

**FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO RIO GRANDE DO
NORTE
CURSO DE DIREITO**

ANA LUIZA HONÓRIO DE LIMA CABRAL

**O EXAME CRIMINOLÓGICO COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

**NATAL
2011**

ANA LUIZA HONÓRIO DE LIMA CABRAL

**O EXAME CRIMINOLÓGICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte (FARN), como requisito para a obtenção do título de bacharel.

Orientador: Prof. João Batista Machado

NATAL

2011

Cabral, Ana Luiza Honório de Lima

O exame criminológico como instrumento de efetivação do princípio da individualização da pena./ Ana Luiza Honório de Lima Cabral – Natal, RN, 2011

60 f.

Orientador: Prof. João Batista Machado

Monografia do Curso de Direito – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

1. Direito – Monografia. 2. Exame Criminológico. 3. Princípio da individualização da pena. I – Cabral, Ana Luiza Honório. II – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. III – Título.

BIBLIOTECA UNI-RN

343.9 C117e - RB: 37612 (M002155)

Título: O exame criminológico como ...

Autoria: Cabral, Ana luiza Honório de Lima

2011, ex. 1

ANA LUIZA HONÓRIO DE LIMA CABRAL

**O EXAME CRIMINOLÓGICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte (FARN), como requisito para a obtenção do título de bacharel.

Monografia aprovada em: ____/____/____.

Ana Luiza Honório de Lima Cabral

Prof. João Batista Machado, Mestre, Orientador

Membro da banca

Membro da banca

**Dedico este trabalho aos meus pais, Ribamar e
Simone, pelo apoio e amor incondicionais.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por iluminar e proteger
todos os meus passos.

Aos meus pais - que me ensinaram o valor da educação e me
proporcionaram a realização deste sonho – e irmãos.

Ao meu orientador, Prof. João Batista Machado, pelas
contribuições de enorme valor.

Aos professores da graduação, especialmente os das
disciplinas de Direito Penal e Processo Penal, cujos
ensinamentos subsidiaram a elaboração deste trabalho.

Ao meu namorado, que me deu apoio e incentivo.

Às minhas amigas, companheiras nos momentos tristes e
felizes.

A vocês, meu muito obrigada!

Beccaria disse ao homem:

"Conhece a justiça";

E Lombroso disse à justiça:

"Conhece o homem"

Realmente nos tempos hodiernos, certo está o
apotegma sempre citado:

"Realiza a justiça conhecendo o homem"

(Von Hammel)

RESUMO

A elaboração deste trabalho tem como finalidade analisar a importância do exame criminológico como um instrumento para a efetiva aplicação do princípio da individualização da pena, para que esta constitua um tratamento para que o criminoso não volte a delinquir e não simplesmente um castigo. O tema da pesquisa está inserido nos campos do Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia. O método de pesquisa utilizado será bibliográfico, através principalmente de livros, artigos e jurisprudência. A análise abrangerá uma explanação acerca da evolução histórica da execução penal e do estudo criminológico; um estudo acerca do exame criminológico, sua utilização no Brasil e no direito comparado e sua relação com o princípio da individualização da pena. Finalmente, buscou-se demonstrar que o exame criminológico é um instrumento de altíssima valia para a individualização da pena e a consequente neutralização do delinquente a caminho de possível reincidência e que, como tal, jamais deveria ser obstado ou negligenciado.

Palavras-chave: Exame Criminológico. Individualização da Pena. Execução Penal. Lei 7.210/1984. Lei 10.792/2003.

ABSTRACT

This work aims to analyze the importance of criminological examination as an instrument for the effective application of the principle of individualization of punishment, so that this constitutes a treatment so that the criminal does not transgress again and not simply a punishment. The theme of the research is inserted in the fields of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminology. The research method used is bibliography, mainly through books, articles and jurisprudence. The analysis shall include an explanation about the historical evolution of criminal enforcement and criminological study, a study of criminological examination, their use in Brazil and comparative law and its relation to the principle of individualization of punishment. Finally, we sought to demonstrate that the criminological examination is an instrument of high value to the individualization of punishment and subsequent neutralization of the offender on the way to possible recurrence and, as such, should never be hindered or neglected.

Key words: Criminological examination. Individualization of punishment. Criminal execution. Law 7.210/1984. Law 10.792/2003.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A EVOLUÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL	13
2.1	A origem das penas	13
2.2	Finalidade da pena	16
2.2.1	Funções da pena no direito brasileiro	17
2.3	O princípio da individualização da pena	18
3	O SURGIMENTO DO ESTUDO CRIMINOLÓGICO	20
3.1	Antiguidade e Idade Média	20
3.2	Precursos da criminologia	21
3.3	Frenologia	23
3.4	O positivismo criminológico	25
3.5	Sociologia criminal	28
3.6	Período de política criminal	30
3.7	A criminologia na atualidade	31
4	EXAME CRIMINOLÓGICO	33
4.1	Conceito	33
4.2	Etapas do exame criminológico	33
4.3	Defensores do exame	37
4.4	Críticas ao exame	37
4.5	Exame criminológico no direito comparado	39
5	EXAME CRIMINOLÓGICO NO BRASIL	41
5.1	Previsão legal	41
5.2	Modificações implementadas pela Lei 10.792/2003	42
5.2.1	Posição pretoriana sobre o exame criminológico após o advento da Lei 10.792/2003	45
5.3	A necessidade da aplicação do exame criminológico e seus obstáculos	53
6	CONCLUSÃO	57
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

O princípio da individualização da pena foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), estando elencado no art. 5º, rol dos direitos e garantias fundamentais.

Esse princípio encontra fundamento no fato de que cada indivíduo é um ser singular, sendo também as suas condutas diferentes. Desta forma, não seria justo dispensar tratamento igual a indivíduos desiguais.

O instrumento utilizado pela legislação brasileira para garantir a individualização da pena é o chamado exame criminológico, que, nas palavras de J. W. Seixas Santos citado por Valter e Newton Fernandes, é:

[...] o conjunto de exames e pesquisas científicas de natureza biopsicossocial do homem que delinqüiu e para se obter o diagnóstico da personalidade criminosa e se fazer o prognóstico; tal exame revelará, sem disfarces, a verdadeira dimensão da personalidade do criminoso, descobrindo-se sua intimidade psíquica. (2010, p.218)

O exame criminológico é considerado por ilustres penalistas como Guilherme Nucci, Álvaro Mayrink da Costa, Júlio Fabrini Mirabete, entre tantos outros, sendo de suma importância para a elaboração de políticas criminais realistas. As nações mais avançadas, inclusive, possuem inúmeros núcleos criminológicos, como por exemplo o Centre International de Criminologie Comparée (Canadá), o Centre de Recherches de Politique Criminelle (França), o Centro Internazionale di Criminologia Clínica (Itália) e o L'Institut Max de Droit Penal (Alemanha).

Todavia, na contramão dos países desenvolvidos o Brasil tem diminuído a utilização de tal instrumento. A Lei 10.792/2003 (BRASIL, 2003) alterou alguns dispositivos da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), entre eles o art. 112, que exigia para a concessão de progressão de regime o exame criminológico, passando a dispensá-lo.

Esta monografia tem como objetivo analisar o papel do exame criminológico na efetivação do princípio da individualização da pena, verificando sua presença na legislação brasileira e sua aplicação pelo judiciário.

No capítulo 2 será realizada uma breve retomada histórica da evolução das penas, abordando sua origem, suas finalidades e o princípio da individualização da pena.

O capítulo 3 consiste em uma explanação sobre o estudo criminológico, abordando sua origem e evolução, até os dias atuais.

Nos capítulos 4 e 5 serão abordadas as questões referentes ao exame criminológico, sua utilização pela legislação brasileira, no direito comparado e sua relação com o princípio da individualização da pena.

2 A EVOLUÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL

2.1 A origem das penas

Poucos fatos sobre a humanidade são tão indiscutíveis quanto a pluralidade dos indivíduos. É inquestionável o fato de que as pessoas são todas diferentes, sendo cada uma, dona de uma personalidade particular. Com a vida em sociedade o homem se viu obrigado a conviver com outros indivíduos e suas particularidades. Todavia, esta convivência nem sempre consegue ser harmoniosa, pois essa pluralidade de personalidades e temperamentos faz com que os indivíduos tenham desejos e comportamentos conflitantes ou até mesmo opostos, o que acaba por gerar conflitos. Quando tais conflitos não conseguem ser resolvidos pacificamente geralmente acabam sendo resolvidos por meio da força, com um tentando impor a sua vontade ao outro, através de condutas muitas vezes criminosas.

Neste sentido, discorrem Newton e Valter Fernandes:

Ora, a criminalidade é considerada como um fato normal da vida em sociedade, justamente porque a vida grupal, a existência comunitária, não implica que cada indivíduo não possa se conduzir de acordo com seus desígnios e, não raro, isso acarreta divergências e choques interpessoais; e se esses desacordos não são contornados pelas vias da conciliação ou do ajuste, só restará a alternativa do conflito propriamente dito, e este, quando não resolvido de forma legal, fatalmente redundará em confronto, em diferentes tipos de agressão, sucedendo que muitos deles vão desembocar na senda do crime. (2010, p. 35)

Essas condutas desajustadas perturbam a ordem da vida em sociedade e apresentam uma ameaça à sua existência, sendo por isso motivo de repressão.

De acordo com Rogério Greco (2002), Deus foi o responsável pela aplicação da primeira pena, ao expulsar Adão e Eva do paraíso como punição por terem comido do fruto proibido, quebrando a lei que havia sido estipulada. Da mesma forma, quando passou a viver em comunidade, o homem começou a aplicar penas quando as regras da sociedade eram violadas.

São muitas e bastante diversas as penas utilizadas durante a história. Inicialmente estas tinham um caráter exclusivamente vingativo, eram apenas um castigo em retribuição ao mal cometido. As penas evoluíram junto com a

humanidade e passaram a ter novas funções. Sobre a evolução das penas, ponderam os Fernandes:

Em sua origem, a pena nada mais foi do que vingança, do que simples revide à agressão ou ao dano sofrido. Sem maior preocupação cronológica, que não corresponderia com total exatidão à realidade, costuma-se situar as penas segundo as várias fases históricas, daí resultando: a fase da vingança privada, a fase da vingança divina, a fase da vingança pública e a fase da reação humanitária. (2010, p. 559)

A fase da vingança privada corresponde a esse início da aplicação das penas, em que se buscava apenas uma retaliação ao mal sofrido. Esse período ficou conhecido como o da vingança privada porque eram os ofendidos que faziam justiça com as próprias mãos, não existindo um ente superior responsável pela aplicação das penas.

No início desta época, a pena não era proporcional ao mal recebido, o que gerava conflitos intermináveis. Surgiu então a famosa regra do talião ("olho por olho, dente por dente"), que representou uma evolução, delimitando o castigo. A pena do talião foi adotada, entre outros, pelos babilônios (Código de Hamurabi), romanos (Lei das XII Tábuas) e pela legislação mosaica.

Durante o período da vingança divina, a conduta delituosa era considerada uma ofensa contra a divindade e não contra o particular. Nesse período a vingança era executada com grande crueldade visto que "[...]o castigo deveria estar à altura da grandeza do Deus ofendido e seu propósito era purificar a alma do ofensor, preparando-o para a bem aventurança eterna" (FERNANDES, V; FERNANDES, N., 2010, p. 560). Um dos códigos teocráticos de maior expressão é o de Manu, na Índia. O Código de Hamurabi e as Leis de Moisés também possuíam caráter religioso.

Na fase da vingança pública a conduta criminosa deixou de ser considerada uma ofensa à vítima ou à divindade e passou a ser vista como uma ofensa ao líder, representante da comunidade. Tal mudança representou uma evolução, pois a pena deixou de ser aplicada pelo ofendido e passou a ser monopolizada nas mãos do governante. Contudo, as penas continuaram sendo cruéis e injustas, conforme asseveram os Valter e Newton Fernandes:

Na fase da vingança pública, a pena visava resguardar a segurança do príncipe ou soberano, procurando intimidar por seu rigor e crueldade.

Prevalecia o arbítrio do julgador, não havendo maior preocupação com a culpa ou com o ânimo subjetivo do infrator. Imperava a desigualdade de classes diante da decisão punitiva. (2010, p. 560)

Diferenças a parte, todo o período da vingança foi marcado pela utilização de penas cruéis, notadamente: açoite, mutilação, suplício físico, desterro etc. O corpo do homem é que pagava pelo mal cometido. Também era frequente nessa fase a aplicação da pena de morte, sendo esta utilizada na Babilônia, China, Índia, Assíria, Roma etc.

As penas cruéis e autoritárias foram dominantes até o século XVIII, quando passaram a ser condenadas por humanistas como Montesquieu, Rousseu, Diderot, Kant, John Howard e Cesare Beccaria.

Cesare Beccaria escreveu "Dos Delitos e Das Penas" (Dei delitt e delle pena) publicado em 1764. Este livro teve grande importância no surgimento do movimento de contestação que nascia, devido às idéias revolucionárias pregadas por Beccaria, entre as quais estavam a moderação das penas e a proporcionalidade entre as penas e os delitos, conforme trechos a seguir:

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. Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel ao corpo do culpado. (BECCARIA, 2003, p. 49)

Se o prazer e o sofrimento são dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre as razões que guiam os homens em todas as suas atitudes, o supremo Legislador pôs como os mais poderosos as recompensas e os castigos; se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penas fará nascer a contradição, tanto notória quanto freqüente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer. (BECCARIA, 2003, p.69)

A partir desses protestos começou a reforma das regras penais, despontando como exemplos o Código Penal de Toscana (1786) e o Código Penal da Áustria (1787).

Conforme esclarece Pietro Nuvolone, o movimento de reforma voltou-se principalmente para o processo criminal e a execução da pena, destacando o caráter de expiação e intimidação desta última. Desse modo, já no final do século XVIII, as preocupações sociais também diziam respeito à consagração do processo acusatório em substituição ao sistema inquisitório, ao estabelecimento de uma concepção essencialmente jurídica da justiça penal, à concessão de tratamento digno aos delinquentes (com a abolição da tortura durante e depois do processo) e ao incremento do fim estatal penal. (FERNANDES, V.; FERNANDES, N, 2010, p. 561)

2.2 Finalidade da pena

Como foi exposto no tópico anterior, foram diversas as penas aplicadas durante a história. São diversas também as teorias quanto a finalidade das penas, sendo divididas em três correntes que englobam as teorias absolutas, relativas e mistas.

As teorias absolutas dão à pena um caráter meramente retributivo, de punição do delito. A estas teorias não importa que a pena seja socialmente útil, considerando o seu fim independente, desvinculado de seu efeito social. São justificadas pelo reclamo de justiça.

A sociedade, em geral, contenta-se com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com essa espécie de 'pagamento' ou compensação feita pelo condenado, desde que, obviamente, a pena seja restritiva de liberdade. Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois que o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator. (GRECO, 2002, p. 541)

As teorias relativas veem a pena não como mera retribuição, mas como um meio de prevenir a prática futura de delitos. Desta forma, a pena teria um caráter utilitário e seriam justificadas pela necessidade social. As teorias relativas dividem a prevenção em geral e especial.

O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) *geral negativo*, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) *especial negativo*, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a

prática de outras infrações penais; d) *especial positivo*, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada. (NUCCI, 2006, p. 359)

A luta entre as teorias absolutas e relativas acabou por tomar uma direção conciliadora, eclética, nascendo assim a teoria mista.

De acordo com a doutrina hoje dominante, a pena estatal não se justifica só porque seria uma retribuição ao delito cometido (teorias absolutas) nem só porque seria meio de prevenção de futuros delitos (teorias relativas). A pena 'é' retribuição proporcional ao mal culpável do delito, mas também 'orienta-se' à realização de outros 'fins' de prevenção geral assim como de prevenção especial. Em outras palavras, destina-se à prevenção de futuros delitos bem como à ressocialização do autor. (BIANCHINI; GOMES; MOLINA, 2007, p. 690)

2.2.1 Funções da pena no direito brasileiro

Durante muito tempo a legislação brasileira se absteve que determinar expressamente quais as finalidades da pena. Apenas em 1984, por influência da doutrina (que em sua quase totalidade aderiu à teoria mista), o legislador alterou a redação do art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) **(grifos acrescentados)**

De acordo com Bianchini, Gomes e Molina (2007), o Brasil adota a teoria mista "dialética" de Roxin, para quem os fins da pena são graduados em três etapas diferentes: a cominação legal abstrata, a aplicação judicial da pena e a execução da pena.

No momento da cominação legal abstrata a pena tem finalidade preventiva geral abstrata. Esta prevenção ocorre tanto em seu aspecto negativo, através da intimidação, quanto no seu aspecto positivo, com a definição ou chamada de atenção para a relevância do bem jurídico protegido.

Na aplicação judicial da execução a pena continua tendo finalidade preventiva geral, e passa também a ter finalidade preventiva especial, positiva, buscando desencorajar a reincidência e negativa, estimulando a ressocialização do condenado.

Todavia, o que ocorre na prática é que nessas fases, principalmente na execução, realiza-se apenas a prevenção especial positiva, visto que o nosso sistema prisional não oferece condições para a ressocialização do delinquente.

2.3 O princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena está consagrado na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), no art. 5º, inciso XLVI, a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

[...](grifos acrescentados)

O direito à individualização da pena está no rol dos direitos e garantias fundamentais, revestindo-se desta forma de grande importância, e sendo considerado cláusula pétrea.

Acerca do princípio da individualização da pena, pondera Guilherme Nucci:

Significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido. (2006, p. 68)

Nucci explica ainda que a individualização da pena ocorre em três momentos: individualização legislativa, individualização judicial e individualização executória.

A individualização legislativa é a primeira a ser realizada e acontece quando o legislador determina os valores mínimos e máximos das penas, seus regimes de aplicação e possíveis benefícios. Decorre deste princípio o fato de que não existe crime com pena única, sendo sempre estipulada uma faixa na qual o juiz deverá se situar para estabelecer a pena de acordo com o caso.

Segundo Rogério Greco, essa primeira fase ocorre num plano abstrato visto que, "[...] inicialmente, antes mesmo da criação típica, o legislador deverá levar a efeito um raciocínio de valoração dos bens, com o objetivo de determinar a importância que cada um merece" (2010, p. 94).

Na fase judicial a individualização sai do plano abstrato para ser aplicada no plano concreto. Nela o juiz determina, na sentença, o tempo e as condições da pena a ser cumprida, conforme o caso concreto.

Greco salienta que a importância do bem protegido é determinada pelo legislador, ficando o juiz adstrito às orientações legais a que se encontra submetido. Desta forma, a individualização ocorrerá na busca da pena justa ao caso.

Já a individualização na fase executória deve ser alcançada através da estipulação de um programa de execução individualizado para o condenado, devendo também ser realizado um acompanhamento do cumprimento da pena, devendo o programa de execução ser revisto conforme a reação do delinqüente.

Sobre isto, discorre Júlio Fabbrini Mirabete:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada do condenado, só assim podendo se falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto". (1997, p. 50)

3 O SURGIMENTO DO ESTUDO CRIMINOLÓGICO

Conforme analisado no capítulo anterior o crime é um fato tão antigo quanto a vida em sociedade e sempre suscitou o interesse dos homens, conforme asseveram Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina:

O crime é um fato tão antigo como o homem e sempre fascinou e preocupou a humanidade. Por isso, sempre existiu uma experiência cultural e uma imagem ou representação de cada civilização em relação ao crime e ao delinqüente. Em sentido amplo, portanto, o que hoje denominamos 'Criminologia' não é nenhum descobrimento recente [...] Mas, em sentido estrito, a Criminologia é uma disciplina 'científica', de base empírica, que surge quando a denominada Escola Positivista italiana (Scuola Positivista), é dizer, o positivismo criminológico, cujos representantes mais conhecidos foram Lombroso, Garófalo e Ferri, generalizou o método de investigação empírico indutivo. (2006, p. 133)

Desta forma, assim como o crime, o seu estudo também existe desde os primórdios do tempo. Os doutrinadores costumam dividir a História da Criminologia em períodos distintos, objetivando a sistematização científica da sua evolução.

A criminologia como ciência passou a surgir com a Escola Positivista italiana de Lombroso, Garófalo e Ferri. A fase anterior a esse momento é conhecida como fase pré-científica da criminologia.

3.1 Antiguidade e Idade Média

Já na antiguidade, grandes pensadores refletiram sobre o crime e a área que hoje é a criminologia.

Para Esopo (século VI a.C.) "Os crimes são proporcionais à capacidade dos que os cometem" (ESOPO *apud* FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, p. 67).

Sócrates (470-399 a.C.) acreditava "que se devia ensinar aos indivíduos que se tornavam criminosos como não reincidirem no crime, dando a eles a instrução e a formação de caráter de que precisavam" (SÓCRATES *apud* FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, p. 67).

Hipócrates (460-355 a.C) asseverou que "todo crime também é fruto da loucura" (HIPÓCRATES *apud* FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, p. 67).

Já Platão (427-347 a.C.) afirmava que “o ouro do homem sempre foi motivo de seus males” (PLATÃO *apud* FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, p. 68).

Aristóteles (384-322 a.C.), na obra *A política*, asseverou que “a miséria engendra rebelião e delito” (ARISTÓTELES *apud* FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, p. 68).

A Idade Média foi marcada pela expansão do cristianismo e em decorrência disso os dois principais pensadores desta época foram São Tomás de Aquino (1226-1274) e Santo Agostinho (354 a 430 d.C.).

3.2 Precusores da Criminologia

Thomas More (1478-1535) – ou Morus – foi um inglês, chanceler de Henrique VIII, autor de uma obra muito relevante para o estudo criminológico, *Utopia*, publicada em 1516.

More insurgiu contra o Rei Henrique VIII, lutando contra a miséria e opressão que assolavam a sociedade e negando a sua autoridade espiritual. Defendia a aplicação de penas menos rigorosas e a correspondência entre estas e a natureza dos delitos. More também discutia justiça, questionando se a justiça da época era a melhor que se podia ter.

Por sua atitude insurgente, Thomas More foi condenado à morte pelo Rei Henrique, sendo decapitado e tendo ficado conhecido como mártir.

Charles de Montesquieu (1689-1755), político, filósofo e escritor francês, mais conhecido pela sua teoria da tripartição dos poderes, foi outro que se ocupou do fenômeno criminal. O Barão de Montesquieu discutiu a finalidade da pena, defendendo que esta deveria ter uma função educadora e não meramente punitiva. Montesquieu dividiu os delitos de acordo com os direitos por eles ofendidos: religião, costumes, tranquilidade e segurança dos cidadãos.

Pode-se concluir que a preocupação de Montesquieu, em dividir os crimes de acordo com o bem jurídico atingido, serviria posteriormente à reflexão daqueles que vieram a estabelecer a classificação de criminosos, orientando-se por aspectos não só ligados à natureza do bem jurídico lesionado, mas também às próprias características pessoais dos autores dos crimes. (FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, p. 74)

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), um dos maiores filósofos do iluminismo, afirmou em seu livro *Enciclopédia* que “a miséria é a mãe dos grandes delitos”. Era contra a pena de morte, os martírios, suplícios e torturas.

No mesmo sentido, Voltaire (1694-1778) salientava que “o roubo e o furto são os delitos dos pobres”. Também era contra a pena de morte e lutou pela reforma das prisões.

No entanto, o maior marco da luta pela reforma do sistema penal foi a obra *Dei Delitti e Delle Pêne*, de Cesar Bonesana, mais conhecido como Marquês de Beccaria (1738-1794), sobre a qual discorre Carlos Alberto Elbert:

A leitura desta obra não deixa de provocar surpresa pelo enorme grau de antecipação histórica que encerra, combinando-a com a situação atual da Política Criminal. Beccaria pronuncia-se pela origem contratual do direito de castigar, e sustenta, entre outros pontos de vista, que a aplicação da lei não é uma função divina, mas social e deve ter limites, pois não basta sua vigência legal, mas, sim, o anseio pela sua legitimidade; não devem ser aplicadas torturas nem impostas penas inumanas, e, ao invés disso, as penas devem ser proporcionais ao delito e aplicadas igualmente a todos os cidadãos; a lei e o juiz devem ser prévios ao juízo, que deve ser público, e no qual se deve admitir o princípio da inocência e o direito de defesa etc. (2009, p. 53)

Também tiveram participação importante na reforma penal os ingleses John Howard (1726-1780) e Geremie Bentham (1748-1832).

John Howard foi um filantropo responsável por grandes reformas nas prisões. Seu interesse pela aplicação das penas começou quando, em 1773, foi nomeado xerife da cidade onde vivia, tendo, entre suas atribuições a administração da cadeia da cidade. Howard ficou chocado com as terríveis condições as quais os presos eram submetidos. Viajou então pela Europa visitando e estudando as prisões. Durante uma de suas viagens o navio em que se encontrava foi capturado por piratas franceses e Howard foi levado para uma prisão, aonde veio a sentir na própria pele a vida de prisioneiro. Essa experiência levou-o a lutar com ainda mais força pela reforma.

Sobre suas conquistas, arrazoia Elbert:

Howard influenciou na sanção de várias leis e regulamentações inglesas, tendentes a melhorar a situação dos presos e a preservação de sua saúde. Uma das suas idéias passou à realidade, conseguindo que se separassem os presos por idade, condição e conforme a gravidade dos delitos

cometidos, mediante a introdução do sistema de celas individuais. (2009, p. 55)

Howard faleceu acometido por uma grave doença que adquiriu durante uma de suas visitas a prisões, sendo o primeiro inglês a ter uma lápide de destaque na Catedral de São Paulo, na Inglaterra, aonde se lê: "Peregrino, quem quer que sejas, estás diante do túmulo do teu amigo John Howard".

Geremie Bentham, filósofo e jurista inglês, foi o criador da teoria utilitarista, que tinha seu fundamento no princípio do bem-estar máximo, segundo o qual se deve agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar para o maior número de pessoas.

Bentham também foi o criador do modelo panóptico de penitenciária, que buscava coibir condutas indesejadas, através de uma arquitetura que propiciava uma observação total dos presos, criando uma pressão psicológica.

3.3 Frenologia

Frenologia é a teoria que busca relacionar a estrutura craniana do indivíduo com a sua personalidade, caráter e até grau de criminalidade.

John Frans Gall (1758-1823), anatomista austríaco, foi o primeiro estudioso a relacionar a personalidade do delinqüente com a natureza do delito por ele praticado.

Segundo Gall, as tendências comportamentais do homem se originam de lugares determinados do cérebro, e aquelas mais predominantes ocasionam protuberâncias sobre o crânio em forma de calombos, facilmente localizáveis pela simples apalpação. Gall organizou um mapa dessas saliências a indicarem a conduta predominante no indivíduo, desde a passividade absoluta à rebeldia incontrolável, a bondade ou a maldade, a honestidade e, sua contrario senso, a inteligência maior ou menor. (FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, p.79)

Mesmo tendo sido Gall o primeiro a realizar estudos neste sentido, Joseph Gaspard Lavater (1741-1801) é considerado o criador da frenologia. Lavater sustentou que existe uma correlação entre determinadas qualidades do indivíduo e os órgãos ou partes do seu corpo.

Referindo-se ao homem delinqüente de 'maldade natural', autentico precursor do delinqüente nato de Lombroso, dizia Lavater: 'tem o nariz oblíquo em relação ao rosto, que é disforme, pequeno e amarelado; não tem a barba com a ponta aguçada; tem a palavra negligente; os ombros cansados e pontiagudos; olhos grandes e ferozes, brilhantes, sempre iracundos (coléricos), as pálpebras abertas, ao redor dos olhos pequenas manchas amarelas e, dentro, pequenos grãos de sangue brilhante como fogo, envolvidos por outros brancos, círculos de um vermelho sombrio que rodeiam a pupila, olhos brilhantes e pérfidos e uma lágrima colocada nos ângulos interiores; as sombrancelhas rudes, as pálpebras direitas, a mirada feroz e às vezes atravessada. (GOMES; MOLINA, 2006, p.136)

Charles Darwin (1809-1882) foi um cientista britânico que alcançou fama por sua teoria da evolução das espécies a partir da seleção natural. No livro "A Origem das Espécies" (do original, em inglês, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or The Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*), de 1859, ele introduziu a idéia de evolução a partir de um ancestral comum, através da seleção natural. Sobre suas conclusões, assevera Darwin, ao fim de sua obra:

A conclusão principal a que se chegou nesta obra, isto é, a de que o homem descendeu de alguma forma menos organizada, nem sequer gosto de pensar, desagradará bastante a muitos. Mas dificilmente podemos duvidar que não tenhamos descendido de bárbaros. Jamais esquecerei o espanto que tive quando pela primeira vez vi uma reunião de fueguinos numa praia selvagem e impérvia, diante da idéia que logo me veio à mente – assim eram os nossos antepassados. Esses homens estavam completamente pelados e tinham o corpo pintado, com longos cabelos emaranhados, as bocas espumavam de excitação e tinham uma expressão selvagem, apavorada e cheia de suspeita. Quem tiver visto um selvagem em sua terra nativa não sentirá muita vergonha se for constrangido a reconhecer que em sua em suas veias corre o sangue das humildes criaturas. Quanto a mim, quisera antes ter descendido daquela pequena e heroica macaquinha que desafiou o seu terrível inimigo para salvar a vida do próprio guarda; ou daquele velho babuíno que, descendo da montanha, levou embora triunfante um companheiro seu jovem, livrando-o de uma matilha de cães estupefatos, ao invés de descender de um selvagem que sente prazer em torturar inimigos, que encara mulheres como escravas, que não conhece o pudor e que é atormentado por enormes superstições.

[...]

Contudo, cumpre que se reconheça, pelo menos é o que me parece, que o homem, com todas as suas nobres qualidades com 'simpatia' que experimenta pelos mais infelizes, com benevolência extensiva, não somente a todos os homens, mas às mais humildes criaturas viventes, com o seu intelecto quase divino que penetrou nos movimentos e na estrutura do sistema solar, com todos estes enormes poderes, cumpre reconhecer que ele traz ainda na sua estrutura física a marca indelével da sua ínfima origem. (DARWIN apud FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, p. 82)

3.4 O positivismo criminológico

A teoria evolucionista de Darwin influenciou a próxima fase do estudo criminológico, conhecida como a fase do positivismo. Esse período foi marcado pela mudança no foco do estudo do crime, sendo a atenção transferida da aplicação e finalidade da pena, para o estudo das causas da conduta criminosa, conforme asseveram Gomes e Molina:

O positivismo criminológico representa o momento científico, de acordo com a famosa lei de Comte, sobre as frases e estágios do conhecimento humano: a superação, portanto, das etapas 'mágica' ou 'teológica' (pensamento antigo) e 'abstrata' ou 'metafísica' (racionalismo ilustrado). Significa, também – segundo Ferri – uma mudança radical na análise do delito: os clássicos haviam lutado contra o castigo contra a irracionalidade do sistema penal do 'antigo regime'; a missão histórica do positivismo, pelo contrário, seria lutar contra o delito, lutar contra ele por meio de um conhecimento científico de suas causas (*vere scire est per causas scire*), com objetivo de proteger a ordem social: a nova ordem social da nascente sociedade burguesa industrial. (2006, p.145)

A escola positivista italiana é dividida em duas direções opostas: a antropológica de Lombroso e a sociológica de Ferri.

Cesare Lombroso (1835-1909), médico, psiquiatra, antropólogo e político italiano, é considerado o fundador da Criminologia Científica. Lombroso exerceu a medicina em prisões e manicômios, realizando várias investigações anatômicas e antropológicas, além de necropsias. De acordo com Elbert, Lombroso sempre teve um grande interesse científico pelas taras genéticas hereditárias ou congênitas o levou à idéia de que “devia existir uma relação de caráter biológico entre a degeneração e os instintos perversos ou destrutivos”.

Através de seus estudos Lombroso concluiu que o criminoso poderia ser identificado por uma série de características somáticas e biológicas, geradas por um regresso atávico, o que expôs na sua obra *L'uomo delinquente*, publicado em 1976. Nesse sentido, Valter e Newton Fernandes:

Lombroso imaginou ter encontrado, no criminoso, em sentido natural-científico, uma variedade especial de *homo sapiens*, que seria caracterizada por sinais (*stigmata*) físicos e psíquicos. Tais estigmas físicos do criminoso nato, segundo Lombroso, constavam de particularidades da forma da calota craniana e da face, consubstanciadas na capacidade muito grande ou pequena do crânio, no maxilar inferior procidente, fartas sobrancelhas,

molares muito salientes, orelhas grandes e deformadas, dessimetria corporal, grande envergadura dos braços, mãos e pés etc. Como estigmas ou sinais psíquicos que caracterizavam o criminoso nato, Lombroso enumerava: sensibilidade dolorosa diminuída (eis por que os criminosos se tatuariam), crueldade, leviandade, aversão ao trabalho. Instabilidade, vaidade, tendência a superstições, precocidade sexual. (2010, p.85)

Contudo, a teoria de Lombroso era frágil, visto que nem todos os criminosos apresentavam essas características então. Lombroso então classificou os criminosos em: criminoso nato, louco moral, epilético louco ocasional e passional.

Para ele, apenas o criminoso nato seria o criminoso verdadeiro, "que nasce como tal e a sociedade dá-lhe apenas as oportunidades e motivos para a manifestação de sua disposição criminosa" (FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, 86).

A teoria do criminoso nato de Lombroso foi posta a prova por inúmeros estudos que vieram a seguir, especialmente os realizados por Baer, médico das cadeias de Berlim, que nas suas várias investigações verificou que a população carcerária não se diferenciava da população não criminosa por nenhuma característica em especial.

Acerca das críticas à teoria lombrosiana, discorrem Gomes e Molina:

A tese lombrosiana foi muito criticada a partir dos mais variados pontos de vista. Censura-se em Lombroso seu particular evolucionismo, carente de toda base empírica, já que nem o comportamento de outros seres vivos é extrapolável ao do homem, nem se demonstrou a existência de taxas superiores de criminalidade dentre as tribos primitivas, senão o contrário. Costuma-se reprovar, também, o suposto caráter atávico do delinqüente nato e o significado que Lombroso atribuiu aos 'estigmas', em seu entender, degenerativos. Não parece que exista correlação necessária alguma entre os estigmas e uma tendência criminosa. Não é difícil encontrar em qualquer indivíduo alguns desses traços, sem que isso tenha uma explicação atávica e ancestral, muito menos criminógena. Pelo contrário, é uma evidência que nem todos os delinqüentes apresentam tais anomalias e, de outro lado, nem os não-delinquentes estão livres delas. Não existe, pois, 'o tipo criminoso', de caráter antropológico, diferente de qualquer outro indivíduo, dotado de determinadas características de identidade que o revele. Não é correto, ademais, examinar o crime sob a ótica exclusiva do autor, menosprezando a relevância dos fatores exógenos, sociais etc. (2006, p.149)

De qualquer maneira, apesar das críticas recebidas pela tese de Lombroso, não se pode negar a sua enorme importância, sendo esta responsável pelo impulso das investigações criminológicas que seguem até os dias atuais.

Enrico Ferri (1856-1929), autor de *Sociologia Criminal*, publicado em 1914, é considerado o criador da sociologia criminal. Foi discípulo e colaborador de Lombroso, sendo inclusive o criador do termo criminoso nato.

Sua teoria difere da lombrosiana por considerar, como causas da delinquência, não só os fatores biológicos, mas o que considerava "trinômio causal do delito", composto por fatores antropológicos, sociais e físicos. Nesse sentido, Valter e Newton Fernandes:

Ferri considerava serem três as causas dos delitos: biológicas (herança, constituição etc.); físicas (o ambiente cosmolutérico, compreendendo as condições climatéricas, como a umidade, o calor etc.); sociais (referentes às condições ambientais ou mesológicas). (2010, p.92)

Ferri causou polêmica ao negar a idéia de livre arbítrio, dominante na época. Para ele não existia autodeterminação na conduta do homem, estando este totalmente domado pelo mundo em que vive, conforme preleciona Elbert:

As teses de Ferri sobre a conduta delitiva afirmavam que o homem é uma máquina, que não fornece em seus atos nada mais do que recebe do meio físico e moral em que vive. Portanto, não há nada de autodeterminação no homem que está vivendo apenas para operar de maneira automática, sujeito à lei universal da causalidade, segundo a qual, submetido a certa combinação de causas fisiológicas e psíquicas, não se pode reagir senão de uma forma predeterminada. (2006, p.71)

Outra importante tese de Ferri é a chamada "Lei da Saturação Criminal", segundo a qual:

[...] assim como em um volume de água de igual temperatura se dissolve uma quantidade determinada de substância química, nem um átomo a mais, nem um átomo a menos, em um meio socialmente determinado com condições individuais e psíquicas dadas, se comete um número determinado de delitos, nem um a mais, nem um a menos. (ELBERT, 2006, p. 71)

Raphael Garófalo é o terceiro grande representante da escola positivista. Foi o criador do termo Criminologia, que deu nome a seu livro publicado em 1884.

Garófalo elaborou sua teoria tendo como base a tese lombrosiana de criminoso nato. Para ele, assim como existem os criminosos natos, existiriam crimes naturais.

Buscando descobrir quais os crimes que poderiam ser considerados naturais, Garófalo questionou que sentimento deveria ser desrespeitado para que

uma conduta fosse considerada criminosa. Descartou honra, pudor, religião e patriotismo, por serem sentimentos destituídos de uniformidade, artificiais e de convenção, chegando à conclusão de que o sentimento fundamental seria o senso moral, os instintos de benevolência, piedade, probidade e justiça.

O criminalista sociólogo [...] não pode estudar outra coisa: só os verdadeiros delitos interessam à ciência, a qual cumpre sempre estudar suas causas naturais e os seus remédios. Enquanto estes, os verdadeiros delitos, os delitos naturais, ofendem a moralidade elementar de um povo civilizado e revelam anomalias nos que os praticam, os outros atos puníveis violam apenas as leis de determinada sociedade, variáveis de país para país e relativas a condições particulares e necessidades de governo, pelo que não se pode mais procurar-lhes causas biológicas, ou imaginar para eles remédios que não sejam castigos também variáveis segundo a maior ou menor necessidade de repressão. (GARÓFALO apud FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, p. 96)

Garófalo enquadra os criminosos em três categorias: assassinos, violentos ou enérgicos, ladrões ou neurastênicos.

No tocante às penas, Garófalo defendia que os delinquentes que praticassem delitos legais deveriam ser apenados com benevolência. Em contrapartida, na contramão dos direitos defendidos pela escola clássica, aos que praticassem delitos naturais (delinquentes natos) ele defendia a pena de morte. Além disso, afirmava que esta deveria ser aplicada com frequência, pois, caso contrário, não teria eficácia dissuasiva.

3.5 Sociologia Criminal

As teorias sociológicas surgiram como uma resposta à teoria lombrosiana. Em sentido contrário, estas defendiam que os fatores exógenos eram os mais importantes para o surgimento do delito do que os fatores endógenos. As doutrinas sociais podem ser divididas em três grupos: teorias antropossociais, teorias sociais propriamente ditas e teorias socialistas.

As teorias antropossociais eram uma espécie de meio termo entre os fatores endógenos e exógenos. Os adeptos dessa teoria acreditavam que existiam indivíduos com uma predisposição criminal latente (sem contudo aceitar o criminoso

nato de Lombroso), e que essa criminalidade poderia vir a eclodir caso encontrasse um ambiente favorável.

Alexandre Lacassagne (1834-1924), médico francês adepto dessa teoria, comparava a sociedade com “um meio de cultivo que abriga em seu seio uma série de micróbios que são os delinqüentes, e que estes não se desenvolverão se o meio não lhes for propício” (FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, p.103).

As teorias sociais propriamente ditas minimizavam a influência dos fatores endógenos na etiologia do delito. Para os defensores desta teoria os fatores exógenos, principalmente os sociais, eram os mais relevantes.

Gabriel Tarde (1843-1904) foi um sociólogo e criminologista francês que escreveu três importantes obras: *A criminalidade comparada* (1886), *As leis de imitação* (1890) e *A filosofia penal* (1890). Tarde acreditava que a origem do crime estava nas influências sociais, que agiam complexamente sobre o indivíduo. Na sua *Criminalidade Comparada*, combateu a doutrina do atavismo de Lombroso, aceitando apenas o chamado atavismo equivalente, que consubstanciar-se-ia na existência de algumas predisposições mentais, psíquicas, que permitiriam comparar o criminoso com o homem primitivo, no tocante às suas reações psíquicas, mas de uma forma bem distinta do atavismo morfológico defendido por Lombroso. Em *A filosofia penal*, Tarde defendeu que só poderia ser responsabilizado por um crime quem for portador da mesma personalidade, antes, durante e após o crime, conceito que deu as bases para a fixação das circunstâncias atenuantes e eximentes de responsabilidade penal em favor dos portadores de personalidade psicopática e loucos, respectivamente.

As teorias socialistas surgiram junto com a revolução industrial e a ascensão do capitalismo. Para os defensores dessa teoria, o sistema de produção era o maior causador dos delitos, pois era o responsável pela miséria e pobreza. Seus maiores expoentes foram Turatti e Colajanni.

Turatti (1857-1932) dizia que além da necessidade decorrente da pobreza e indigência, o sistema econômico imperante na época gerava também uma cobiça, suscitada pela desigualdade reinante, o contraste entre riqueza e pobreza.

Colajanni (1874-1921) preocupou-se em analisar qual o sistema econômico ideal na prevenção à criminalidade. Com seus estudos concluiu que “tão somente um sistema econômico baseado em uma distribuição de riqueza mais equitativa e, por isso, mais justa, aliado a um máximo de estabilidade do próprio regime,

possibilitaria a exclusão ou eliminação da criminalidade” (FERNANDES, V; FERNANDES, N, 2010, p.107).

Sobre as teorias socialistas, Valter e Newton Fernandes tecem eloquente crítica, a seguir:

Por evidente, tanto as colocações de Turatti quanto as de Colajanni, e dos demais socialista enumerados, pecam pela unilateralidade dos respectivos enfoques, pelo que não podem ser aceitas, malgrado, sob certo aspecto, apresentem algo de verdadeiro. Mas como explicar somente pelas influências econômicas a prática de crimes, se, entre outras determinantes inequívocas, eles têm a medrar em seu redor as inafastáveis causas individuais; e se, outrossim, existem fatores econômicos ponderáveis, é incontestável que as hipóteses sociais, como um todo, têm e continuarão tendo bem maior importância na explicação da gênese do crime[...]. (2010, p.107)

3.6 Período de Política Criminal

O período de política criminal foi marcado por uma conciliação entre os defensores da influência dos fatores endógenos e exógenos na criminalidade, nascendo então uma posição intermediária, e abandonando as posturas extremadas.

Nesse período surgiram novas escolas: Terza Scuola, Escola Espiritualista, Escola Neoespiritualista e Escola de Política Criminal.

A Terza Scuola defendia que o Direito Penal é uma ciência independente, não podendo ser considerado como um apêndice da Criminologia, como apregoava a teoria lombrosiana. Defendia também que penalistas e sociólogos deveriam se juntar para realizarem reformas sociais para a prevenção criminal. Quanto às causas que influenciariam no crime, a Terza Scuola adotava o posicionamento da escola francesa, considerando que o indivíduo predisposto por fatores endógenos poderá se tornar delinqüente se inserido em um meio ambiente propício a que isso aconteça, ou seja, sob a influência dos fatores exógenos.

A Escola Espiritualista constituiu uma nova reação à teoria do criminoso nato, sustentando que cada indivíduo tem vontade livre de fazer o que lhe dá prazer.

A Escola Neoespiritualista afirmava que o indivíduo possui certa liberdade de agir, mas esta não é ilimitada, pois é condicionada às exigências do convívio social (limitações impostas pelo meio ambiente).

A Escola de Política Criminal originou-se com Franz Von Liszt (1851 - 1919), jurista e criminologista alemão. Segundo Valter e Newton Fernandes, para Liszt a Política Criminal era "o conjunto sistemático de princípios, segundo os quais o Estado e a sociedade devem organizar a luta contra o crime" (2010, p. 112). Arrazoam ainda:

Liszt afirmava que o problema da liberdade de querer não interessa à avaliação da responsabilidade e funda-se na possibilidade, que desfruta o homem com suficiente desenvolvimento mental e psiquicamente são, de conduzir-se socialmente. Não sendo enfermo mental e contando com a indispensável maturidade de espírito, o indivíduo tem a "normal felicidade de determinar-se", que lhe confere capacidade perante o Direito Penal. (2010, p. 111)

3.7 A criminologia na atualidade

Conforme estudado no decorrer deste capítulo, o início do estudo criminológico se deu com a busca da origem da delinquência. Naquele momento acreditava-se que se erradicando a causa se eliminaria o efeito.

Para atingir tal fim surgiram várias teorias que atribuíam a delinquência a causas biológicas ou sociológicas, de forma isolada. Contudo, como foi visto, tais teorias isoladamente não conseguiram explicar a etiologia do crime, o que fez surgir novas teorias, que consideravam a influência conjunta desses fatores.

Desta forma, nos dias atuais o conceito de causas (determinantes para a criminalidade) foi substituído pelo conceito de fatores (concorrentes para a criminalidade). Assim, o crime é entendido como um fenômeno complexo, para o qual concorrem vários fatores e, como tal, o seu estudo deve ser realizado por uma ótica biopsicossocial.

Os estudos criminológicos evoluíram também no sentido de que não se basta conhecer a origem da delinquência para combatê-la, sendo necessário o estudo de meios para a profilaxia do crime, além de estudos dos meios que deverão ser utilizados na readaptação do transgressor.

Com essa evolução foi se desenvolvendo o conceito hodierno de criminologia que, nas palavras de Valter e Newton Fernandes é:

[...] a ciência que estuda o fenômeno criminal, a vítima, as determinantes endógenas e exógenas, que isolada ou cumulativamente atuam sobre a pessoa e a conduta do delinqüente, e os meios labor-terapêuticos ou pedagógicos de reintegrá-lo o grupamento social. (2010, p. 38)

E continuam, analisando a natureza da criminologia:

A criminologia é uma ciência causal-explicativa, como enfatiza Orlando Soares, que, dada a sua natureza, tem por objeto a incumbência de não só se preocupar com o crime, mas também de conhecer o criminoso, montando esquemas de combate à criminalidade, desenvolvendo meios preventivos e formulando empenhos terapêuticos para cuidar dos delinqüentes a fim de que eles não venham reincidir. (2010, p.39)

Assim, no que se refere ao crime, a Criminologia tem toda uma inequívoca atividade de verificação, de análise da conduta antissocial, de pesquisa das causas geradoras do delito e do efetivo estudo e tratamento do criminoso na expectativa de que ele não se torne recidivista, quando os seus métodos profiláticos não impediram a ocorrência da criminalidade. (2010, p. 39)

Por fim, cabe ressaltar que, para atingir seus objetivos, a criminologia faz uso de instrumentos, entre os quais o mais importante é o exame criminológico, que será mais profundamente abordado nos capítulos seguintes.

4 EXAME CRIMINOLÓGICO

4.1 Conceito

Conforme foi estudado no capítulo anterior, com a evolução do estudo criminológico, chegou-se atualmente à conclusão de que o comportamento criminoso é o resultado de uma série de fatores, endógenos e exógenos.

O exame criminológico é um instrumento utilizado para estudar o delinquente, buscando conhecer os fatores que o levaram à conduta delituosa. O exame consistirá de uma pesquisa científica dos aspectos biológicos, psicológicos e sociais do delinqüente. O exame criminológico desembocará em um diagnóstico da personalidade do delinquente, além de um prognóstico, que recomendará o melhor tratamento a ser dado ao condenado com vistas à sua recuperação.

Sobre a missão do exame criminológico, Newton e Valter Fernandes prelecionam:

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. (2010, p.218)

Asseveram ainda que o exame criminológico é o princípio básico da Criminologia Clínica, que nas palavras de João Farias Júnior é:

[...] a parte da Criminologia que estuda o homem criminoso num conceito de homem total, dissecando-o nos mais minúsculos elementos e dimensionamentos de sua estrutura, de sua constituição biopsicossomática, e sua personalidade como produto de toda a constelação de fatores, tanto endógenos como exógenos, com o fim de fornecer o mais fidedigno diagnóstico de suas potencialidades criminais, a classificação do delinquente, o prognóstico de seu tratamento. (2010, p.143)

4.2 Etapas do exame criminológico

Como já foi afirmado, o exame criminológico busca conhecer o homem delinquente na sua intimidade, desvendando os motivos que o levaram à prática do ato delituoso, a probabilidade de vir a reincidir e qual o tratamento indicado para que isso não aconteça.

Tal tarefa não é fácil e para isso é necessário um estudo pluridimensional do indivíduo, realizado por uma equipe multidisciplinar, conforme arrazoam Newton e Valter Fernandes:

O exame criminológico compõem-se de uma série de análises, pois através dele tem que 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 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. (2010, p.219)

Para Odon Ramos Maranhão, citado por Valter e Newton Fernandes, a primeira parte da investigação criminológica deve ser constituída pela coleta de informações jurídico-penais:

Nessa fase jurídico-penal da observação ou exame criminológico devem ser colhidas informações sobre se o indivíduo é primário ou reincidente, se contra ele pesa medida de segurança, se já esteve preso, por quais estabelecimentos de reeducação passou, por quantas vezes e por quanto tempo. Se ele agiu só ou em bando na prática do crime, se o delito foi simples ou qualificado, se houve agravantes (de acrescentar) ou atenuantes. À versão do delito oferecida pelo agente criminal, de acrescentar, ao que diz Odon Ramos, se foi o infrator quando menor de 18 anos, em caso positivo se foi menor institucionalizado estruturado na prática de ato antissocial etc. (2010, p.219)

Na classificação de Newton e Valter Fernandes (2010), o exame criminológico subdivide-se em exame morfológico, exame funcional, exame psicológico, exame psiquiátrico, exame moral, exame social e exame histórico.

O exame morfológico ou exame somático busca estudar o corpo humano, avaliando seus segmentos, determinando suas medidas, proporções, a massa corpórea, óssea, muscular, além de suas características neurológicas, patológicas e endocrinológicas. Nele devem também ser realizadas perícias eletroencefalográficas

e radiológicas. Esses exames têm por objetivo específico procurar anormalidades, formações patológicas, malformações congênitas, caracteres herdados e quaisquer outras particularidades.

No exame funcional estudam-se as funções dos órgãos/sistemas do corpo humano. Nele serão verificados possíveis sinais de imaturidade, de fraqueza vital hereditária, de atrofias constitucionais, de síndromes do crescimento (neuropatias e psicopatias, que poderão surgir no período), sintomas de modificação do equilíbrio neurovegetativo etc. Sobre este exame, Valter e Newton Fernandes:

O insigne Ayush Amar recomenda o reparo especial para os exames funcionais, a pesquisa sobre a existência de um grande número de doenças como, por exemplo, cardiocirculatórias, do aparelho respiratório, do trato gastrointestinal, do sistema urogenital etc. e principalmente, do sistema nervoso, porque estas podem provocar modificações mais ou menos profundas no temperamento e no caráter, podendo influenciar o indivíduo na adoção de diversas formas de atividades antissociais e criminosas. (2010, p. 223)

Também devem ser realizadas nesse exame investigações sanguíneas, para informações sobre uso de drogas, infecções ou alterações bioquímicas.

O exame psicológico deverá ser realizado em todos os indivíduos submetidos ao exame criminológico, independentemente de suspeita de patologia mental. Tal exame é de grande importância para um melhor conhecimento do indivíduo, visto que trará esclarecimentos sobre sua personalidade, características e estrutura psicológica.

De acordo com Valter e Newton Fernandes, o exame psicológico deve ser amplo e aferir três aspectos de maior interesse à criminologia, sendo eles: nível mental do criminoso, traços característicos de sua personalidade e grau de agressividade.

O exame psiquiátrico será realizado para verificar se o indivíduo possui algum tipo de patologia mental.

Sobre sua importância, discorrem os Fernandes:

O exame psiquiátrico é, por assim dizer, o centro, o âmago da observação criminológica, mesmo porque é ele que interferirá na inflicção ou não de pena (em face da imputabilidade ou não do acusado), na possível redução do apenamento (nos casos de semi-imputabilidade), na aplicação da medida de segurança (pela periculosidade do delinquente) ou no tratamento do condenado, visando seu retorno ao convívio social, após o cumprimento da pena. (2010, p.226)

O exame moral busca conhecer o indivíduo no plano ético. Tal investigação é de grande relevância para o estudo criminológico visto que a forma como o indivíduo assimila os ensinamentos éticos apresenta grande ligação com sua tendência a praticar delitos.

Quanto à relação com a moral os indivíduos podem ser morais, imorais ou amorais. Morais são aqueles indivíduos que assimilam os ensinamentos éticos e tendem a segui-los. Imorais são os indivíduos que conhecem e compreendem as normas éticas, mas que habitualmente não as obedecem. Já os amorais são aqueles que não conseguem assimilar os princípios ético-morais, apresentando estas tendência para o crime.

O exame social busca conhecer os fatores exógenos que possivelmente influenciaram na gênese da conduta criminosa. Este exame deverá ser realizado por uma assistente social que investigará o tipo de vida do criminoso, seu meio social, familiar, situação econômica etc.

O exame histórico deve reconstruir o passado do indivíduo, sua relação com parentes, dados sobre primariedade ou reincidência criminal, informações sobre o crime praticado e suas circunstâncias, a conduta do delinquente antes durante e após o crime etc.

Ao fim de todas essas etapas, deverá se proceder à análise de todos os dados coletados, para se ter uma visão geral e oferecer um diagnóstico e um prognóstico do infrator.

O diagnóstico procura aferir as condições orgânicas, psicológicas, familiares e sociais do preso, fixando um critério inicial e provisório sobre a índole do delinquente.

Já o prognóstico busca avaliar a probabilidade de recuperação do delinquente e o melhor tratamento para que isto aconteça, conforme Valter e Newton Fernandes:

No enfoque criminológico o prognóstico diz respeito à predição que se faz com vistas a um diagnóstico inicial e ao tratamento recomendado ao delinquente. A prognose criminológica se incumbe de prever as possibilidades de recuperação do criminoso (para seu posterior retorno ao convívio social), devendo informar se tal recuperação poderá acontecer de uma ou de outra forma, de acordo com a eficácia deste ou daquele tratamento (corretivo-pedagógico, psicológico, psiquiátrico, laborterápico, combinação de alguns desses tratamentos etc). (2010, p.235)

4.3 Defensores do exame

O exame criminológico é considerado por diversos doutrinadores e juristas como um instrumento indispensável ao melhor conhecimento do delinquente e, conseqüentemente, à individualização da pena.

Valter e Newton Fernandes, por exemplo, afirmam que sem o conhecimento proporcionado pelo exame criminológico não se poderá aferir precisamente a imputabilidade do infrator. Neste sentido:

A análise crítica e imparcial dos aspectos sociais e jurídicos do exame criminológico tão somente acentua e robustece sua importância e alcance, que, transcendendo a auscultação puramente técnica, fixam a Criminologia como ciência do homem. Nenhum jurista de conhecimento descortinado ignora a significação de exame criminológico e sua indiscutível relevância no estudo da personalidade do delinquente, tanto no Direito Penal Substantivo e Objetivo como na Criminologia. Sem o íntimo conhecimento da personalidade do indivíduo antissocial o Direito Penal não poderá indicar com total coerência o grau de imputabilidade. Concomitantemente, a criminologia necessita, na pesquisa da criminalidade, do teor das avaliações precedidas na população criminosa. (2010, p.242)

Também defende o exame criminológico Álvaro Mayrink da Costa, ressaltando sua importância para a individualização da pena:

O exame criminológico do delinquente permite o conhecimento integral do homem, sem o qual não se pode vislumbrar uma justiça eficaz e apropriada, uma vez que a aplicação fria da norma penal, tomando como ponto de partida um critério de valoração político-jurídica, inevitavelmente conduziria a enormes injustiças e monstruosos equívocos. (1972, p. 22)

Ainda entre os defensores do exame, João Mestieri, citado por Valter e Newton Fernandes:

Os estudos criminológicos, visando ao conhecimento das atitudes e percepções dos criminosos, contribuem enormemente para a compreensão do fato criminal como um todo, além de propiciar valiosos subsídios para uma política criminal realista (2010, p; 243).

4.4 Críticas ao exame

Apesar de ser considerado por respeitáveis doutrinadores e juristas como um instrumento de grande importância para o conhecimento e posterior tratamento do condenado, o exame criminológico não é unanimidade. Ao longo de sua existência o exame tem sido alvo de diversas críticas, principalmente no tocante à sua eficácia.

Entre as principais críticas está a de que o exame criminológico não seria capaz de alcançar o fim a que é destinado, não estando apto a indicar a periculosidade do condenado nem a sua probabilidade de ressocialização.

Em 2008, durante o II Seminário Nacional do Sistema Prisional, realizado no Rio de Janeiro, foi uma Moção contra o exame criminológico, que foi assinada por profissionais que atuam no sistema prisional e entidades como o Conselho Federal de Psicologia e o Instituto Carioca de Criminologia, entre outros. É interessante a transcrição de parte da Carta-Manifesto divulgada:

O exame criminológico, ao longo dos anos tem se mostrado mais um instrumento de controle do que de avaliação de personalidade, na medida em que sua origem está fundamentada na crença de que existe uma essência criminoso nos indivíduos, desvinculada de seus contextos sócio, histórico, político e cultural. Na sociedade em que vivemos, cada vez mais excludente, não há como responsabilizar apenas o indivíduo pelo delito cometido, quando sabemos que a maioria da população carcerária é constituída de pessoas das camadas mais pobres da população, jovens, de baixa escolaridade que tentam sobreviver dos modos que são possíveis.

Não se trata de questionar apenas o pequeno número de profissionais em todo o Brasil para realizar o exame criminológico, ou a sua eficácia, pois na verdade, não acreditamos que tal exame possa prever e garantir comportamentos, assim como qualquer outro instrumento das ciências humanas, por mais investidos que estejam de cientificidade. O exame criminológico tem servido apenas a um ritual não só burocrático, mas principalmente estigmatizador e classificatório no qual se baseia o Judiciário para decidir sobre a vida (ou morte) das pessoas. Nessa medida, torna-se um instrumento violador da intimidade, da imagem, da pessoa, restringindo a análise do conflito a questões de natureza individual não como próprio da dinâmica social, em sua condição histórica, econômica, cultural e política. Outrossim, é sabido que questões de classe e biotipo físico alimentam o imaginário social e contagiam o processo de ingresso no sistema penal, seja pela discricionariedade dos que operam a lei, seja pelas próprias condições objetivas de trânsito social dessas populações. Nesse sentido, há um público previamente definido e ideologicamente constituído como alvo do exame criminológico. Sobre o tema há hoje uma extensa bibliografia crítica produzida nas áreas das ciências humanas e sociais que nos apontam ser necessário se ter uma relação crítica com a própria ciência, pois ela não é neutra e, historicamente, teorias e práticas têm sido construídas para garantir a dominação e disseminar a adaptação passiva dos indivíduos à ordem social sem questioná-la. Dessa forma, posicionamo-

nos contrariamente em relação a tais práticas segregadoras que acabam por suscitar e/ou perpetuar preconceitos e exclusões nas relações sociais.

Nota-se que, além de considerar o exame criminológico ineficaz, a Carta-Manifesto considera o exame criminológico uma violação dos Direitos Humanos e uma forma de estigmatização e discriminação.

Outra crítica feita ao exame criminológico diz respeito não à sua essência, mas à forma como ele é aplicado. Para os defensores dessa corrente o problema é que o sistema penitenciário brasileiro não tem estrutura para comportar o referido exame, faltando profissionais qualificados para a sua realização.

Tal falta de estrutura causaria dois problemas principais: em primeiro lugar a demora na apreciação dos pedidos, que contribui para a superlotação carcerária e, em segundo lugar, a padronização dos relatórios. Ocorre que em grande parte das vezes, o exame criminológico não é realizado com a devida atenção, se utilizando os profissionais responsáveis por sua elaboração de modelos de laudos já empregados e fazendo apenas pequenas alterações.

4.5 Exame criminológico no direito comparado

Os exames e estudos criminológicos constituem uma tendência mundial da atualidade. Algumas das nações mais avançadas possuem núcleos criminológicos, como por exemplo o Centre International de Criminologie Comparée (Canadá), o Centre de Recherches de Politique Criminelle (França), o Centro Internazionale di Criminologia Clínica (Itália) e o L'Institut Max de Droit Penal (Alemanha). Sobre esta tendência preleciona Mirabete:

As legislações modernas têm introduzido processos de seleção e para esse fim criado centros de observação e exame aos quais se leva o preso para ali se decidir sobre o seu destino a determinado estabelecimento e a determinada forma de execução. Esse procedimento de classificação se funda em determinados sistemas de seleção e visa à possibilidade de prognósticos referentes especialmente ao grau de perigo de reincidência ou de periculosidade do condenado. O princípio de classificação dos presos é contemplado nas Regras Mínimas para Tratamento do Preso da ONU (nº 8) e do Conselho da Europa (nº 7), no artigo 16 da Lei Geral Penitenciária espanhola, no artigo 2º do regulamento penitenciário canadense e no artigo 8º das normas de aplicação da lei penitenciária sueca, estando presente em

qualquer política criminal moderna e constituindo premissa constante de todos os estudos sobre a matéria. (1997, p. 51)

Nos Estados Unidos o equivalente ao exame criminológico é a chamada Pre-sentence Investigation (Investigação Pré-sentença – tradução livre). Tal procedimento é regido pelo art. 32 das Regras de Procedimento Criminal dos EUA. A investigação é realizada pelo agente da condicional (probation officer) e gerará um Relatório de Investigação Pré-sentença que tem como objetivo principal ajudar o juiz a determinar a pena, através da avaliação do infrator.

O Pre-sentence Investigation Report é composto, entre outros, pela versão do estado e do ofensor para o crime, de uma declaração de impacto da vítima, nível da ofensa (gravidade da infração), histórico criminal, descrição das características do ofensor, histórico de abuso de substâncias, relatório médico, histórico de educação, histórico de emprego e habilidades, situação financeira, além de sugestões de pena.

Para a elaboração do PSI o agente da condicional procederá a entrevistas com o ofensor, sua família, seus antigos empregadores e credores, além de consultar registros escolares, médicos e legais.

Acerca de tal instituto do direito norte americano, discorre Álvaro Mayrink:

Sem maiores digressões face à natureza do tema, poderíamos vislumbrar que, nos Estados Unidos, a *pré-sentence investigation*, é um dado fundamental e preliminar para a corte, sendo que tal investigação não tem por escopo estabelecer a autoria ou a culpabilidade ao acusado, porque o principal objetivo é o de focar o caráter e a personalidade do indiciado, encontrar as necessidades dessa personalidade, descobrir os fatores principais do cometimento de tal ação delituosa e o aspecto de conduta geral, como também, auxiliar o tribunal a decidir sobre a concessão da suspensão condicional da pena, ou face à legislação específica, de outra medida de tratamento que atenda aos interesses do indivíduo e principalmente da coletividade. Não devemos olvidar que tal investigação auxilia as autoridades administrativas para a seleção e planificação do futuro pedido de livramento condicional, como também, as autoridades penitenciárias, no que concerne à elaboração da classificação, para fim de tratamento na unidade em que for lotado. (1972, p. 138)

A Pre-sentence Investigation também é utilizada no Canadá e no Reino Unido, de forma muito semelhante aos Estados Unidos.

Na França o art. 81 determina que o juiz de instrução pode pedir a realização de um exame da personalidade do acusado, assim como de sua situação social, econômica e familiar.

5.0 EXAME CRIMINOLÓGICO NO BRASIL

5.1 Previsão legal

O exame criminológico foi introduzido na legislação brasileira em 1984, com a Lei 7.209/1984 (BRASIL, 1984), que alterou alguns dispositivos do Código Penal e a Lei 7.210 (BRASIL, 1984), a Lei de Execução Penal.

No Código Penal (BRASIL, 1940), o exame criminológico foi inserido nos artigos 34 e 35, que determinam a sua realização como meio de garantir a individualização da pena. *In verbis*:

Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)(grifos acrescidos)

Art. 35. Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Já a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), estipulou o exame criminológico em seu artigo 8º, também como instrumento de individualização da pena, a seguir:

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. (grifos acrescidos)

A realização do exame criminológico está pautada no art. 1º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), que determina ser um dos objetivos da execução penal propiciar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

5.2 Modificações implementadas pela Lei 10.792/2003

A Lei 10.792 (BRASIL, 2003), editada em 01 de dezembro de 2003, alterou alguns dispositivos da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), entre eles o art. 112 que determinava:

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.** (grifos acrescidos)

Com o advento da referida lei, tal dispositivo legal teve sua redação alterada, passando a vigorar com a seguinte redação:

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. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

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

O legislador suprimiu na nova redação o parágrafo único, que exigia o exame criminológico para a concessão do benefício da progressão de regime, gerando uma discussão sobre se esse seria o fim do exame criminológico. Dois entendimentos opostos se formaram.

A primeira corrente afirma que a concessão da progressão de regime passou a ser obrigatória nos casos em que o condenado cumprir os requisitos objetivos e apresentar o atestado de bom comportamento carcerário, não sendo lícito ao juízo negar tal benefício com base no mérito do condenado.

Defensor desta corrente, preceitua Antônio Alberto Machado:

Seja como for, com o advento da Lei nº 10.792/03, que excluiu a necessidade do exame criminológico e das avaliações mediante o parecer da Comissão Técnica de Classificação, basta que o condenado comprove esses dois requisitos, ou seja, bom comportamento carcerário e o cumprimento do percentual de 1/6, 2/5 ou 3/5 da pena no regime anterior, para fazer *jus* à progressão. (2009, P. 725)

Também adotando este posicionamento, arrazoa Renato Marcão:

Indeferir o pedido de progressão com base em apontamentos do laudo criminológico, se o executado cumpriu um sexto da pena no regime atual e juntou atestado de boa conduta carcerária, nos termos do art. 122 da Lei de Execução Penal, corresponde a indeferir pedido com base em requisito não exigido. É preciso enxergar a verdadeira intenção do legislador e admitir a mudança. A lei não foi modificada para ficar tudo como estava. (2011, p. 46)

Por outro lado, para a segunda corrente, mais forte, o juízo da execução penal continua podendo analisar o mérito do apenado para deferir ou não o benefício da progressão, e o exame criminológico é um dos instrumentos utilizados para tal fim.

Um dos adeptos desta corrente é Mirabete, que afirma ser o atestado de bom comportamento carcerário insuficiente para preencher o requisito subjetivo necessário à progressão, a seguir:

Não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social. Ensina Hans Göbbels: 'O bom comportamento de um preso não pode ser determinante imediata para estabelecer-lhe um prognóstico biológico-social favorável, principalmente porque tal 'comprovante' de melhoria se baseia fundamentalmente em informes de funcionários de prisões, fornecidos pouco antes da liberação, e que se atêm ao bom comportamento externo, a fim de facilitar a readaptação sem inconvenientes ao termo da condenação. Mas este comportamento externo só de forma incompleta permite tirar conclusões sobre o caráter e a conduta futura do preso. Na verdade, a adaptação do sentenciado à organização do estabelecimento se deve a vários e múltiplos fatores simultâneos e justapostos, e somente a verificação dos motivos predominantes permitirá uma conclusão motivada sobre o caráter. (2004, p.423)

Já Guilherme Nucci afirma que o sistema penal e de execução penal devem constituir um todo harmônico e por isto as normas existentes da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) devem estar em consonância com o Código Penal (BRASIL, 1940). Desta forma, assevera:

O Código Penal, não modificado, continua a mencionar, no art. 33, §2.º, que "as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado...". Ora, como o juiz apura o mérito? De várias maneiras, por certo, e uma delas era o parecer obrigatório da Comissão Técnica de Classificação. Eliminada essa obrigatoriedade, incluindo-se em seu lugar a indispensabilidade de atestado de boa conduta carcerária, fornecido pela direção do presídio, passa-se a exigir do juiz da execução penal maior liberalidade em relação ao preso comum, isto é, no tocante àquele que não cometeu crime violento (violência física ou moral) contra a pessoa, de particular gravidade. Um autor de furtos, por exemplo, pode progredir do regime fechado para o semi-aberto, bastando o atestado de boa conduta, se não houver outros dados negativos a seu respeito. Entretanto, o condenado por vários assaltos, em outro exemplo, ainda que tenha um bom comportamento, pode despertar no magistrado a necessidade de realização do exame criminológico ou mesmo de ouvir a Comissão Técnica de Classificação para autorizar a progressão.

Continua:

Observe-se que o art. 8.º da Lei de Execução Penal não foi alterado e preceitua que "o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à *individualização da execução*" (grifo nosso). Ora, ainda que se diga que esse exame será realizado no início do cumprimento da pena, destina-se ele a garantir a correta *individualização executória* da pena, não se podendo concluir que esta foi e está sendo satisfatória, mormente considerando-se que os diretores de presídio não possuem conhecimento técnico especializado para a visualização global do comportamento do condenado, se não for elaborado outro exame criminológico para fornecer um padrão de confronto ao juiz. A doutrina, há muito tempo, vem sustentando que a pena-padrão, o regime-padrão e o cumprimento-padrão são desatinos implementados ora pelo legislador, ora pelo magistrado, motivo pelo qual não é o momento de se cercear a atividade individualizadora do juiz, mas, ao contrário, de privilegiá-la.

E arremata:

Por isso, partindo-se do pressuposto de que a individualização da pena não se encerra com a prolação da sentença, continuando durante a execução da pena, que possui caráter jurisdicional, logo, depende de atos motivados do juiz para que se desenvolva, jamais se poderia considerar extinta ou afastada a possibilidade de, para formar seu convencimento, o magistrado ficar entregue a um simples atestado de boa conduta carcerária, fornecido pela direção do presídio, *para todo e qualquer caso*, sabe-se lá de que forma e com qual critério. O Poder Judiciário é autônomo do executivo, não sendo um atestado o suficiente para levar o magistrado a abrir mão de sua independência funcional, avaliando concretamente o progresso e o merecimento de condenados submetidos à sua jurisdição. (NUCCI, 2006)

Também adeptos do posicionamento favorável à realização do exame criminológico são Valter e Newton Fernandes:

Na verdade, o art. 112 da Lei 10.792/2003 tão somente propiciará, nos presídios brasileiros, um vaivém de chusmas de presos perigosos e recidivantes. Nada além disso! Ora, quando o aludido dispositivo fala no requisito do bom comportamento carcerário, trata-se, a olhos vistos, de censurável sofisma legal, pois que, na esmagadora maioria dos presídios brasileiros, o sentenciado cuja conduta é rotulada de boa não passa, frequentemente, de um dissimulado que apenas se adaptou à vida prisional, que isto será seu salvo-conduto para manter-se hígido e vivo e, também, para ficar a salvo de eventuais reprimendas disciplinares. Trata-se do 'fenômeno da prisionização' na feliz expressão de Donald Clemmer. Desse modo, o preso de bom comportamento, via de regra, não é o homem corrigido, e sim um homem prisionizado. Uma vez liberado, não tardará muito e a prisão tornará a vê-lo por tempo um pouco maior! (2010, p. 245)

5.2.1 Posição pretoriana sobre o exame criminológico após o advento da Lei 10.792/2003

Conforme analisado anteriormente, as alterações introduzidas pela Lei 10.792/03 (BRASIL, 2003) geraram uma celeuma jurídica acerca da realização do exame criminológico. Ocorre que com a supressão da obrigatoriedade da realização de tal exame para fins de progressão de regime, parte dos magistrados passou a defender que os critérios para a concessão de tal benefício seriam meramente objetivos, sendo obrigatória a concessão da progressão quando preenchidos tais requisitos.

Todavia, mesmo sem a obrigatoriedade da realização do exame criminológico, outra parte dos magistrados continuou a requisitá-lo como forma de ajudar no seu convencimento. Neste ínterim, alguns prisioneiros tiveram seus pedidos de progressão negada com base em exames criminológicos e, não conformados, impetravam *habeas corpus*, alegando que estes exames não poderiam mais ser considerados para a negação da concessão de benefício, em decorrência das alterações implementadas pela Lei 10.792/03 (BRASIL, 2003).

A discussão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que inicialmente proferiu decisões não consensuais sobre o tema.

O ministro Arnaldo Esteves Lima, no julgamento do Habeas Corpus 38602, em 09 de novembro de 2004, decidiu no sentido de que, com a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), o indeferimento do pedido de

progressão de regime com base em exame criminológico configurava constrangimento ilegal, conforme ementa a seguir:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DO REGIME FECHADO PARA O SEMI-ABERTO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO COM BASE NO EXAME CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO EM VIRTUDE DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 10.792/2003. ORDEM CONCEDIDA. 1. A progressão de regime de cumprimento de pena (fechado para semi-aberto) passou a ser direito do condenado, bastando que se satisfaça dois pressupostos: o primeiro, de caráter objetivo, que depende do cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da pena; o segundo, de caráter subjetivo, relativo ao seu bom comportamento carcerário, que deve ser atestado pelo diretor do estabelecimento prisional. 2. Embora temerário substituir a exigência de parecer da Comissão Técnica de Classificação e a submissão do presidiário a exame criminológico – como condição à eventual direito de progressão do regime fechado para o semi-aberto – por um simples atestado de boa conduta firmado por diretor de estabelecimento prisional, essa foi a intenção do legislador ao editar a Lei 10.792/2003, que deve ser observada pelo Juízo das Execuções Penais, sob pena de violação ao disposto no aludido art. 112 da LEP, em sua nova redação. 3. Na hipótese, o Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Ponta Grossa afirmou na decisão ratificada pelo Tribunal estadual que o sentenciado cumpriu mais de um sexto da pena, restando, assim, satisfeito o primeiro requisito necessário à progressão pretendida. Quanto ao segundo requisito, o impetrante trouxe o atestado de bom comportamento carcerário do ora paciente, atendendo ao disposto no art. 112 da LEP, com a redação dada pela Lei 10.792/2003. 4. Ordem concedida para reconhecer o direito do paciente à progressão do regime prisional. (STJ, HC nº 38602/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 08/11/2004)

Percebe-se que mesmo nesta decisão contrária à utilização do exame criminológico, o ministro dava sinais de discordar das alterações impostas pela Lei, afirmando ser temerária a substituição da exigência de parecer da Comissão Técnica de Classificação e a submissão do presidiário a exame criminológico por um simples atestado de boa conduta firmado por diretor de estabelecimento prisional.

Poucos dias depois, o ministro Gilson Dipp, em julgamento de Habeas Corpus, decidiu em sentido diverso, afirmando que as alterações da Lei 10.792/2003 (BRASIL, 2003) não vedaram a utilização do exame criminológico quando considerado necessário pelo juiz. A seguir:

CRIMINAL. HC. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. ART. 112 DA LEP NA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 10.792/03. EXIGÊNCIA DE LAUDO DA COMISSÃO TÉCNICA DE CLASSIFICAÇÃO E DO CENTRO DE OBSERVAÇÃO CRIMINOLÓGICA. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE PARECER DA CTC. ORDEM CONCEDIDA. I - Hipótese em que o Juízo da Vara de Execuções Penais de Porto Alegre/RS, acolhendo parecer ministerial, determinou a submissão do réu à Comissão

Técnica de Classificação da casa prisional (CTC) e ao Centro de Observação Criminológica (COC), para fins de progressão de regime carcerário, considerando a excepcional situação dos autos, em face da quantidade da pena imposta (42 anos) pela prática de delitos graves (homicídios qualificados). II - **A nova redação do art. 112 da LEP conferida pela Lei 10.792/03 deixou de exigir a realização dos exames periciais, anteriormente imprescindíveis, não importando, no entanto, em qualquer vedação à sua utilização sempre que o juiz julgar necessária.** III - Não há qualquer ilegalidade nas decisões que requisitaram a produção dos laudos técnicos para a comprovação dos requisitos subjetivos necessários à concessão da progressão de regime prisional ao apenado. IV - Diante da realização do exame pela Comissão Técnica de Classificação, cujo parecer foi conclusivo no sentido de que o apenado apresenta condições de receber o benefício pretendido, e tendo em vista a demora na apreciação do pleito da defesa, para o qual se exigiu a submissão do apenado também ao laudo do Centro de Observação Criminológica (COC), dever ser dispensada essa última exigência, sob pena de se adiar ainda mais a prestação jurisdicional. V - Concessão da ordem para possibilitar o imediato julgamento do pedido de progressão de regime interposto perante o Juízo da Vara e Execuções Criminais de Porto Alegre/RS. VI - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ, HC nº 37440/RS, j. em 02/12/2004)

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 10.792/2003. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. Muito embora a nova redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais, dada pela Lei n.º 10.792/2003, não exija mais o exame criminológico, esse pode ser realizado, se o Juízo das Execuções, diante das peculiaridades da causa, assim o entender, servindo de base para o deferimento ou indeferimento do pedido. (Precedente). Writ denegado. (STJ, HC nº 40278/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 07/04/2005)

A despeito da celeuma inicial, a jurisprudência caminhou para o entendimento de que o exame criminológico poderia ser realizado quando considerado necessário e desde que de forma justificada, sendo editada em 28 de abril de 2010 a Súmula 439 que determina: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada".

Com a edição desta Súmula foi pacificado o entendimento sobre a realização do exame criminológico quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem. Ementas a seguir:

HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO COMO AFERIÇÃO DO BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO. FUGA PRISIONAL. REQUISITOS LEGAIS SUBJETIVOS NÃO DEMONSTRADOS. **1. Realizado o exame criminológico, não configura constrangimento ilegal a sua utilização como parâmetro para o indeferimento do pedido de progressão de regime.** Precedentes. 2. O parecer psicossocial desfavorável e a anotação de duas fugas no registro carcerário são elementos suficientes para a denegação do pedido de progressão do

regime prisional. 3. Ordem denegada. (STJ, HC nº 165201/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 13/09/2011)

EMENTA HABEAS CORPUS. PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. CRIMES GRAVES. PARECERES PSICOLÓGICOS CONFLITANTES. DECISÃO FUNDAMENTADA.

1. 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 da necessidade do exame criminológico. 2. Contudo, a realização do referido exame pode perfeitamente ser solicitado quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem, atendendo-se ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal, tal como ocorre na espécie, em que o Paciente praticou crimes graves e obteve pareceres psicológicos conflitantes, recomendando uma melhor avaliação do requisito subjetivo. Precedentes.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 88.052/DF (Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 28/4/06), afirmou que "Não constitui demasia assinalar, neste ponto, não obstante o advento da Lei nº 10.792/2003, que alterou o art. 112 da LEP – para dele excluir a referência ao exame criminológico –, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada" (sem grifos no original).

4. Ordem denegada. (STJ, HC nº 206.636/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 13/09/2011)

HABEAS CORPUS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. EXAME CRIMINOLÓGICO. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Nos termos da jurisprudência assente nos Tribunais Superiores, o art. 112 da Lei de Execução Penal, com a redação introduzida pela Lei nº 10.792/03, estabelece que, para a concessão do livramento condicional, há necessidade do preenchimento cumulativo dos requisitos objetivo e subjetivo, a saber: cumprimento de 1/3 (um terço) da pena, se não reincidente, e bom comportamento carcerário, salvo quando o magistrado, com base nas peculiaridades concretas do caso, exigir a realização de exame criminológico ou outro laudo técnico, com a finalidade de melhor avaliar o mérito subjetivo do apenado. Assim pode o magistrado, excepcionalmente, determinar a realização de tal perícia, diante das peculiaridades da causa, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada. 2. Na hipótese, o acórdão que indeferiu o livramento condicional e determinou a realização de exame criminológico se apresenta devidamente fundamentado, demonstrando por meio de elementos concretos e diante das peculiaridades da causa, bem como amparado na conduta do paciente, a necessidade de submissão à referida perícia. 3. Fundando-se o acórdão impugnado em 7 (sete) faltas disciplinares de natureza grave e 2 (duas) média, a última ocorrida em data recente, 1º/9/2009, consistente de posse de objetos destinados ao tráfico de entorpecentes, não há constrangimento ilegal na determinação de realização de exame criminológico por parte do Tribunal a quo. 4. Ordem denegada. (STJ, HC nº 204.227/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 23/08/2011)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE. FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR. PERÍCIA QUE NÃO VINCULA O MAGISTRADO. LAUDO QUE, APESAR DE FAVORÁVEL, NÃO CONCLUIU PELA CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE DO RÉU. APTIDÃO PARA O CONVÍVIO SOCIAL NÃO EVIDENCIADA. DENÚNCIA ANÔNIMA DE QUE O PACIENTE, MESMO PRESO, CONTINUA DELINQUINDO. PROBABILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. INTEGRANTE DO COMANDO VERMELHO. NECESSIDADE DE MAIOR CAUTELA. LONGA PENA A SER AINDA CUMPRIDA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTA. ORDEM DENEGADA. I. A nova redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais, conferida pela Lei n.º 10.792/2003, deixou de exigir a submissão do condenado a exame criminológico, anteriormente imprescindível para fins de progressão do regime prisional e livramento condicional, sem retirar do magistrado a faculdade de requerer a sua realização quando, de forma fundamentada e excepcional, entender absolutamente necessária sua confecção para a formação de seu convencimento. II. Mesmo entendendo o magistrado necessária e realização da perícia, não fica vinculado ao seu conteúdo, desde que fundamente sua decisão em fatos concretos existentes nos autos para subsidiar sua conclusão. III. Evidenciada a inexistência de elementos concretos que demonstrem a aptidão atual do réu ao convívio social, especialmente diante do fato de que, apesar de o exame criminológico ter sido favorável à concessão do livramento condicional, não foi conclusivo acerca da cessação de sua periculosidade, resta devidamente motivado o indeferimento do benefício pleiteado pela defesa. IV. Mesmo não havendo nos autos notícias de que as denúncias anônimas explicitadas pelo Órgão ministerial foram constatadas, a sua existência ratifica a necessidade de maior cautela no processo de reinserção social do apenado, pois denota probabilidade concreta de que solto, o mesmo continuará a delinquir, corroborando, ainda, sua propensão à prática criminosa. V. Tratando-se de indivíduo integrante da organização criminosa denominada comando vermelho, sobretudo diante dos indícios de que o apenado continua cometendo crimes graves mesmo estando encarcerado, e considerando a longa pena a ser ainda cumprida, com fim previsto apenas para 16/10/2020, bem como o histórico penal do paciente, marcado pela reiteração criminosa, torna-se prematura a concessão do livramento condicional. VI. Se o magistrado singular e a Corte Estadual, apesar de terem afastado a conclusão favorável do exame criminológico, fundamentaram devidamente o indeferimento do livramento condicional ao réu, referindo-se, inclusive, ao parecer do Ministério Público, não resta evidenciada a ocorrência de constrangimento ilegal. VII. Ordem denegada. (STJ, HC nº 161158/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 16/08/2011)

A discussão acerca do exame criminológico chegou também ao Supremo Tribunal Federal que, assim com o Superior Tribunal de Justiça, inicialmente proferiu decisões no sentido de negar a possibilidade de se indeferir benefício com base neste instrumento. Neste sentido decisão do Ministro Marco Aurélio:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME INDEFERIDA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS. HABEAS CORPUS IMPETRADO NO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL. NÃO-CONHECIMENTO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NO STJ. EXAME INDEVIDO DA MATÉRIA DE MÉRITO PARA INDEFERIR O WRIT. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. Impetração de habeas corpus no Tribunal de Alçada Criminal, em vez do recurso de agravo,

visando à progressão de regime em face do cumprimento de um sexto da pena e do atestado de bom comportamento carcerário passado pelo diretor do estabelecimento prisional. Writ não conhecido, porque o recurso cabível é o de agravo. Alegação de constrangimento ilegal posta a exame do Superior Tribunal de Justiça, a fim de compelir o Tribunal estadual a julgar o habeas corpus lá impetrado. **Exame indevido do mérito para negar o direito à progressão, configurando prejulgamento desfavorável ao paciente. Ordem concedida, de ofício, para determinar que se opere a progressão de regime, eis que satisfeitos os requisitos exigidos pelo artigo 112 da LEP, com a redação dada pela Lei 10.792/03, ficando prejudicada a pretensão a fim de determinar ao Tribunal de Alçada Criminal o exame do habeas corpus lá impetrado.** (STF, HC nº 85688, Rel. Min. Eros Grau, j. em 03/05/04)

LEI - INTERPRETAÇÃO - NORMAS A REVELAREM EXCEÇÃO. Preceitos que encerram exceções não de ser interpretados de forma estrita e têm alcance considerado o que neles expressamente se contém. CRIME DE QUADRILHA - ARTIGO 14 DA LEI Nº 6.368/76 - NÃO-INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.072/90. O crime tipificado no artigo 14 da Lei nº 6.368/76 não está alcançado pela Lei nº 8.072/90. Precedentes: Habeas Corpus nº 75.978-8/SP, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence na 1ª Turma, Diário da Justiça de 19 de junho de 1998, e Habeas Corpus nº 73.119-8/SP, relatado pelo ministro Carlos Velloso na 2ª Turma, Diário da Justiça de 19 de abril de 1996. PENA - CUMPRIMENTO - LIVRAMENTO CONDICIONAL. **As balizas para se aferir o atendimento dos requisitos próprios ao livramento condicional estão na lei, notando-se a abolição do exame criminológico - Lei nº 10.792/03.** ALTERAÇÃO DOS ARTIGOS 83 E 112, RESPECTIVAMENTE DO CÓDIGO PENAL - DECRETO-LEI Nº 3.689/41 - E DA LEI DE EXECUÇÃO CRIMINAL - LEI Nº 7.210/84. Descabe levar em conta a participação em organização criminosa, ou seja, fato integrante do tipo penal envolvido na condenação. (STF, HC nº 83700, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23/03/04)

Posteriormente, Supremo Tribunal Federal também mudou seu posicionamento, que consolidando o entendimento de que a Lei 10.792/03 (BRASIL, 2003) não dispensou, mas só tornou facultativa a realização do exame criminológico, devendo esta ser feita de forma fundamentada.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. INDEFERIMENTO. DEMORA NO JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM CONCEDIDA. 1. **O Supremo Tribunal consolidou o entendimento de que a superveniência da Lei n. 10.792/2003 não dispensou, mas apenas tornou facultativa a realização de exames criminológicos para que sejam aferidos a personalidade, o grau de periculosidade e a capacidade de reinserção social do reeducando.** 2. A decisão que indefere a progressão, reconhecendo a necessidade de levantamentos sociais, não é manifestamente ilegal, pelo que se impõe aguardar o acórdão da instância precedente, que examina a matéria, evitando-se a supressão de instância. 3. A excessiva demora no julgamento de habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, pois descumpra a norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República). 4. Ordem concedida. (STF, HC nº 108279/RJ, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. em 06/09/2011)

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REEXAME DO COTEJO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não configura constrangimento ilegal, a amparar pedido de habeas corpus, decisão que, de forma fundamentada, determina a realização de exame criminológico. 2. Concluir de forma contrária à decisão em que se entendeu que o paciente não teria atendido aos pressupostos subjetivos necessários à progressão demandaria o reexame do cotejo fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. 3. Ordem denegada. (STF, HC nº 108534/SP, Min. Rel. Dias Toffoli, j. em 06/09/2011)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. NECESSIDADE DA CONVERGÊNCIA DE REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. EXAME PSICOSSOCIAL DESFAVORÁVEL À PROGRESSÃO. ARGUMENTOS NÃO REFUTADOS. VALIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 10.792/2003. ORDEM DENEGADA. 1. As alterações introduzidas pela Lei 10.792/2003 suprimiram a exigência do exame criminológico como condição à progressão de regime, mas não impediram o Magistrado de determiná-lo, desde que considere necessário o estudo à boa reinserção social do apenado. Precedentes. 2. A aferição das condições para a vida comunitária livre não pode ser operada apenas com avaliações superficiais e mecânicas, sob pena de se desvirtuar o sistema progressivo, fazendo-o mera aparência, com danos significativos à segurança da comunidade e à efetiva ressocialização do infrator. 3. As avaliações psicossociais integram o gênero "exame criminológico" e podem subsidiar a formação do livre convencimento do magistrado. Precedentes. 4. A concessão da ordem subordina-se à constatação de estar o Paciente sofrendo, ou na iminência de sofrer, violência ou grave ameaça em sua liberdade de locomoção. 5. Ordem denegada. (STF, HC nº 108133/RS, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. em 28/04/2011)

Em vários julgados os ministros ressaltam a fragilidade do atesto de bom comportamento carcerário como meio de se aferir o mérito do condenado e a probabilidade de readaptação do mesmo. O ministro Luiz Fux, em voto no julgamento de Habeas Corpus, afirma que a aferição do mérito de um indivíduo pressupõe um estudo amplo de sua conduta e não apenas uma análise do comportamento por ele apresentado durante o seu recolhimento ao cárcere. Devendo-se analisar as características psicológicas, a probabilidade da adaptação a regime menos rigoroso, a progressiva capacidade de reinserção social, entre outros fatores.

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO, ROUBO QUALIFICADO E TENTATIVA DE ROUBO SIMPLES. PROGRESSÃO DE REGIME. ALEGAÇÕES DE INAPLICABILIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 11.464/07 E DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO SUBMETIDAS À APRECIÇÃO DO STJ. CONHECIMENTO DA MATÉRIA POR ESTA

CORTE. IMPOSSIBILIDADE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXAME CRIMINOLÓGICO. REALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM INDEFERIDA.

1. O habeas corpus não pode veicular matérias não suscitadas no Tribunal a quo, sob pena de supressão de instância. 2. In casu, as alegações referentes à inaplicabilidade do artigo 2º da Lei n. 11.464/07 à hipótese dos autos e à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa não foram submetidas à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, o que impede sejam conhecidas por esta Corte, sob pena de supressão de instância (Precedentes: HC n. 104.391/MG, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 06.05.11; HC n. 102.981/SP, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 24.03.11; HC n. 98.616/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ de 22.02.11). 3. O cumprimento inicial da pena privativa de liberdade no regime fixado na sentença viabiliza ao condenado, em razão do sistema progressivo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ser transferido para outro regime menos rigoroso, desde que preencha os requisitos do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, que, em sua redação original, determinava que: "a decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário." 4. A Lei n. 10.792/03 alterou a redação do dispositivo supratranscrito, suprimindo a exigência daquele exame, verbis: "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 um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão". 5. A Lei n. 10.792/03, não obstante tenha silenciado a respeito da obrigatoriedade do exame criminológico, é lícito ao juízo da execução, fundamentadamente, determinar sua realização (Precedentes: HC n. 105.234/RS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 21.3.11; HC n. 106.477/RS, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ de 19.4.11; HC n. 102.859/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 1º.02.10). 6. **O requisito subjetivo da progressão não está restrito ao "bom comportamento carcerário", como faz parecer a literalidade da lei, mas, antes requer analisar as características psicológicas, a probabilidade da adaptação do condenado ao regime menos rigoroso e a progressiva capacidade de reinserção social, entre outros fatores.** 7. O exame criminológico funda-se também no poder instrutório do juiz da novel concepção de atividade judicial. 8. In casu, a decisão do que determinou a realização do exame está fundamentada na ausência de elementos que demonstrem que o paciente preenche o requisito subjetivo para obtenção do benefício. Ordem indeferida. (STF, HC nº 103070/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 14/06/2008)

No mesmo sentido decidiu a ministra Ellen Gracie, afirmando que a análise do bom comportamento não poder ser restrita ao mero atestado de boa conduta carcerária.

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. EXAME CRIMINOLÓGICO. LEI 10.792/03. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PEDIDO INDEFERIDO. DECISÃO FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. A questão de direito tratada neste writ diz respeito à fundamentação da decisão que indeferiu o pedido de livramento condicional do paciente baseado em exame criminológico desfavorável. 2. Esta Corte tem-se pronunciado no sentido da possibilidade de determinação da realização do exame criminológico "sempre que julgada necessária pelo magistrado competente"

(AI-AgR-ED 550735-MG, rel. Min. Celso de Mello, DJ 25.04.2008). 3. O art. 112 da LEP (na redação dada pela Lei 10.792/03) não veda a realização do exame criminológico. No mesmo sentido: HC 96.660/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 21.08.2009; e HC 93.848/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 19.12.2008. 4. **A noção de bom comportamento, tal como prevista no art. 112 da LEP (na redação dada pela Lei 10.792/03), abrange a valoração de elementos que não podem se restringir ao mero atestado de boa conduta carcerária.** 5. O pedido de livramento condicional foi indeferido com fundamento em elementos concretos e específicos, que demonstram a inconveniência do benefício pleiteado e, por conseguinte, a inexistência do alegado constrangimento ilegal. 6. Habeas corpus denegado. (STF, HC nº 105912/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 05/04/2011)

Ainda neste sentido, decidiu o ministro Joaquim Barbosa, determinando que o atestado de bom comportamento carcerário não é suficiente para a concessão do benefício quando existir laudo pericial contrário.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. LAUDO PERICIAL DESFAVORÁVEL. REQUISITO SUBJETIVO NÃO CUMPRIDO. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. É lícita a realização de exame criminológico para análise dos requisitos subjetivos para a progressão de regime, nos termos do decidido no HC 82.959/STF. 2. **O bom comportamento carcerário não é suficiente para a concessão do requisito da progressão, quando existente laudo pericial desfavorável ao regime menos gravoso.** 3. Ordem denegada. (STF, HC nº 102859/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 07/12/2010)

O STF também abordou o exame criminológico na Súmula Vinculante 26, determinando que, na progressão de regime no cumprimento de pena por crimes hediondos ou equiparados, o juízo da execução poderia determinar, justificadamente, a realização do exame para fins de avaliação de preenchimento dos requisitos subjetivos pelo apenado.

Súmula Vinculante 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. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula Vinculante 26)

5.3 A necessidade da aplicação do exame criminológico e seus obstáculos

De acordo com o que foi estudado no tópico anterior, a jurisprudência já pacificou o entendimento de que a Lei 10.792/03 (BRASIL, 2003) não dispensou, mas só tornou facultativa a realização do exame criminológico, devendo esta ser feita de forma fundamentada.

Por outro lado, ainda não existe um posicionamento pacífico da doutrina acerca da possibilidade de utilização do exame criminológico para a concessão de benefícios ao condenado após a edição da referida lei.

Apesar da polêmica que ainda persiste, nos parece, com a devida vênia, inequívoco o fato de que, devido à sua importância como instrumento garantidor da individualização da pena, o exame criminológico não pode ter sua aplicação tolhida.

Desta forma, adota-se neste trabalho o posicionamento de que o exame criminológico deve ser realizado obrigatoriamente no início do cumprimento da pena, nos moldes do art. 8º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), assim como para a concessão do benefício da progressão de regime, quando o magistrado considerar necessário, a despeito do disposto no novo art. 112 da mesma lei.

Menciona-se acima a realização do exame criminológico no início do cumprimento da pena, pois, apesar de tal determinação estar expressa na Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), o que ocorre na prática é que na maior parte das vezes os condenados não são submetidos a tal exame. Conforme assevera Rogério Greco:

Muito embora as eloqüentes determinações legais, os condenados, contudo, não são classificados para a individualização da execução, mas recolhidos às penitenciárias para cumprimento de penas em ambientes coletivos, sem infraestrutura condigna, sem trabalho, ficando na maioria das vezes entregues à própria sorte. (2010, p. 98)

A individualização da pena na fase executória é, no Brasil, ainda uma garantia vaga, indefinida, etérea, que permite afirmar que a reclusão e a detenção não ressocializam, porque não há ressocialização sem tratamento e sem que o condenado esteja determinado a se ressocializar. (2010, p. 98)

Isso ocorre devido à falta de estrutura do sistema penitenciário brasileiro. A Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) determina em seus art. 96, 97 e 98, que os exames gerais e criminológicos serão realizados nos centros de observação, ou, na falta deste, pela Comissão Técnica de Classificação, *in verbis*:

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.

De acordo com dados do Ministério de Justiça (2008), existem no país apenas 10 Centros de Observação, sendo 1 na Bahia, 1 em Goiás, 1 no Pará, 1 em Pernambuco e 1 no Paraná. Desta forma, os demais 21 estados e o DF deverão ter seus exames criminológicos elaborados pelas Comissões Técnicas de Classificação.

Ocorre que, essas Comissões também não existem em boa parte dos estados. Segundo o relatório da situação do sistema penitenciário, elaborado pelo Ministério da Justiça em 2008, apenas o Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Piauí, Paraná e Rio de Janeiro possuem Comissão Técnica de Classificação instituída em todos os estabelecimentos penais.

Este relatório afirma também que faltam técnicos e treinamento dos mesmos para comporem as CTCs, sendo essa uma das maiores deficiências do sistema penitenciário brasileiro.

Essa falta de profissionais faz com que, como já foi abordado anteriormente, nos casos em que o exame é realizado ele não é feito com a devida atenção, se utilizando os profissionais responsáveis por sua elaboração de modelos de laudos já empregados e fazendo apenas pequenas alterações, o que gera uma padronização dos laudos.

Guilherme Nucci aborda tal questão, afirmando que a padronização não é motivo para extinguir o exame criminológico e:

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 imprecisos 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. (2006, p. 1015)

É lamentável que o Poder Executivo impeça, por falta de investimentos em infraestrutura, a realização de um instrumento tão importante para o princípio da individualização da pena quanto o exame criminológico.

Quando o Poder Executivo deveria tentar sanar os problemas investindo em uma estrutura adequada para a realização do exame criminológico, ocorre o contrário, com o Poder Legislativo cedendo à falta de movimentação do Poder Executivo e diminuindo a aplicação de tal instrumento. Importante ressaltar que tal atitude anda na contramão da tendência atual, que busca conhecer o apenado em todos os seus aspectos, garantindo uma legítima individualização da pena, com vistas ao seu melhor tratamento e à sua recuperação.

Desta forma, entende-se que as alterações implementadas pela Lei 10.792/03 (BRASIL, 2003) constituem um retrocesso no que diz respeito à efetiva aplicação do princípio constitucional da individualização da pena. Como tal, cabe ao Poder Judiciário, por meio da magistratura criminal, interpretar tal norma em harmonia com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Código Penal (BRASIL, 1940) e os demais artigos da própria Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

Por fim, transcreve-se interessante trecho da Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal, que afirma:

Reduzir-se-á a mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução. (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS À LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1983, p.2)

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou discutir a importância do exame criminológico para a efetivação do princípio da individualização da pena.

Foi realizada inicialmente uma retomada histórica da evolução das penas, abordando o seu surgimento nos primórdios dos tempos, a evolução de sua aplicação e finalidade, passando de castigo cruel e desmedido a medida reprovadora e reeducadora.

Foi analisada também a evolução do estudo criminológico, passando pela antiguidade, o surgimento da criminologia como ciência e seu desenvolvimento até o conceito atual.

Deste estudo pôde-se perceber que os indivíduos são todos singulares, e desta forma não seria justo igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática do mesmo crime não é suficiente para equiparar dois indivíduos. Assim, a justiça só será alcançada com a individualização da pena.

Posteriormente foram abordadas as questões referentes ao exame criminológico, sua utilização pela legislação brasileira, no direito comparado e sua relação com o princípio da individualização da pena.

Diante de todo o exposto verificou-se que o sistema penitenciário brasileiro não tem estrutura para realizar o exame criminológico e o consequente programa individualizador da pena, em vista da falta de profissionais capacitados para tal fim.

Desta forma, pode-se afirmar que, no Brasil, a individualização da pena na fase executória ainda não pode ser considerada como uma realidade, existindo apenas no plano teórico e sendo mais um dos direitos lamentavelmente negligenciados pelas políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablo de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

CASTANHEIRA, Éricka Silva Gomide. **O exame criminológico no Brasil após a edição da Lei n. 10.792/2003**. BDJur, Brasília, DF, 8 fev. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27099>>. Acesso em: 18 out. 2011.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Exame Criminológico**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1972.

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de criminologia**. Tradução de Ney Fayet Júnior. Porto Alegre/RS: Editora Livraria do Advogado, 2009.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. **Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos juizados especiais criminais**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do direito penal**. 5.ed. Niterói/RJ : Editora Impetus, 2010.

JÚNIOR, João Farias. **Manual de Criminologia**. 4.ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.