

# 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 morализação 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. ❖