos para a garantia do exercício dos direitos de todos em um Estado de direito, democrático, laico e pluralista. A *exigência* da realização do exame criminológico de *natureza interdisciplinar por comissão especializada* para a avaliação do *perfil* do apenado (história de vida) tem por escopo também instrumentalizar o juiz da execução penal para o deferimento ou não do pedido antecipatório para regime menos rigoroso, é *medida imperativa* para a aferição da adequação ao novo regime prisional ou de liberdade antecipada. A função criminológica do legislador e do magistrado deve levar em conta seu papel político, jurídico e social, diante de uma *crítica realística*, pois não mais se podem pretender ações de políticas penitenciárias que nada têm a ver com a realidade social.

Há forte resistência à realização do exame criminológico por parte dos psicólogos que operam no sistema penitenciário: a) quer em relação ao exame de ingresso (classificação), sob o fundamento de que o programa individualizador de tratamento perdeu sua finalidade deixando de ser realizado diante do ceder do Estado às organizações criminosas; b) quer mantendo no que tange à progressão de regime e ao livramento condicional, rejeitando sob a alegação de que *não* deve ser o trabalho do psicólogo delinear um *perfil* da pessoa presa e o *grau de risco* para a sociedade no momento em que deixa o cárcere, mas sim, o de poder vê-la de frente e acompanhá-la por meio de práticas *durante* o cumprimento da pena. Saulo de Carvalho, em *Práticas Inquisitivas na Execução Penal*, defende que “quanto ao prognóstico de não delinquência, mas importante ressaltar que a emissão do parecer tem como mérito ‘probabilidades’, o que por si só em nada poderia justificar a negação de direitos públicos

subjetivos, visto serem *hipóteses inverificáveis empiricamente*". Não há que se falar em violação da intimidade da pessoa privada de liberdade, porque não está obrigada a se submeter à perícia criminológica, pois não está obrigada a fazer prova contra si mesmo. Defende-se a *avaliação do risco* para a antecipação de liberdade (progressão de regime, saídas temporárias, livramento condicional) para que se evitem os altos índices de reincidência. Aduza-se que o *custo operacional* da implantação das equipes multidisciplinares ou a substituição proposital do laudo pericial por "rudimentares papeletas" informam o caos gerencial do sistema penitenciário brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 26, possibilitando (faculdade) a avaliação pelo Juízo da Execução, inclusive mediante a realização do *exame criminológico*, do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos para o deferimento da progressão do regime de cumprimento de pena imposta pela prática de *crime hediondo* ou *equiparado*.

É importante salientar que a avaliação criminológica *obrigatória* para a progressão de regime constitui condição fundamental para a moralização do regime semiaberto, repondo a confiança necessária para o deferimento das *saídas temporárias*. O voto do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, no Superior Tribunal de Justiça, transcrita parte da ementa com grifos introduzidos, resume nossa opinião sobre o tema: "Em que pese a nova redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, ao art. 112 da LEP, ter *eliminado a obrigatoriedade do exame criminológico* para verificação do *mérito* do apenado no procedimento de progressão do regime carcerário, *seu verdadeiro intuito não foi o de abolir referida perícia*, que continua sendo para aferição do requisito subjetivo do apenado. O *bom comportamento* a que alude a novel legislação, pressupõe avaliação individualizada das condições pessoais do condenado, abrangendo, além da constatação de sua adaptação às regras do regime carcerário, atestada pelo diretor do presídio, o juízo acerca da conveniência de transferi-lo para regime menos gravoso, o que somente poderá ser efetivamente obtido por meio dos elementos fornecidos pelo exame criminológico. É procedimento que *não* constrange quem a ele se submete, pois se trata de avaliação *não* invasiva da pessoa, já que se efetiva por meio de entrevista com técnico ou especialista, *não* produzindo qualquer ofensa física ou moral, respeitando a sua opção de ser diferente. *A perícia em ques-*

tão constitui um instrumento necessário para a formação da convicção do magistrado, de maneira que deve sempre ser realizada como forma de se obter avaliação mais aprofundada acerca da provável capacidade do sentenciado de adaptação ao regime menos severo. Se assim não fosse, a competência para conceder o benefício ao encarcerado passaria a ser do diretor do estabelecimento prisional em que se encontrasse, e não mais do Juiz da execução, uma vez que, diante de um atestado favorável, somente restaria ao julgador homologá-lo, sem proceder a uma análise mais criteriosa a respeito da capacidade provável de adaptação do condenado ao regime menos severo” (STJ, HC 93.402/SP, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.3.2008). É entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Súmula nº 439 de que o juízo de primeiro grau e o Tribunal de origem podem determinar, excepcionalmente, a realização do exame criminológico, diante das peculiaridades da causa, desde que o façam em decisão concretamente fundamentada (STJ, HC 210.692/SP, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 21.3.2013).

No Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento no sentido de que a alteração do artigo 112 da LEP pela Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, *não* proibiu a realização do *exame criminológico*, quando necessário para a avaliação do condenado, tampouco proibiu a sua utilização para a formação do convencimento do magistrado sobre o direito de promoção para regime mais brando (STF, HC 110.029/RS, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18.10.2011). A regra do art. 196, § 2º, da LEP, continua inalterada (“entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o juiz ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada”). Assim fundamentado, pois a gravidade abstrata do delito *não* configura motivação fundamentadora, poderá o juiz da execução ou o tribunal determinar o exame criminológico, não ficando vinculado ao seu resultado. Não se fala em *periculosidade* (inimputáveis), mas em *alto risco transgressor* para a segurança e a paz pública.

Em síntese, o *mérito* do apenado deve ser avaliado também através do seu *perfil* compatível com o regime prisional que objetiva ser progredido e, para tanto, torna-se relevante, diante do caso concreto. O “*bom comportamento carcerário*” não substitui o exame criminológico, pois o apenado que detém liderança no coletivo carcerário sempre demonstra ser respeitoso e subserviente, diante dos inspetores penitenciários objetivando adquirir a confiança para alcançar futuro benefício. Manuel Pedro

Pimentel, em *Prisões Fechadas Prisões Abertas*, dizia que “o bom preso não significa ser um homem regenerado”. O que se avalia é o quadro de situação individual de conflito de difícil adaptabilidade às exigências normativas postas e o risco em grau intolerável de retroalimentação da violência macrosocial pela opção de vida do apenado, vigindo o princípio do *in dubio pro societate*. Diante da natureza multidisciplinar, abarca o *comportamento satisfatório* durante a execução da pena imposta, o desempenho de tarefas atribuídas e cursos realizados e a compatibilidade com as regras do novo regime. Deve ser realizado, principalmente nos casos de cometimento de crime hediondo ou equiparado, com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, e reincidência. A única exigência para a sua realização é a determinação legal *fundamentada* na sua *necessidade* com patamar no *princípio da razoabilidade*.

A Súmula nº 716 do Supremo Tribunal Federal garante ao *preso provisório* a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata do regime menos severo nela determinado *antes* do trânsito em julgado da sentença. Assim, pela orientação da Reforma de 1984, é defesa a realização do exame criminológico *antes* da prolação da sentença, o que *exclui* os presos provisórios.

O magistrado que possui consciência sensível aos valores de seu tempo e utiliza o arsenal fático como guia às regras de convivência de vida, não pode incidir no absurdo lógico.

A *não* realização do exame criminológico, realizado por uma *equipe interdisciplinar*, contribui para a situação caótica do sistema prisional, pois se vê que os apenados são *selecionados* previamente pela facção criminosa a que pertencem ou em razão dos lugares onde residem, dominados pelas organizações criminosas, tudo diante da complacência do poder público, que objetiva evitar conflitos e diminuir gastos com a contratação de profissionais da área de saúde (psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais). Reafirma-se a existência da tentativa de *desjurisdicalização da execução*, substituindo o magistrado, com o poder de determinar, desde que fundamentada a decisão, a perícia criminológica, pelo atestado de bom comportamento carcerário emitido pelo diretor da unidade prisional.

Com a edição da Lei nº 13.167, de 6 de outubro de 2015, que estabelece critérios para a *separação de presos nos estabelecimentos penais*, dando nova redação ao art. 84 da Lei de Execução Penal, objetiva-se, no

ingresso no sistema penitenciário fazer a separação entre presos provisórios e definitivos (primários ou reincidentes), utilizando tão só o critério da *gravidade do delito praticado*, se não vejamos: a) prática dos crimes hediondos e equiparados; b) prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; c) prática de outros crimes ou contravenções. O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.

A modificação busca fazer uma *seleção* de ingresso puramente objetiva, sem observar o perfil do apenado, considerando tão só o tipo penal violado. E, para tanto, os entes federativos terão que redimensionar as unidades penitenciárias. Tal seleção retroalimenta o poder das organizações criminosas, não isoladas, mas agrupadas, limitando o poder jurisdicional da execução.

Neste desenho, não se pode perder de vista que o *processo de execução*, formado pelo título executório, é um conjunto de atos jurisdicionais necessários à execução das penas e das medidas de segurança impostas, como última etapa do processo penal, constituindo-se em uma atividade multifacetada e complexa. A execução da pena privativa de liberdade deve ter por objetivo efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal condenatória e proporcionar condições, observados os princípios da legalidade executória e da proporcionalidade, para *estimular* e *capacitar* o apenado para que se adeque ao sistema normativo vigente, a fim de oportunizar a sua futura *inserção* e *adaptação* social, observada a dignidade da pessoa humana e sob o escopo da *redução de danos*, preservadas a paz social e a segurança pública.

Assim, diante do *inferno do cárcere*, sob um olhar realístico, a pena privativa de liberdade passa a ter por finalidade a proteção dos bens jurídicos e a contenção dos conflitos normativos, colocando-se um ponto final ao mito da ressocialização. ❖