# XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**MATHEUS FELIPE DE CASTRO**

**CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS**

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
**Comunicação:**
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
**Eventos:**
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

**Membro Nato –** Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cinthia Obladen de Almendra Freitas; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-569-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito Penal. 3. Criminologia. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA

---

## Apresentação

Em uma agradável tarde de sol da primavera chilena, nas dependências da aconchegante e receptiva Universidade de Santiago, o grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I reuniu-se com o propósito de discutir temas condizentes à dogmática moderna, seja do direito e do processo penal, seja no que diz respeito à política criminal e à criminologia. Os trabalhos ora apresentados revelam, como o leitor por certo verificará, o quão ecléticos, críticos e atuais são os temas e o quão comprometidos foram os autores na confecção dos textos. São eles, pela ordem do livro, identificados por título, autor (es) e breve resumo, os seguintes:

O primeiro, cujo título é "a criminalização do stalking no Brasil sob o olhar da criminologia crítica", dos autores Ana Luísa Dessoy Weiler , Alexandre Juliani Riela e Joice Graciele Nielsson, busca avaliar a criminalização do stalking no Brasil com a Lei nº 14.132/2021 sob o olhar da criminologia crítica e do endurecimento da lei penal. O problema de pesquisa parte da seguinte indagação: em que medida a criação de nova lei incriminadora é eficaz para o combate efetivo do stalking? Parte-se da hipótese de que a lei penal tem um caráter simbólico e seletivo, e que a lei do stalking não combate o fenômeno de forma efetiva visto ser a lei insuficiente para uma mudança cultural. Os objetivos específicos da pesquisa estruturam o texto em três seções: a) discutir os processos de criminalização do sistema penal a partir da criminologia crítica de Alessandro Baratta; b) caracterizar o fenómeno do stalking a partir de sua conceitualização e da sua função fenomenológica; c) a criminalização do stalking no Brasil e seus efeitos. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O segundo, cujo título é "a violência institucional e a saúde psicofisiológica dos agentes de segurança pública na contemporaneidade", também dos autores Alexandre Juliani Riela e Ana Luísa Dessoy Weiler: tem por objetivo fazer uma análise sobre a violência institucional frente à saúde mental dos agentes de segurança pública do Brasil, tanto no aspecto interior quanto exterior aos ergástulos. O problema que orienta a pesquisa parte do seguinte questionamento: em que medida a violência institucional adoece mentalmente os agentes de segurança pública no Brasil, limitando ou impedindo a sua atuação? Parte-se da hipótese de que os agentes de segurança pública estão com sua saúde mental fragilizada, uma vez que, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), no ano de 2019,

morreram mais policiais por suicídio do que em serviço. Os objetivos específicos da pesquisa se desdobram nos seguintes tópicos: a) perceber de que modo a violência institucional impacta o agente de segurança pública; b) discutir a saúde mental do agente de segurança; c) analisar quais as soluções viáveis para a preservação da saúde mental dos agentes de segurança pública no Brasil. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O terceiro trabalho tem por título a "análise da evolução da finalidade das sanções de natureza criminal: das ordenações reais ao Código Criminal do Império", dos autores Romulo Rhemo Palitot Braga, Mariana Soares de Morais Silva e Ricardo Henrique Lombardi Magalhães. No texto, os autores enfocam que, ao longo dos séculos, houve substanciais mudanças no Direito brasileiro acerca das questões de natureza criminal, de modo que houve um afastamento das penalidades muito severas. O texto busca compreender tal processo evolutivo, visando aferir a finalidade das normas de natureza criminal em momentos anteriores da História pátria, bem como objetiva verificar se as sanções de natureza criminal se afastaram da ideia de atemorizar a população. Foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, em uma pesquisa descritiva e qualitativa. Concluiu-se que houve uma notória evolução das sanções cominadas para as práticas das condutas que foram tidas como criminosas, de maneira que se buscava a prevenção geral contra o cometimento de crimes através da atemorização da população diante da rigidez das normas "criminais" que já estiveram vigentes, ao passo que, atualmente, se busca, ao menos em tese, a ressocialização daqueles que cometeram delitos.

Em "breves considerações bioéticas e penais sobre o aborto após tentativa de suicídio", os autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Camila Martins de Oliveira e Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire Ramos exploram, a partir de pesquisa qualitativa e com o emprego de raciocínio dialético, uma situação ocorrida em São Paulo, em que uma mulher foi denunciada por aborto em ocasião na qual, estando grávida e deprimida, ingeriu veneno para ceifar a própria vida. A situação, estudada com ingredientes de política criminal e da bioética, expõe a ingerência do direito penal nas situações de vida em geral, e reclama uma maior e melhor reflexão sobre a violação ao princípio da ultima ratio ante a casos de emprego simbólico. Sem a análise das provas e do processo em si, mas apenas do fato e da denúncia oferecida, não se tem por qualquer pretensão interferir no julgamento do caso, mas valer-se dele para uma discussão transdisciplinar do direito e, em especial, no caso que serve de lastro à pesquisa, questionar a existência de dolo, da imputabilidade penal da gestante, da conduta do médico que comunicou o fato às autoridades e, por fim, da obediência ou não à diretriz do direito penal mínimo.

O quinto trabalho, cujo título é “colonialismo tardio e crimes patrimoniais: a funcionalidade da seleção dos crimes de pequena monta para o marco de poder planetário contemporâneo”, da autora Dorcas Marques Almeida, externa que a estrutura do poder global alterou-se substancialmente desde a segunda metade do século passado e, consequentemente, o poder punitivo também passou a ser manejado com a finalidade de atender a fins distintos. Anteriormente, o sistema punitivo era utilizado sobretudo com a finalidade de preservar a integridade das sociedades de consumo, porém, atualmente, o sistema punitivo é utilizado com a finalidade de dilapidar a autonomia das democracias. Diante desse cenário, o presente artigo tem como objetivo investigar se os crimes patrimoniais ainda são selecionados pelo poder punitivo e, em caso positivo, qual é a funcionalidade da seleção desses crimes para a estrutura de poder que contemporaneamente rege o globo. Para responder aos referidos questionamentos, o presente artigo adotou a revisão da literatura como metodologia e elegeu os autores Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos como marco teórico, sendo que a análise da obra dos referidos autores conduzirá à conclusão de que a seleção dos crimes patrimoniais é primordial para a estrutura de poder que contemporaneamente rege o globo e que, consequentemente, a seleção típica da estrutura de poder anterior foi aprofundada em níveis abissais.

O sexto texto tem por título o “controle judicial do acordo de não persecução penal”, e foi escrito por Jaroslana Bosse. O trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de controle jurisdicional quando houver negativa injustificada de oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público. A Lei Federal n. 13.964/2019, que introduziu essa espécie de acordo como um novo modelo de resolução consensual de conflitos criminais, não deixou muito claro se o benefício se trata de um direito subjetivo do investigado ou de uma discricionariedade do Ministério Público. Ainda mais, caso o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos para o acordo e exista negativa injustificada por parte do Ministério Público, outro questionamento pertinente é se o Magistrado pode ou não exercer algum tipo de interferência. No trabalho é analisado o caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou decisão do Juiz de primeiro grau que rejeitou denúncia, considerando a ausência de interesse de agir, diante da recusa infundada do Ministério Público em propor o acordo. Verifica-se, ainda, que o precedente é importante para a construção de uma via interpretativa na qual o Acordo de Não Persecução seja compreendido como um direito subjetivo do investigado.

Em “criminologia midiática: a agenda setting theory e o sensacionalismo como instrumentos fortalecedores do totalitarismo financeiro”, escrito por Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira. Nele, a autora propõe o estudo da relação existente entre o direito penal e a mídia com o consequente fortalecimento do totalitarismo financeiro através da utilização da agenda

setting theory e do sensacionalismo. Considerando-se a inexistência de uma assepsia política relativa ao direito penal, é possível afirmar que há um viés ideológico excludente e etiquetador em seu conteúdo. Tal escolha política favorece o totalitarismo financeiro e possui a mídia como um de seus instrumentos fomentadores, até porque esta está incluída naquele. A produção midiática veiculada conduz à transformação das vítimas do totalitarismo financeiro a adeptas de suas ideias. Nesse sentido, a mídia possui o condão de auxiliar na incidência do controle social punitivo em um público previamente etiquetado como "inimigo", fortalecendo o totalitarismo financeiro a partir da manutenção de seu poder, tendo o sensacionalismo como uma ferramenta para ocultar os reais problemas e, por conseguinte, dificultar uma genuína transformação da sociedade.

O oitavo trabalho, "da teoria hermenêutica constitucional em Häberle e do método penal: sobre a conformação do direito penal na jurisdição constitucional", de autoria de Renato Almeida Feitosa, faz uma análise crítica da teoria hermenêutica constitucional de Peter Häberle à luz do método penal, considerando a necessidade de ponderar e limitar a extensão da chamada "sociedade aberta dos intérpretes" como expressão de uma teoria constitucional democrática que ganha cada vez mais adeptos como instrumento metodológico de controle e afirmação dos valores constitucionais. O cotejo entre essas duas linhas metodológicas visa demonstrar a inviabilidade da abertura axiológico-normativa que esta teoria hermenêutica pretende dar, quando afeta à concreção do direito penal, haja vista as premissas epistemológicas de validade e eficácia do direito penal como condição mesma de preservação dos moldes de um Estado Democrático de Direito, nomeadamente do princípio da legalidade e seus corolários. Desta feita, traz-se como caso paradigma da problemática o precedente do STF (ADO nº 26) que ampliou o espectro de incidência da norma penal, subsumindo a homofobia à proibição normativa prevista no tipo penal que teria por objeto o combate ao preconceito de raça e cor. Nesta pesquisa, são tratados os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional e das estruturas da teoria do crime e da teoria hermenêutica constitucional, evidenciando o caráter inconciliável destas.

O nono trabalho, intitulado "o Direito penal do inimigo como expressão do biopoder", dos autores Lauro Mens de Mello, Rodrigo Francisconi Costa Pardal e José Antônio de Faria Martos, tem como objetivo o estudo conceitual da ideia de biopoder a partir de Foucault com a vida como objeto de controle, regulação e domesticação, relacionada com o poder disciplinar. Objetiva ainda uma análise do discurso relativo ao direito penal do inimigo em que se adota um conceito não ontológico, mas funcional de cidadão, que permite afastar esse status em determinadas condições. Analisa-se ainda a questão dos arquétipos de Jung que, a partir das representações, concebem forma de atuação do biopoder e que este difunde e legitima o direito penal do inimigo. Como resultados pretende-se demonstrar a forma de

como opera o biopoder com a lógica de imunização voltada ao corpo social, com o discurso pseudo-legitimador de se manter a coesão social e como o biopoder é uma forma dissimulada de dominação sem o desgaste inerente ao confronto direto. Como conclusão constata-se o surgimento do direito penal do inimigo como forma de aniquilação do status de cidadão e transformação em homo sacer.

Em "dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas: a natureza da substância enquanto vetor ilegal de criminalização da pobreza", os autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Renata Pereira Mayrink externam que, definida a responsabilidade criminal de determinado cidadão, ou seja, afirmado depois de um processo que tramite em contraditório judicial, que alguém foi o autor de um fato típico, ilícito e culpável, o juiz do caso tem o dever legal de individualizar a pena. O primeiro passo para dosimetria da pena é a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas, para os casos em que o autor incorrer em algum dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/2006, ou seja, violar uma norma penal incriminadora da Lei de Drogas, o juiz deverá se ater a critérios particulares de individualização da pena, estabelecidos no artigo 42 da legislação especial. O objetivo da pesquisa é analisar a aplicação desses critérios mencionados da Lei de Drogas, especialmente o critério natureza da substância, como mecanismo de concretização de uma política penal seletiva. Para tanto, a metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos, além de doutrinas sobre o tema.

O décimo primeiro trabalho que se apresenta é o seguinte: "emoções e moralidade no tribunal do júri: notas sobre o uso de cartas psicografadas no julgamento do caso boate Kiss", das autoras Carolina de Menezes Cardoso Pellegrini, Marina Nogueira de Almeida e Ana Paula Motta Costa. O texto tem como objetivo apresentar considerações preliminares acerca do uso de cartas psicografadas no Tribunal do Júri. Como cenário base para a discussão, utiliza-se o caso da Boate Kiss, no qual a defesa utilizou-se de carta supostamente psicografada de uma das vítimas, como forma de tentativa a atenuar/isentar a culpa do réu. Nesse sentido, o ensaio norteia-se pela seguinte pergunta de pesquisa: "como cartas psicografadas afetam as emoções e moralidades no Tribunal do Júri?". Compreendendo o panorama constitucional do tribunal do júri e seus princípios norteadores, além de que é possível refletir sobre uma reconfiguração do cenário que mescla política e sentimento, como forma de impactar e mobilizar – tal qual o fez Cláudia Fonseca (2018), embora com objeto de pesquisa diverso, parte-se da hipótese de que o uso de cartas psicografadas no Tribunal do Júri tem sua força pautada, antes de tudo, pelo caso específico em julgamento – no caso, um evento traumático.

Em "gênero, raça e classe como estruturadores históricos das prisões brasileiras", a autora Magali Gláucia Fávaro de Oliveira examina as opressões cruzadas de gênero, raça e classe

como estruturadores históricos das prisões brasileiras. Para tanto, por meio do método dedutivo e com base em bibliografia regada por autores e autoras negras, inicialmente, analisou-se o problema de desigualdades e discriminação racial no Brasil, como esqueletos sociais reproduzido pelas instituições. Outrossim, por meio de uma linha histórica legislativa, do Brasil-colônia à contemporaneidade, traçou-se o viés incriminador nos quais nasceram e ainda permanecem as prisões brasileiras, vivificadas em uma era de abolição da escravatura de um lado, compensada de outro, pela criminalização da cultura e do modo de vida do povo preto, bem como pelos inúmeros incentivos de migração do povo europeu para o país. Diante das construções realizadas, ao fim, foi possível compreender que a mulher, preta e pobre, tem a cor, o sexo e a classe preferida do sistema de justiça criminal, compondo hoje uma proporção relativamente pequena entre as populações carcerárias ao redor do mundo, mas figurando o setor de mais rápido crescimento dentre as pessoas presas.

O décimo terceiro texto, que tem por título “ineficiência punitiva do art. 60 da Lei de Crimes Ambientais: sua comparação com as sanções cominadas às infrações administrativas”, dos autores João Victor Baptista Magnavita e José Claudio Junqueira Ribeiro, externa que “a Política Nacional do Meio Ambiente veio inaugurar um novo patamar de preocupação com o bem ambiental à medida em que se consubstancia em um dos mais importantes documentos legislativos sobre políticas públicas ambientais em solo pátrio. Dessa forma, pinçando um de seus instrumentos, o licenciamento ambiental, busca-se no presente estudo entender se os enunciados relativos a esse instrumento, elencados em forma de sanções administrativas e criminais, realmente servem como suporte que compele o agente infrator a cumprir a legislação ambiental. Cabe mencionar, ainda, que a pesquisa desenvolvida se utilizou da metodologia da pesquisa qualitativa, ao se apoiar na filosofia fenomenológica do que se propõe a estudar, do método de pesquisa explicativa uma vez que se preocupa em identificar os fatores e quesitos que determinam para a ocorrência de determinados fenômenos jurídicos estudados. Ademais, para fundamentar o presente trabalho, utilizou-se do método indutivo que foi conduzido pelas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, revelando, portanto, a base na qual se construiu o estudo em comento.

Em “mandados de criminalização, tratados internacionais e enfrentamento à corrupção”, os autores Antônio Carlos da Ponte e Cintia Marangoni tratam do combate às práticas de corrupção, verdadeira chaga que subtrai preciosos recursos públicos da sociedade, no contexto da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e do princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição da proteção deficiente. Para tanto, perpassou-se pelos instrumentos atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo os Tratados Internacionais firmados pelo Brasil no combate à corrupção, que também devem ser percebidos como mandados de penalização (diante do disposto no artigo 5º, §3º, da

Constituição Federal de 1988), a fim de compreender-se o quanto ainda se poderá avançar nesta seara. Assim, o presente estudo ressalta a compreensão do crime de corrupção como um claro atentado aos direitos humanos, na medida em que priva o Estado de investimentos que seriam destinados à população, motivo pelo qual questiona-se sua inclusão no rol dos crimes hediondos, além de sua tipificação no âmbito privado, em atendimento a mandado constitucional implícito de criminalização e respeito ao princípio da proibição da proteção deficiente.

O décimo quinto texto tem por título "mesclagem de dados eleitorais em proveito do banco multibiométrico: Lei de Identificação Penal e Proteção de Dados Pessoais", e foi escrito por Raissa de Cavassin Milanezi e Cinthia Obladen de Almendra Freitas. Nele, revela-se que o Pacote Anticrime inseriu na Lei de Identificação Criminal, Lei n.º 12.037/2009, o Banco Multibiométrico, que tem como objetivo armazenar dados biométricos, de impressões digitais e, quando possível, íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais e identificar civilmente o indivíduo não identificado. Busca-se analisar juridicamente o referido Banco de Dados, sob a perspectiva da proteção de dados e de violação a direitos humanos e fundamentais, frente à sociedade de controle e vigilância. O problema de pesquisa tem por base a seguinte interrogação: Permite a legislação brasileira, em termos de garantias constitucionais penais e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a mesclagem de dados eleitorais e dos institutos de identificação em prol da persecução criminal? Para tanto, a pesquisa utilizou método dedutivo, em que foi realizado levantamento bibliográfico de livros, teses e dissertações com os descritores indicados abaixo. Ao final, a chegou-se à hipótese de que a mesclagem de dados na forma como está disposta na Lei de Identificação Criminal viola diversos preceitos penais e da LGPD.

Em "o ANPP – Acordo de não persecução penal e a revisibilidade jurisdicional do mérito do ato administrativo", os autores Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro apresentam como tema o acordo de não persecução penal – ANPP e externa que os mecanismos negociais têm se mostrado como tendência no âmbito criminal, com a possibilidade de aplicação de consequências penais sem a necessidade do devido processo legal, abreviando o lapso temporal entre o suposto cometimento da infração e a execução penal. Dessa forma, a pesquisa questiona se a realização dessa justiça negocial criminal produziria uma espécie de administrativização da justiça e quais seriam os seus efeitos para o exercício do poder punitivo. Objetiva-se, de maneira geral, analisar o instituto do ANPP e a jurisprudência correlata no que tange à natureza jurídica e ao controle judicial sobre seu não oferecimento. O procedimento de pesquisa observou uma metodologia dedutiva, com auxílio da técnica de análise de jurisprudência. Complementarmente utilizou-se uma metodologia exploratória para pesquisar a jurisprudência correlata ao ANPP. Conclui-se que o acordo de não

persecução penal vem sendo interpretado como não constituindo direito subjetivo do acusado, bem como pela realização do fenômeno da administrativização do poder punitivo, tendo em vista a substituição de atores judiciais por atores administrativos na condução dos mecanismos negociais e que a posição em que os tribunais têm se colocado, de negar a revisão jurisdicional, parece conflitar com o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O décimo sétimo texto, "o contexto histórico de valorização dos direitos humanos e a violação da dignidade humana no sistema carcerário", é de autoria de Renata Pereira Mayrink e Rômulo Luis Veloso de Carvalho. Nele se externa que a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana é incontestável na atualidade, mas, apesar de supremo, é um valor continuamente afastado. A pesquisa visa estudar a atual crise do sistema carcerário nacional, sob o enfoque da dignidade humana, com o objetivo de criticar as sistemáticas violações a esse direito fundamental. Inicialmente analisou-se o contexto histórico de surgimento dos direitos humanos, em seguida a crise no sistema carcerário nacional e as constantes violações ao valor essencial da dignidade humana. Por fim, conclui-se pela necessidade de uma reforma em diversos setores que lidam com a execução penal, já que a atual situação de mazela dos cárceres nacionais não pode ser atribuída a apenas um fator, mas sim a diversos que se somam. Acima de tudo é preciso que haja a máxima efetivação dos direitos humanos, sobretudo da dignidade humana dos encarcerados. A metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos e jurisprudência nacionais e internacionais, doutrinas sobre o tema e vídeos.

Em "o direito penal e os reflexos dos avanços neurocientíficos: uma análise acerca da culpabilidade", Júlia Gabriela Warmling Pereira, autora do texto, destaca que a relevância sobre as descobertas neurocientíficas inaugura uma nova era. E na medida em que as suas investigações vêm avançando, através de novas tecnologias de mapeamento cerebral, têm revelado localizações específicas de eventos cerebrais, os quais permitem inferir a crescente aproximação entre a neurociência e o direito. As ambições neurocientíficas têm se expandido e se impregnado na sociedade, situação que acarreta um peso maior nas leis e, diante desse fato, as questões atinentes ao direito merecem atenção para que se tenha uma inserção adequada à realidade. O direito e a neurociência constituem um tema com diversas implicações de cunho social, ontológico e metodológico, necessitando ser analisado, essencialmente, sob o aspecto dogmático penal, particularmente no tocante à culpabilidade penal. No que concerne às discussões acerca do direito penal, nota-se que transcende deste âmbito as investigações a respeito do comportamento humano. Compreende, também, o interesse em analisar a conduta humana e a própria questão do livre-arbítrio, igualmente relevante às neurociências. Não há dúvida de que as possíveis repercussões para o direito

penal constituem um tema que tem levado diversos doutrinadores a se debruçar sobre as pesquisas, as quais devem ser analisadas com as cautelas devidas.

O décimo nono trabalho que compõe o livro tem por título “o exame criminológico sob a perspectiva crítica: apontamentos sobre a Súmula Vinculante nº 26 como política criminal”, e foi escrito por Jéssica Cristina de Moraes, Eduardo Bocalete Pontes Gestal e Sergio Nojiri. O texto objetiva analisar a construção dos pensamentos criminológicos e sua contribuição para uma lógica de controle social idealizada a partir de mecanismos de exclusão e institucionalização (encarceramento) em massa, tendo como base de investigação a súmula vinculante nº 26 que possibilitou o uso continuado do exame criminológico como ferramenta de avaliação de progressão de regime na contramão da nova redação do artigo 112, da Lei de Execução Penal, pela Lei n.º 10.792/03, a qual havia revogado esta perícia nesse contexto da execução da pena. Para tanto, faz-se uma breve passagem sobre os discursos presentes nas escolas criminológicas, traçando um caminho entre os pensamentos criminológicos da Escola Clássica à Positiva à Sociológica até a Criminologia Crítica, demonstrando como o “outro” (apenados, doentes mentais, pessoas sem ocupação e demais indivíduos que não contribuíssem com a sua força de trabalho) sempre esteve na posição política e social de membro não desejável na sociedade. Após, discorre-se acerca do exame criminológico e do seu uso durante a Execução Penal relacionado à apuração de mérito subjetivo à progressão de regime. Destaca-se, ainda, os pontos de embate entre referenciais apoiadores e contrários ao uso do exame, na medida em que vislumbramos que essa perícia otimiza o período de cumprimento de pena em regime mais gravoso e reverbera as problemáticas do sistema penal na prática. Finalmente, são tecidos comentários acerca da possível existência de fatores político-ideológicos na atuação Supremo Tribunal Federal com a edição Súmula vinculante nº 26.

No texto “o futuro da educação prisional: educação à distância sustentável” o autor Nelcyvan Jardim dos Santos expõe ser necessário conhecer as tendências futuras nos programas de educação e ensino. Neste artigo ele se concentrou em fornecer perspectivas sobre o futuro dos programas educacionais, necessidades de alunos e professores para uma educação inovadora e ao mesmo tempo suprir as necessidades de desenvolvimento educacional aos que estão privados de liberdade. Apresenta, ainda, vantagens em detrimento dos recursos humanos, segurança dos professores e acesso ao ensino a todos os detentos por meio dessa modalidade. Apesar do acesso à educação nos presídios se encontrar estampado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Lei de Execução Penal, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, além de outras normativas, faz-se necessário mostrar que esses indivíduos, esquecidos pela sociedade, também têm direitos, capacidade e possibilidades reais de uma harmônica integração social. O desenho do artigo contempla a abordagem

bibliográfica e documental e tem como objeto de estudo compreender os cenários educacionais do futuro, na aplicação da Educação à Distância nas unidades prisionais, como fator de valorização dessa modalidade de ensino para concretizar os direitos dos reclusos e minimizar a ausência de oferta educacional nos centros penitenciários nacionais.

Em “os estabelecimentos penais e os dados frente ao Covid-19”, a autora Ana Eduarda Bazzo Pupim realiza um estudo sistemático dos estabelecimentos penais frente a pandemia do Covid-19 e conclui, com dados do Infopen, que o sistema carcerário brasileiro é precário, desigual e violador de direitos básicos. Quinze vírgula três por cento (15,3%) das pessoas que se encontram em regime fechado deveriam estar em regime semiaberto ou até liberados, isto antes da pandemia; contudo, as regras de sanitização para o combate do Covid-19 não modificaram a realidade, porquanto difíceis de serem colocadas em prática. Na verdade, 81.214 de presos e servidores foram infectados com o Coronavírus, ou seja, 13,6% do sistema carcerário considerando a população de 2019, e 11,5% se considerada a população de presos de 2020, demonstrando a atual necessidade de reforma do sistema penitenciário brasileiro.

Em “progressão de regime em crimes hediondos no Supremo Tribunal Federal: uma análise empírica pela Súmula Vinculante 26”, dos autores Ana Clara Macedo Jaccoud , Pedro Burlini de Oliveira e Raphaël Tinarrage, discute-se que uma das principais discussões que circundam a execução penal dos crimes hediondos é a possibilidade de exigência de exame criminológico como requisito para progressão de regime. Isso porque, esse exame já foi obrigatório em Lei, a qual após revogada gerou uma lacuna que a Súmula Vinculante nº 26 (SV 26) do Supremo Tribunal Federal buscou colmatar. Frente a tal lacuna e as discussões emergentes, foi realizado um estudo empírico sobre o comportamento de casos no STF que pedem a progressão de regimes para condenados por crimes hediondos ou assim equiparados, verificando as nuances da aplicação dos requisitos para essa progressão. Para tanto, a pesquisa contou com uma produção empírica baseada em métodos de Machine Learning, a partir da criação de um modelo treinado para identificar decisões do STF relacionadas à SV 26. Além disso, o artigo apresenta uma exposição teórica sobre aspectos dogmáticos do exame criminológico e sua expressão jurisprudencial do STF. A partir dessa verificação, foram expostas descobertas sobre a persistência da exigência do exame e sobre a concentração de processos no STF tratando da progressão de regime nesses tipos de crimes.

No artigo “stalking e a tipificação do crime de perseguição da Lei 14132/21- um amparo à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade”, as autoras Evandra Mônica Coutinho Becker e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão discorrem que o stalking é um fenômeno cuja marca e as facetas são múltiplas. Tomados isoladamente, a miríade de

atos dos perpetradores, geralmente, não é ilegal em si. Esse aspecto explica, em parte, porque o stalking só é percebido tardiamente pela vítima, o que significa que a persecução penal só intervém muito tempo depois. Frequentemente, vários comportamentos de assédio não se enquadram na lei penal porque, tomados isoladamente, não parecem ameaçadores (como, enviar flores ou presentes). No entanto, a gama de atos de perseguição concebíveis é ampla e pode incluir crimes como: danos à propriedade ou transgressão, que podem ser, por si só, objeto de queixa. A presente pesquisa tem como objetivo geral apresentar a tipificação do stalking como crime mediante a legislação brasileira bem como a infração de direitos do cidadão. Assim, os objetivos específicos deste artigo buscam, conceituar o que é stalking e o que o abrange, explicar e descrever a tipificação do ato de stalking como crime na legislação brasileira, bem como a responsabilidade civil que o imputa, apresentar e descrever os direitos fundamentais do cidadão, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana e por fim, descrever como o crime de stalking fere os direitos da personalidade garantidos ao cidadão. Para desenvolvimento da pesquisa, as autoras se valeram do método de revisão bibliográfica. Por fim, concluiu-se que a lei 14.132/2021 foi essencial para especificar de forma clara e concreta o crime de stalking na atualidade, principalmente, mediante os avanços tecnológicas e a disponibilidade de diversas ferramentas para efetuar tal crime.

Observa-se, assim, que, como foi inicialmente dito, os autores incumbiram-se do compromisso de serem críticos e corajosos com vistas à maior e melhor adequação das práticas ao texto constitucional e das demandas da contemporaneidade em prol de um modelo integrado, proativo e transformador de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) uma ótima leitura! É o que desejam os organizadores.

Prof.a Dr.a Cinthia Obladen de Almendra Freitas- PUC-PR - cinthia.freitas@pucpr.br

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC - matheusfelipedecastro@gmail.com

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC – Dom Helder – Escola de Direito - lgribeirobh@gmail.com

# O EXAME CRIMINOLÓGICO SOB A PERSPECTIVA CRÍTICA: APONTAMENTOS SOBRE A SÚMULA VINCULANTE Nº 26 COMO POLÍTICA CRIMINAL

# CRIMINAL EXAM FROM A CRITICAL PERSPECTIVE: NOTES ABOUT BINDING LEGAL PRECEDENT 26 AS CRIMINAL POLICY

**Jessica Cristina de Moraes**
**Eduardo Bocalete Pontes Gestal**
**Sergio Nojiri**

**Resumo**

Esta pesquisa bibliográfica objetiva analisar a construção dos pensamentos criminológicos e sua contribuição para uma lógica de controle social idealizada a partir de mecanismos de exclusão e institucionalização (encarceramento) em massa, tendo como base de investigação a súmula vinculante nº 26 que possibilitou o uso continuado do exame criminológico como ferramenta de avaliação de progressão de regime na contramão da nova redação do artigo 112, da Lei de Execução Penal, pela Lei n.º 10.792/03, a qual havia revogado esta perícia nesse contexto da execução da pena. Para tanto, fazemos uma breve passagem sobre os discursos presentes nas escolas criminológicas, traçando um caminho entre os pensamentos criminológicos da Escola Clássica à Positiva à Sociológica até a Criminologia Crítica, demonstrando como o "outro" (apenados, doentes mentais, pessoas sem ocupação e demais indivíduos que não contribuíssem com a sua força de trabalho) sempre esteve na posição política e social de membro não desejável na sociedade. Após, discorremos acerca do exame criminológico e do seu uso durante a Execução Penal relacionado à apuração de mérito subjetivo à progressão de regime. Destacamos, ainda, os pontos de embate entre referenciais apoiadores e contrários ao uso do exame, na medida em que vislumbramos que essa perícia otimiza o período de cumprimento de pena em regime mais gravoso e reverbera as problemáticas do sistema penal na prática. Finalmente, tecemos comentários acerca da possível existência de fatores político-ideológicos na atuação Supremo Tribunal Federal com a edição Súmula vinculante nº 26.

**Palavras-chave:** Escolas criminológicas, Seletividade penal, Exame criminológico, Criminologia crítica, Súmula vinculante nº 26

**Abstract/Resumen/Résumé**

This bibliographic research aims to analyze the construction of criminological thoughts and their contribution to a logic of social control idealized from mechanisms of exclusion and institutionalization (incarceration) in mass, having investigating the binding legal precedent nº 26 that allowed the continued use of the criminological examination as a tool for evaluating the progression of prisional conditions against the new wording of article 112 of the Correctional Rehabilitation Law, by Law nº 10.792/03, which had revoked this expertise

in this context of the correctional rehabilitation. For this, we make a brief passage on the discourses present in criminological schools, tracing a path between the criminological thoughts from the Classical to the Positive, and Sociological School to the Critical Criminology, demonstrating how the "other" has always been in the political and social position of an undesirable member of society. Afterwards, we discuss the criminological examination and its use during the Correctional Rehabilitation related to the determination of subjective merit to the progression of prisional conditions. We also highlight the points of conflict between supporting and opposing references to the use of the exam, insofar as we see that this expertise optimizes the period of sentence in a more severe prisional condition and reverberates the problems of the penal system in practice. Finally, we make comments about the possible existence of political-ideological factors in the action of the Federal Supreme Court with the binding legal precedent nº 26.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Criminological schools, Penal selectivity, Criminological examination, Critical criminology, Binding legal precedent nº 26

## INTRODUÇÃO

A partir da nova redação do art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal (LEP), o exame criminológico, antes previsto para análise do preenchimento dos critérios subjetivos da progressão de regime, foi removido do texto legal para apuração do prognóstico delinquencial (Lei n.º 10.792/03).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, mediante a edição da Súmula vinculante nº 26, validou a utilização do exame criminológico como ferramenta para avaliação da progressão de regime. Diante dessa situação, questionamos: a autorização do exame criminológico, nesse contexto do expediente da progressão de regime, analisado mediante estudos dos pensamentos criminológicos, poderia indicar uma postura político-ideológica do Supremo Tribunal Federal?

A fim de responder essa pergunta, o presente artigo apresenta os discursos por trás das políticas criminais adotadas a partir das Escolas Clássica, Positivista e Sociológica até o nascedouro da reação social que, não muito após, findou na Criminologia Crítica. De acordo com a perspectiva crítica, classes dominantes reforçaram e ainda reforçam relações de poder por meio da exclusão e institucionalização do "outro"; do não desejável no convívio social; quais sejam, apenados, doentes mentais, pessoas sem ocupação e demais indivíduos impossibilitados de contribuir com a sua força de trabalho.

A seguir, o exame criminológico será apresentado a partir de uma análise histórica e política. Com base nessas premissas, serão apontadas algumas das problemáticas com relação ao uso do exame criminológico na Execução Penal, sobretudo, com base na insistência no uso desse tipo de exame pericial pelas Cortes brasileiras.

Em continuidade, buscamos analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal na edição da Súmula vinculante nº 26, de conteúdo contrário à alteração realizada pela Lei n.º 10.792/03. O posicionamento assunido pela Suprema Corte abre margem a uma possibilidade de vazão de uma preferência político-ideológica que será analisada por intermédio de reflexões criminológicas, especialmente o pensamento criminológico crítico.

## 1 DO CRIME À CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A análise do comportamento criminoso remonta à Antiguidade, em que já eram definidos tipos penais e cominação de penas para aqueles que infringissem a ordem como se observa, por exemplo, no Código de Hamurabi (PFEIFFER, 1920). Contudo, a análise

sistematizada com relação ao crime e ao criminoso data do nascimento das Escolas Criminológicas.

A maioria das abordagens criminológicas são focadas em fatores individuais (biológicos, psicológicos e teorias de escolha), sociais (teorias estruturais e processuais), econômicos e políticos (teorias do conflito) e fatores múltiplos (teorias do desenvolvimento) ou em perspectivas criminológicas existentes (SIEGEL, 2011, p. 13).

No entanto, a abordagem selecionada para este artigo foi a da criminologia crítica. Dessa forma, torna-se oportuno o pensamento de Foucault (2019, p. 79), para quem a exclusão dos não desejados no convívio social (leprosos, indivíduos sem ocupação, apenados e doentes mentais) seria um projeto de eliminação justificado ao longo do tempo por meio da legitimação da institucionalização em hospitais, casas de correção, prisões ou quaisquer outros ambientes afastados da sociedade.

Nessa perspectiva, as diretrizes da política criminal atenderiam a interesses de classes sociais dominantes, a propósito da perpetuação do capitalismo e da desigualdade social. A história da criminologia estaria, dessa forma, profundamente relacionada à história do desenvolvimento do capitalismo (BATISTA, 2011, p. 23).

O marco inicial da análise pode se dar, assim, a partir do momento em que passa a existir uma definição clara do "outro" como aquele indesejável na perspectiva política e econômica:

> A conquista da América implicou a construção de um "outro" nos índios americanos e, depois da devastação destes, nos negros africanos transportados como se fossem mercadorias. [...] A criação da identidade do "nós" e a unificação linguística e cultura foram produzidas por uma dupla função de expulsão e de inclusão das diferenças. Esta dupla função seria a característica dos sistemas penais e dos pensamentos criminológicos até a atualidade. (ANITUA, 2008, p. 81;86)

Aqui, novamente, oportuno o pensamento de Foulcault sobre a internação como um projeto de aniquilamento destinado aos incompatíveis e escorraçados das cidades e da sociedade (FOUCAULT, 2019, p. 259-260). De forma análoga, estendemos a caracterização a tudo o que se distancia do "normal", ou seja, a tudo o que se remete ao outro; ao que é do outro e à conduta do outro como contrário às ideologias das classes dominantes.

É nessa lógica que a exclusão por meio da institucionalização e disciplinamento surge como uma política de extermínio em relação aos não desejáveis, os quais, como se verá, são aqueles incapazes de contribuir economicamente com a sua força de trabalho. Ao perceber que castigos corporais não detinham a esperada eficácia de disciplinamento, foram implementadas políticas criminais alinhadas a outras formas de castigo, que expulsavam

prendendo e incluíam disciplinando[1], de acordo com as necessidades econômicas da época (ANITUA, 2008, p. 115-116).

Tomemos o exemplo de Cesare Beccaria, autor de *Dos delitos e das penas*, e maior expoente da Teoria Clássica. Beccaria, defensor do utilitarismo da pena, participou de um movimento que ajudou a romper com os castigos cruéis e excessivos aplicados no Antigo Regime. Sendo necessária a aplicação de pena, pensava Beccaria, deve-se observar a proporcionalidade entre o delito e a pena, devendo-se apenar para fins úteis e afinados com as necessidades sociais (ANITUA, 2008, p. 163). Nesse sentido, a Escola Clássica contribuiu para trazer para a ciência jurídica uma fundamentação filosófica, de definição do delito, da responsabilidade penal e da pena (BARATTA, 2011, p. 26)

Mas nem tudo são avanços. É possível vislumbrar no positivismo criminológico rastros de ideologia racista em políticas criminais, na qual a análise do crime se dá a partir do delinquente como indivíduo diferente dos normais. De acordo com Gabriel Anitua (2008, p. 298-299) a ideologia do século XIX, que classificava negros, doentes, apenados e demais indivíduos como "inferiores" foram irradiadas em teorias positivistas. A exemplo disso, a antropologia criminal defendida por Lombroso em *O homem delinquente* foi baseada na ideia de que o atavismo físico e mental poderia ser observado a partir de características anatômicas em indivíduos que estariam hereditariamente destinados ao cometimento de crimes (ALVAREZ, 2002, p. 679). A retórica de Lombroso é um reflexo da ideia de exclusão de classes desprivilegiadas a partir de um silogismo simplista: os encarcerados representam, necessária e consequentemente, o espelho da criminalidade[2].

Para Garófalo, o delito era natural em um sentido determinista da ideia, isto é, alguns indivíduos são propensos ao cometimento de crimes. Nesses casos, o cometimento de delito é uma consequência lógica de sua "delinquência natural", o que justificaria a pena de morte a propósito da seleção natural. O distanciamento entre "nós" e os "outros" ultrapassa, nessa ótica, até mesmo a considerada "*última ratio*" das punições, o encarceramento. Nada obstante, Garófalo foi responsável por inserir o conceito de "periculosidade" na análise penal. Para ele, a periculosidade seria uma "perversidade constante e ativa" por meio da qual deveria se basear a pena (ANITUA, 2008, p. 314-315) – conceito que, não por acaso, é a premissa ainda hoje utilizada em exames criminológicos para verificação da possibilidade de progressão de

[1] Os modelos criminológicos se encontram e se repelem, isto é, estão presentes de forma latente ou manifesta uns nos outros (ANITUA, 2008, p. 17), com efeito, considerando notadamente a influência positivista na criminologia da América Latina, não por acaso, "expulsar prendendo" e "incluir disciplinando" se assemelha à política criminal "res": reeducação, readaptação, ressocialização e reinserção.

[2] Enrico Ferri, que era próximo ao pensamento antropológico criminal de Lombroso, defendia a existência de penas indeterminadas a serem cumpridas em colônias agrícolas (ANITUA, 2008, p. 312-313).

regime, posto que esta análise não se dá em relação ao crime cometido, sim em relação à periculosidade do indivíduo, à possibilidade de reincidir.

No que se refere às teorias sociológicas, trazemos à baila a Escola de Chicago como uma das fontes idealizadoras das teóricas sociológicas criminais. A partir de um processo de imigração de países da Europa e de migração interna, do campo para as capitais, sobretudo Nova York, Detroit e Chicago, em razão da crescente industrialização e marco do capitalismo americano, surgiu um grande número de indivíduos com valores distintos das classes dominantes que já habitavam as capitais – ou, retomando conceitos já utilizados, surgiu um grande número de "outros" –, de modo a que a sociologia aparece para "solucionar" o "problema" da integração e do controle de uma sociedade que, naquele momento, era heterogênea, diversa do "nós" e estava em expansão, ou seja, surgiu para controlar a desorganização social e individual dos novos habitantes das capitais que possuíam costumes diversos da classe dominante (ANITUA, 2008, p. 409-411).

Importa mencionar Durkheim como expoente da sociologia criminal, de certa forma, disruptiva do positivismo. O autor se afastou do dualismo entre normal e anormal (patológico) ao classificar o normal apenas como o geral (não a regra), sendo patológicos os fatos que notadamente se distanciam dos habituais como, por exemplo, um índice exagerado de criminalidade e não o crime em si (ANITUA, 2008, p. 441).

Para Durkheim, o crime não deriva de uma doença social, pois é observado dentro da normalidade estatística, isto é, enquanto componente intrínseco da sociedade, o cometimento de crimes é esperado. Logo, a construção de normalidade/anormalidade e sanidade/insanidade/patologia é o resultado de observações que explicam o crime, nada mais e nada menos, do que como um fato social que fez e faz parte da história da humanidade: "o crime é necessário; está ligado às condições fundamentais de qualquer vida social, mas precisamente por isso, é útil; porque estas condições de que é solidário são elas mesmas indispensáveis à evolução normal da moral e do direito" (DURKHEIM, 2002, p. 82).

Em que pese a influência de vários autores da Escola de Chicago, que marginalizavam "outsiders"[3], Sutherland curiosamente era contrário ao nexo entre delito, pobreza e determinismo patológico ou genético. Acreditava que o comportamento delinquencial era aprendido por meio dos grupos sociais em que existem inclinações mais favoráveis à delinquência do que o contrário, de modo a que o crime poderia ser explicado e

[3] "Aquele que se desvia das regras de grupo" ou "[...] aquelas pessoas que são consideradas desviantes por outras, situando-se por isso fora do círculo dos membros 'normais' do grupo" (BECKER, 2008, p. 17).

observado tanto em classes baixas quanto em classes altas, sendo, no último caso, os crimes de colarinho branco (ANITUA, 2008, p. 491-495)[4].

A criminologia crítica, de seu lado, tem suas origens nos anos 60, em um ambiente de inconformismo social. A partir daí, surge o paradigma usualmente conhecido como da criminologia da "reação social", ou do estudo das instâncias "selecionadoras" do comportamento criminal" (RIBEIRO, 2010, p. 961), no qual a expulsão social dos não desejáveis tem a função social de um "bem-estar" (ANITUA, 2008, p. 571-572). E é justamente nesse contexto, que surge a teoria do etiquetamento ou "*labelling approach*", na qual são levantadas discussões acerca do que é desvio, quem é desviado e quem classifica o desviado como desviado. Logo, "o objeto do estudo da criminologia deixará desde então de ser o 'delinquente' e começará a ser as instâncias que 'criam' e 'administram' a delinquência" (ANITUA, 2008, p. 588). Ocorre, assim, uma espécie de inversão epistemológica: se antes a investigação partia da sociedade e das instituições para o "outro", agora a investigação parte dos outros para as instituições e a sociedade que rotula.

Finalmente, os pensamentos criminológicos críticos ganham forma no final do século XX, quando a criminologia dos Estados Unidos muda de foco a partir do revigoramento da teoria psicanalítica e do marxismo, bem como dos movimentos políticos dos anos 60 e 70 (BATISTA, 2011, p. 27). Dessa forma, a criminalidade passa a ser analisada a partir das necessidades econômicas vigentes em cada período histórico. Tecem-se inúmeros apontamentos acerca da mão de obra, do delito como algo natural na estrutura social, do autoritarismo estatal, da manipulação midiática, do sistema penitenciário, da patologização da delinquência, do rotulacionismo, dentre outros tópicos (ANITUA, 2008, p. 658-686).

Em síntese, a teoria crítica, com forte raiz nos estudos marxistas, pensa a criminalidade a partir das noções de desigualdade social. Isto é, trabalha a questão criminal a partir de relações de poder e das necessidades de ordem impostas por classes sociais que, sobretudo, visam a acumulação de capital (BATISTA, 2011, p. 23).

Em que pese as teorias criminológicas críticas não serem coesas em apenas um pensamento, há um ponto em comum entre elas: o compromisso com a transformação das desigualdades econômico-sociais por meio da reação social ao crime (SANTOS, 2006, p. 125). Em outras palavras, são desenvolvidas críticas às relações de poder perpetuadas no decorrer da história e utilizadas para institucionalizar e enraizar o ideal de imprescindibilidade

[4] Para Sutherland o garantismo penal dos criminosos de colarinho branco, no caso, a proteção destes em face do poder punitivo estatal, mais se aproxima de uma justiça que penaliza pobres e garante a liberdade de ricos do que da garantia de direitos humanos (ANITUA, 2008, p. 497).

de punição e exclusão de determinados grupos sociais de um lado e, de outro, para proteger os ideais próprios da classe dominante.

Assim, não restam dúvidas de que a criminologia crítica percebe a criminalidade como a consequência causal de uma sociedade capitalista, que, na intenção de fomentar a desigualdade social e manter a dominância de determinadas classes, incentiva relações de poder em desfavor de classes desprivilegiadas para acumular riqueza[5].

Não diferente, para Michel Foucault (2019, p. 6) os mecanismos de exclusão social sempre estarão presentes na história, manifestando-se em técnicas de prevenção e defesa social por meio da vinculação do réu a tipos normativos específicos, gerando uma análise da interioridade da pessoa em julgamento que degrada a verdade processual ao passo que as decisões do juízo não residem em motivações de fato, sim em um convencimento intimamente subjetivo (FERRAJOLI, 2002, p. 37); o que denominamos de fatores extralegais.

Embora decisões institucionais de encarcerar e hospitalizar sejam pautadas em um discurso técnico e idealmente imparcial, existem inúmeros fatores extralegais como ideologias, predileções pessoais conscientes ou inconscientes, vieses e interesses políticos que influenciam na tomada de decisão, de cidadãos comuns a magistrados e instituições governamentais, como argumenta o realismo jurídico[6]. No acurado olhar de Lola Anyar de Castro (2005, p. 237), o controle social se ramifica em duas porções: o formal das instituições e da lei e o informal ou extrapenal vinculado a fatores externos (religião, família, opinião pública etc.) que definem a quem o processo de criminalização chamará de criminoso.

Dessa forma, a seletividade penal não só é uma constante nos pensamentos criminológicos, mas também nas políticas criminais. É um processo seletivo criminalizante na sanção de leis penais que incriminam ou permitem a punição de determinados indivíduos e na ação punitiva exercida sobre as pessoas (BATISTA, 2003, p. 43).

A partir dessa perspectiva, é possível afirmar que "o capital precisa do "lugar político do outro" para exercer a sua unidade política" (BATISTA, 2011, p. 34). Nesse sentido, o

---

[5] "Toda e qualquer avaliação sobre a interioridade de alguém é inquisitiva, visto estabelecer juízos sobre a interioridade do agente. Também é autoritária, devido às concepções naturalistas em relação ao sujeito autor do fato criminoso" (LOPES JÚNIOR, 2007, p. 394).

[6] Ver sobre Realismo Jurídico e os fatores extralegais na tomada de decisão em: TUMONIS, Vitalius. Legal Realism & Judicial Decision-Making. Jurisprudencija, Vilnius, n.19, p. 1361-1382, 2012.; FRANK, Jerome; BIX, Brian H. Law and the modern mind. Estados Unidos: Routledge, 2017.;CESTARI, Roberto Tagliari. Decisão judicial e realismo jurídico: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2016.; HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, 2017.

internamento é uma forma encontrada pelo Estado de eliminar os indesejáveis, distribuindo-os em prisões, casas de correção, hospitais psiquiátricos ou gabinetes de psicanalistas (FOUCAULT, 2019, p. 79). Logo, a criminologia, ao não questionar, legitima e atribuí cientificidade ao sistema penal, fomentando a consagração do Direito Penal como uma forma de controle social (ZAFFARONI, 1988, p. 9).

No que se refere ao uso do exame criminológico como uma busca da periculosidade do criminoso, Vera Malaguti Batista (1997, p. 77), de forma bastante crítica, afirma que os psicólogos, enquanto operadores secundários do sistema, em tese, nele entrariam para "humanizá-lo", porém, na prática, segundo seu ponto de vista, revelam pareceres técnicos moralistas, segregadores e racistas, "carregados daquele olhar lombrosiano e darwinista social erigido na virada do século XIX e tão presente até hoje nos sistemas de controle social".

## 2 EXAME CRIMINOLÓGICO: TEORIA E PRÁTICA

Num breve apanhado histórico, o delineamento inicial do exame criminológico ocorreu em 1890, no Congresso Internacional Penitenciário de St. Petersburgo, quando Cesare Lombroso defendeu a relevância da aplicação de uma enquete social e de um exame médico-psicológico aos apenados para que, da análise de fatores sociais, médicos e psicológicos, fosse possível entender o comportamento criminoso e determinar um método de tratamento (COSTA, 1989, p. 35). Nesse passo, não diferente das ideias iniciais, o exame criminológico pode ser conceituado hoje como uma ferramenta destinada a avaliar por métodos científicos o apenado em suas perspectivas biológicas, psicológicas e sociais, sendo a ferramenta utilizada para analisar a personalidade do apenado com relação ao crime ou, dito de outra forma, avalia-se a personalidade do apenado e o fato praticado na intenção de explicar a dinâmica criminal a fim de propor intervenções para recuperação e fornecer dados acerca do risco de reincidência (MIRABETE, 2004).

Para Bitencourt, Pitombo, Costa e Sá (1988, p. 267; 1984, p. 37; 1989, p. 282; 2007, p. 193) o exame criminológico é destinado a reunir o maior número possível de informações com relação ao apenado, fornecendo todos os dados necessários para o exame médico, biológico e social na individualização da pena, possibilitando recomendações para melhor otimização da execução e maior eficácia da pena de reclusão, bem como possibilitando dimensionar a possibilidade de reincidência. Com efeito, o exame criminológico se trata de uma investigação acerca de fatores pessoais, sociais, psíquicos, psicológicos e familiares com

o único fim de revelar traços da personalidade do apenado relativos que acenam (ou não) para futura reincidência (BITENCOURT, 2020, p. 459)

Percebemos que tanto os defensores quanto os críticos do exame criminológico não divergem ao menos com relação aos aspectos constitutivos e idealizadores da perícia. A divergência se encontra na efetividade (ou não) do exame criminológico quando analisadas teoria e prática.

Na teoria, a avaliação psicológica se trata de uma atividade exclusiva do psicólogo (Lei n.º 4.119/62) reservada a "conhecer fenômenos e processos psicológicos por meio de procedimentos de diagnóstico e prognóstico e, ao mesmo tempo, aos procedimentos de exame propriamente ditos para criar as condições de aferição ou dimensionamento dos fenômenos e processos psicológicos conhecidos" (ALCHIERI; CRUZ, 2010, p. 24), devendo a realização do exame criminológico ocorrer por meio de um entrevista dinâmica conduzida por uma equipe multidisciplinar (psicólogo, psiquiatra e assistente social).

Contudo, na prática, o exame criminológico tem sido realizado por psicólogos sem o auxílio de demais profissionais, ou seja, sem o auxílio de uma equipe multidisciplinar, sendo, portanto, a avaliação estritamente psicológica realizada não para o fim de individualização da pena, como previu o legislador, sim para realizar o prognóstico de reincidência (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2010, p. 67-68).

Ainda com relação à implementação do exame criminológico na execução penal, destacamos o posicionamento do Conselho Federal de Psicologia (CFP) ao editar: a) a Resolução CFP n.º 009/2010: vedando a realização da perícia por psicólogos atuantes nos estabelecimentos prisionais e proibindo a elaboração de documentos com a finalidade de subsidiar as decisões judiciais (artigo 4º); b) as Resoluções CFP n.º 19/2010 e 02/2011: suspendendo a resolução anterior ante ao ajuizamento de Ação Civil Pública (ACP) pelo Ministério Público Federal[7].

No tocante à primeira resolução, percebemos uma tentativa de abolir de uma vez por todas o exame criminológico para fins de progressão de regime. Já com a edição das últimas, percebemos a recuada da recomendação ao passo que, diante da ACP, o Conselho Federal de Psicologia se viu obrigado a dar nova edição ao art. 4º para vedar nos exames da execução

[7] Ação Civil Pública nº 5028507-88.2011.404.7100/RS.

penal a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, aferição de periculosidade e estabelecimento de nexo causal a partir do binômio delito-delinquente (§ 1º)[8] .

Acontece que, na contramão dos entendimentos das Cortes Superiores, o Conselho Federal de Psicologia (2010, p. 55) argumenta que a implementação do exame criminológico na Lei de Execução Penal se deu sem qualquer consulta à categoria de psicólogos e que avaliar se o apenado reúne ou não condições para progredir de regime e ganhar liberdade são funções impossíveis para os psicólogos, pois "desnaturalizar, ouvir, incluir, respeitar as diferenças, promover a liberdade são missões do psicólogo; classificar, disciplinar, julgar, punir são missões impossíveis para o psicólogo".

Com efeito, a partir de uma sucinta apresentação do exame criminológico e tendo em mente uma simples e genérica premissa de que as unidades prisionais visariam cercear a liberdade de criminosos por determinado lapso temporal a fim de que possam reunir condições de se readequarem ao meio social nesse período de encarceramento, podemos incitar o questionamento de como poderia se mensurar essa aptidão de readequação?

Nesse sentido, conforme verificamos no Código Penal (CP) e na LEP, atualizada, o Direito Penal brasileiro adota um sistema progressivo de execução das penas, em que, mediante a satisfação de determinados requisitos, os sentenciados a penas privativas de liberdade alcançam o direito de serem gradativamente transferidos a um regime menos rigoroso, além de outros direitos executórios[9].

Na legislação, os requisitos para o alcance da progressão de regime são dois: um objetivo, baseado no cumprimento de uma porcentagem de pena (artigo 112, da LEP); e outro subjetivo, fundamentado pela exigência do bom comportamento carcerário atestado pelo diretor da unidade (§ 1º do artigo 112, da LEP). Colocado isso, insistimos em indagar se somente a análise a partir dos quesitos do exame criminológico seria suficiente à apuração da possibilidade de sua readequação social (ressocialização).

Dessa forma, ressaltamos o que explicam Reishoffer e Bicalho (2017) sobre a redação original da LEP, no art. 112 §único, o qual antes previa um terceiro requisito (ou um complemento ao requisito subjetivo) à progressão que seria o exame criminológico, tratando-se de uma avaliação técnica e multidisciplinar dos sentenciados que poderia ser feita preferencialmente por profissionais da Psiquiatria, Psicologia e Serviço Social, a pedido do

[8] O Conselho Federal de Psicologia interpôs recurso de apelação, que foi desprovido pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão proferido em 26/08/2015. A decisão transitou em julgado em 09/10/2015.

[9] A exemplo do livramento condicional e saídas temporárias.

juízo, com a finalidade de apurar a personalidade do apenado, periculosidade, eventual arrependimento e a possibilidade reincidência.

Em continuidade, Penido e Gonçalves (2015) ao estudarem as exposições de motivos da LEP entenderam que o motivo principal da previsão do exame seria de apurar a probabilidade do sentenciado de delinquir para que possa ser autorizado seu acesso ao regime mais brando. Em outras palavras e de maneira mais detalhada, a exposição de motivos nº 213, de maio de 1983, acerca da instituição da LEP, cuida do exame criminológico como um corolário da presunção de inocência e um incentivador da política de ressocialização[10]. Nesse passo, o exame criminológico seria obrigatório para aqueles que foram sentenciados à pena privativa de liberdade em regime fechado devido à gravidade do delito ou às condições pessoais do agente.

Pesquisas narram que o exame criminológico continua sendo utilizado (SANTOS, 2013; PENIDO; GONÇALVES, 2015; REISHOFFER; BICALHO, 2017), pois, embora tenha sido revogado da LEP pela Lei n° 10.792/2003, parte da jurisprudência resistiu em aboli-lo, até que em 2009 o Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula vinculante nº 26, formalizou a faculdade de realização do exame desde que mediante decisão fundamentada.

No entanto, o exame criminológico empregado no Brasil também tem sido alvo de críticas.

Sobre os problemas a serem destacados, Santos (2013) faz menção a morosidade do procedimento[11], falta de profissionais técnicos – com raríssima participação de psiquiatra -, demanda exagerada à quantidade de peritos e ausência de acompanhamento do apenado com a concentração da avaliação em breve e única entrevista. Em síntese, Santos (2013) critica a carência de recursos materiais e humanos, os laudos morosos, lacônicos, superficiais, genéricos e de conteúdo repetitivo.

Além disso, o exame criminológico trouxe dilemas e embates à classe profissional da psicologia, haja vista que, como apontado anteriormente, ao passo que o Conselho Federal de Psicologia tentou retirar a obrigação de que os psicólogos fizessem o exame, foi necessário um recuo ante à propositura de ação civil pública da Procuradoria do Rio Grande do Sul

[10] Artigo 1º da LEP: "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (BRASIL, 1984).

[11] As progressões de regime são realizadas através de expedientes para verificação do cumprimento dos requisitos por parte do juízo, o qual pode deferir ou não a progressão. Contudo, muitas vezes, o requisito objetivo, no caso o tempo de cumprimento em determinado regime já foi alcançado, mas pode ocorrer do expediente de progressão ficar suspenso por ter de aguardar a realização do referido exame quando determinado, sendo esta a morosidade apontada pela autora, que faz os apenados terem de esperar mais tempo que o necessário no regime mais rigoroso.

(SANTOS, 2013; PENIDO; GONÇALVES, 2015; REISHOFFER; BICALHO, 2017). Quanto a isso, Reishoffer e Bicalho (2017) esclarecem que os profissionais da psicologia ficam com um impasse de terem de se submeter a práticas que podem reproduzir um sistema punitivista acrítico que contradiz o código de ética e os compromissos sociais da profissão.

Em resumo, a questão acerca do exame criminológico resvala em vários tópicos como a inconstitucionalidade ante à violação dos direitos constitucionais de liberdade de consciência, formação da personalidade, livre manifestação do pensamento, intimidade e à vida privada (CARVALHO, 2007, p. 161), a aplicação da pena sobrelevando a personalidade do indivíduo em função do delito (RAUTER, 2003, p. 83) e o próprio descrédito da classe psicológica em utilizá-lo (CFP, 2010).

De toda sorte, pensamos que o tópico mais importante dessa discussão seja o estímulo que o exame criminológico continua recebendo como requisito subjetivo para a progressão de regime, como se vê na atuação do Supremo Tribunal Federal na edição da Súmula vinculante n.º 26.

## 2.1 Posicionamentos favoráveis ao uso do exame criminológico: questões para debate

Embora objeto de severas críticas, há quem defenda a aplicação do exame criminológico. Dentre eles, encontram-se Julio Fabbrini Mirabete, Manoel Pedro Pimentel, Alvino Augusto de Sá, Sérgio Moraes Pitombo e Guilherme de Souza Nucci. Em síntese (SANTOS, 2013, p. 95-99), esses autores argumentam que profissionais de outras áreas auxiliam o juízo, de maneira que a avaliação das condições pessoais dos apenados, seja realizada de uma forma mais válida e confiável, garantindo maior segurança ao Judiciário em constatar a situação do encarcerado em progredir de regime. Ademais, argumenta, que somente o comportamento carcerário seria insuficiente para avaliar o requisito subjetivo dos sentenciados, pois:

> No contexto da Execução Penal, o comportamentalismo aparece como referência à avaliação meritória do condenado para aquisição de benefícios legais. Quanto a esse aspecto, a supervalorização pragmática da abordagem comportamentalista, agora afirmada, também, com a supressão do exame criminológico, representa obstáculo à efetivação do ideal ressocializador da pena, haja vista que a exteriorização do comportamento carcerário, submetido a regras dessocializadoras, não corresponde ao comportamento que se espera, em liberdade, do condenado. (IENNACO, 2005, p. 143)

De acordo com essa linha de pensamento, apreciar apenas o comportamento carcerário do apenado não adiantará para vislumbrar sua aptidão a receber uma maior

liberdade. Portanto, isso comprometeria o caráter “ressocializador” da pena, além de sua individualização, uma vez que sem um estudo mais robusto sobre a subjetividade do apenado como o que seria feito pelo exame criminológico, seria mais difícil adequar as finalidades da pena ao sujeito (SANTOS, 2013).

No mais, os que prezam pelo uso do exame criminológico vêm sua pertinência legal como recurso de averiguar o mérito do condenado previsto no art. 33, § 2º do CP. Além de o considerarem como garantidor do princípio da individualização da pena, sua ausência atentaria contra os direitos dos apenados no tocante ao preceito constitucional de acesso à jurisdição, porque somente o atestado de comportamento carcerário vincularia o Judiciário a mera homologação de documento, tornando o expediente de progressão um procedimento administrativo e não judicial (SANTOS, 2013).

Como último apontamento de proteção ao exame criminológico, a síntese de Santos (2013) aborda uma crítica de que embora se reconheça que o exame criminológico possa ter problemas na prática, a forma de resolver seria com maior investimento em sua estrutura para aperfeiçoá-lo, sendo que essa oportunidade é perdida se apenas se extinguir essa perícia.

Expostos os pontos defensivos do exame criminológico, passemos a uma análise crítica desses argumentos.

Embora em teoria o exame criminológico aparente ser um recurso técnico e multidisciplinar que trará um suporte científico e auxiliador ao Judiciário, na prática, ele tende a ser precário por falta de profissionais, ocasionando atrasos, falta de continuidade na avaliação, que reflete em uma carência de qualidade dos laudos (SANTOS, 2013; FRANÇA; PACHECO; TORRES, 2016, p. 28-29).

Reishoffer e Bicalho avaliam que o argumento estrutural/institucional (impossibilidade de reabilitação em razão da precariedade do sistema carcerário ante à superlotação, alimentação insuficiente e supressão de direitos) não se sustenta. Para eles, o exame criminológico tem a única função de defender a ordem institucional e os princípios de marketing e propaganda das referidas instituições prisionais, ainda quando as penitenciárias possuem estrutura suficiente como no caso de penitenciárias federais de segurança máxima e aquelas construídas por meio de parcerias público-privados (PPP), onde, respectivamente, há um preso por cela e no máximo quatro presos por cela, sendo as necessidades básicas asseguradas e havendo maior oferta de trabalho e estudo, ou seja, onde, ao menos em tese, a função ressocializadora estaria mais próxima da efetividade. Mesmo nesses locais, eles entendem que o exame criminológico serve para a manutenção da lógica de exclusão social

através da máquina carcerária. O preso, ainda que bem-comportado, apenas obedeceria e perpetuaria a rotina do cárcere (REISCHOFFER E BICALHO, 2017, p. 42).

Reishoffer e Bicalho argumentam, ainda, que os magistrados solicitam o exame apenas para fundamentar suas decisões e que inexiste uma "crise" na realização do exame criminológico por falta de critérios técnicos/científicos ou defasagem de profissionais. Para eles, o exame criminológico tem o propósito específico de rotular e estigmatizar uma classe bem definida de criminoso por meio de procedimentos a que se atribui cientificidade, reforçando, assim, a seletividade penal (REISCHOFFER; BICALHO, 2017, p. 41).

Um ponto que merece reflexão diz respeito ao fato de que o exame criminológico aparentemente não tem trazido benefício algum ao apenado, uma vez que os resultados que decorrem dele são de obstar a progressão de regime ou de ratificá-la sendo que, neste último caso, o condenado já tinha garantidos os requisitos legais.

A seguir, abordaremos a questão normativa do exame criminológico, oportunidade em que investigaremos a conduta do Supremo Tribunal Federal na edição da Súmula vinculante nº 26.

## 3 SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA DO JUDICIÁRIO?

Como já pontuamos anteriormente, o exame criminológico era previsto na redação original da LEP, mas essa previsão foi revogada pela Lei nº 10.792/03. No entanto, mesmo com a retirada do texto legal, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula vinculante nº 26 facultando o uso da perícia desde que por decisão fundamentada.

No dia 16 de dezembro, de 2009, os ministros do Supremo Tribunal Federal votaram a proposta de Súmula vinculante nº 30, sob relatoria do Ministro Presidente Cezar Peluzo, que resultou na aprovação e edição da Súmula vinculante nº 26. Verificamos nos votos que os principais fundamentos favoráveis à edição da súmula se pautaram no entendimento de que a Lei nº 10.792/03 apenas removeu a obrigatoriedade do exame criminológico à progressão de regime, não impedindo que sua utilização seja facultativa mediante decisão fundamentada, além disso, o exame criminológico pode ser visto como um recurso pertinente à aferição do requisito subjetivo à progressão.

Apenas um ministro, Marco Aurélio, foi contrário à aprovação da súmula e teve seu voto vencido. Quanto aos seus motivos, entendemos que foram dois: a) de que o Supremo Tribunal Federal estaria adotando uma ilegítima postura legislativa, uma vez que a nova lei

removeu a previsão legal do exame criminológico; b) na ausência de norma específica, não há possibilidade de interpretação analógica *in malam partem* no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o entendimento pela possibilidade do uso do exame criminológico, como mais um aspecto determinante para o resultado do expediente de progressão de regime, é claramente mais prejudicial ao apenado (BRASIL, 2009).

Nessa lógica, se o exame criminológico não se configura um método científico, neutro, eficaz e preventivo, trata-se de um produto criado a partir de políticas criminais baseadas em controle social legitimadas pelo Direito Penal (RAUTER, 2003, p. 86). Ademais, a busca pela periculosidade por meio do prognóstico delinquencial, que se resume a quantificar preditores do comportamento criminoso (reincidência, causas, fatos desfavoráveis na infância, no ambiente social, educacional etc.), a propósito de prever o futuro do criminoso, demandaria o estabelecimento de dezenas de outros fatores de medição (EAGLEMAN; FLORES, 2019, p. 43-44). Além disso, acaba incidindo-se em mais uma responsabilização penal pelas suas condições pessoais, e não pelo fato delituoso em si (PENIDO; GONÇALVES, 2015; REISHOFFER; BICALHO, 2017).

Diante de todas essas controvérsias que giram em torno do exame criminológico, tendo ele até mesmo sido removido do texto legal para a progressão de regime após a nova redação do artigo 112, da LEP, por que a Corte Superior brasileira autorizou o seu uso enquanto perícia técnica, voltada para a análise do nível de periculosidade do criminoso?

Uma das respostas possíveis pode estar na ideologia positivista da exclusão dos não desejáveis, ou seja, em uma série de pensamentos criminológicos apoiadores do encarceramento em massa e de pensamentos criminológicos que usa de argumentos técnico-científicos para validar vieses e interesses políticos. Como apontam Reishoffer e Bicalho (2017, p. 42), a ideologia por detrás de políticas criminais, observada em muitas das decisões judiciais, não se afina com a finalidade ressocializadora da pena, como intentou o legislador primário.

Pensando a questão a partir da criminologia crítica, que aponta para uma lógica de aprisionamento de indesejáveis (FOUCAULT, 2019) e para uma política criminal de encarceramento e controle social (BATISTA, 2011), intensa na América Latina (ZAFFARONI, 1996), o exame criminológico pode vir a ser um recurso para garantir o período em que o apenado cumpre pena no regime mais gravoso.

Dessa forma, levantamos a possibilidade de que essa política de aprisionamento calcada em princípios positivistas tenha induzido a edição da Súmula vinculante nº 26. Até porque pesquisas apontavam que muitos juízos de execução criminal se recusaram a

abandonar a prática do exame (PENIDO; GONÇALVES, 2015; REISHOFFER; BICALHO, 2017), inclusive de modo que juízes e promotores realmente aparentavam que deliberadamente não concordavam e respeitavam a mudança trazida pela Lei nº 10.792/03 na prática (SANTOS, 2013).

À vista disso, Mello (2018, p. 713), analisando como as cortes decidem, notadamente o Supremo Tribunal Federal, aponta que o comportamento judicial legalista não está por trás das decisões difíceis. Aponta que os modelos de comportamento ideológico e estratégico representam maior influência na tomada de decisão ao passo que, em casos difíceis, os magistrados tendem a decidir de acordo com suas convicções ideológicas e, na hipótese de o formalismo ser o limite desta aplicação, o modelo estratégico é trazido à baila para que os magistrados profiram votos a propósito de maximizar benefícios e influenciar o Direito, de modo que o avanço na área jurídica se afine com as suas preferências. Isso porque, considerando que um juiz constitucional não decide sozinho, para que prevaleça o seu entendimento se faz necessário proferir decisões que serão respaldadas pela maioria da Corte, que sejam cumpridas pelos Poderes e que contem com a aprovação da opinião pública, até porque, no caso do STF, suas decisões têm caráter vinculativo.

Em outras palavras, seja em função do modelo atitudinal ou ideológico (em que a decisão judicial é influenciada por fatores político-ideológicos); seja em função do modelo estratégico (no qual a decisão judicial, também motivada por preferências políticas dos magistrados, é baseada em juízo de valor de custos e benefícios, em que a decisão será adotada levando em consideração a melhor escolha possível - ir ao encontro das decisões de instâncias superiores, aprovação social e familiar, reconhecimento etc.); e/ou seja em função do modelo psicológico (a decisão judicial é formada a partir de dois processos: uma decisão intuitiva e rápida justificada posteriormente por argumentos e fundamentos jurídicos e também por vieses cognitivos - viés de confirmação, ancoragem) (CESTARI, 2016, p. 70-112), podemos perceber que o processo de tomada de decisão para (re) inserir o exame criminológico para efeitos de progressão penal (Súmula vinculante nº 26), a dissenso da normativa legal, pode ter sido motivada por fatores extralegais.

Sob a análise da criminologia crítica, vislumbramos que a manutenção do exame criminológico, como uma preferência de política penal e carcerária, especialmente do direito, teve sua maior exteriorização com a edição e manutenção da Súmula vinculante nº 26.

A questão que destacamos é a da possível influência ideológica que prevaleceu sobre a formalidade jurídica.

## CONCLUSÕES

De acordo com os pensamentos criminológicos percorridos, é notável como diversas formas de controle social foram implementadas pelas instituições a propósito de marginalizar, segregar e excluir os indivíduos considerados indesejáveis pelas classes dominantes. Ao menos essa é a análise sob a ótica da criminologia crítica, que considera a existência do crime sob uma perspectiva de controle social, em que instituições desenham projetos de expurgo e seletividade penal.

Se considerarmos que a criminologia tradicional foi alicerçada em políticas positivistas e que essas práticas repercutem nas decisões tomadas por todas as instâncias de controle social, o que inclui o Poder Judiciário, é possível que esse contexto positivista tenha encontrado alguma vazão no discurso adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao legitimar o exame criminológico como método válido de perícia, ainda que em desacordo ao texto legal.

Por trás de uma decisão de aparência legalista, pode sempre haver a incidência de fatores extralegais de teor ideológico. Caso consideremos a edição da Súmula vinculante nº 26 como excludente e seletiva, podemos também assentir que, em alguma medida, houve uma incidência de fatores extralegais no processo de tomada daquela decisão.

Sob a perspectiva da criminologia crítica, o uso do exame criminológico pode reforçar uma lógica de perpetuidade das relações de poder sustentadas pelas instituições. A perícia, nesse sentido, pode servir para aumentar o tempo de cumprimento de pena no regime mais gravoso, mesmo quando já cumpridos os requisitos legais à progressão. Essa situação somente reproduz as problemáticas do sistema penal, e tende a responsabilizar ainda mais o indivíduo pela sua personalidade.

Tendo em mente o processo de criminalização e estigmatização de classes sociais desfavorecidas, política e socialmente, foi utilizado o pensamento criminológico crítico, diverso e afastado dos dogmas do positivismo criminológico, no qual valores de criminalização seriam transformados, com o propósito de se abolir a seletividade do sistema penal.

## REFERÊNCIAS

ALCHIERI, João Carlos; CRUZ, Roberto Moraes. **Avaliação psicológica**: conceito, métodos, medidas e instrumentos. São Paulo: Casa do Psicólogo. 2010.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 45, p. 677-704, 2002.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. Entrevista: todo crime é político. **Revista Caros Amigos**, São Paulo, ano 7, n. 77, ago. 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. O proclamado e o escondido: a violência da neutralidade técnica. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, n. 3, 1997, p. 77-86.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral – volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 [...]. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 9 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Decisão liminar. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 26**. [...]podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2009]. Disponível em: stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271. Acesso em: 2 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de súmula vinculante nº 30**. [...]. Relator: Min. Cesar Peluzo, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608502. Acesso em: 23 ago. 2022.

BECKER, Howard S. **Outsiders:** estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

CARVALHO, Salo de. O (novo) papel dos “criminólogos” na execução penal: as alterações estabelecidas pela Lei 10.792/03. *In*: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à Execução Penal**. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 159-173.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CESTARI, Roberto Tagliari. **Decisão judicial e realismo jurídico:** evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2016.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução nº 19, de 02 de setembro de 2010**. Suspende os efeitos da Resolução CFP nº 009/2010, que regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional, pelo prazo de seis meses. Brasília, DF. Disponível em: pol.org.br/pol/cms/pol/legislacao/resolucao/. Acesso em: 31 de ago. de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução nº 2, de 04 de fevereiro de 2011**. Prorroga a suspensão dos efeitos da Resolução CFP nº 009/2010. Brasília, DF. Disponível em: pol.org.br/pol/cms/pol/legislacao/resolucao/. Acesso em: 31 de ago. de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução nº 9, de 29 de junho de 2010.** Regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional. Brasília, DF. Disponível em: site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_009.pdf. Acesso em: 31 de ago. de 2022.

COSTA, Alvaro Mayrink da. **Exame criminológico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

DE SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

EAGLEMAN, David M.; FLORES, Sarah Isgur. Definindo um índice de neurocompatibilidade para sistemas de justiça criminal: um quadro para alinhar a política social com a ciência cerebral moderna. *In*: NOJIRI, Sérgio (org.). **O Direito e suas interfaces com a Psicologia e a Neurociência**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2019, p. 37-50.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRANÇA, Fátima; PACHECO, Pedro; TORRES, R. **O trabalho da (o) psicóloga (o) no sistema prisional:** problematizações, ética e orientações. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016.

FRANK, Jerome; BIX, Brian H. **Law and the modern mind**. Estados Unidos: Routledge, 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, 2017.

IENNACO, Rodrigo. A supressão do exame criminológico como (mais um) obstáculo à efetividade da execução penal: revisitando o paradigma behaviorista. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal**, Brasília, v. 1, n. 18, p. 133-144, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. *In*: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. "A vida como ela é": comportamento estratégico nas cortes. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 688-718, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PENIDO, Flávia Ávila; GONÇALVES, Jordânia Cláudia de Oliveira. O restabelecimento do exame criminológico através da súmula vinculante n. 26: uma manifestação do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 621-636, 2015.

PITOMBO, Sérgio Moraes. Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico. **Revista dos Tribunais**, Brasil, v. 583, p. 312-315, 1984.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REISHOFFER, Jefferson Cruz; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho de. Exame criminológico e psicologia: crise e manutenção da disciplina carcerária. **Fractal:** Revista de Psicologia, [*s. l.*], v. 29, n. 1, p. 34-44, 2017.

RIBEIRO, Homero Bezerra. A necessidade de superação do paradigma criminológico tradicional: a Criminologia Crítica como alternativa à ideologia da "Lei e Ordem". *In*: CONSELHO DE PESQUISA EM GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. **Anais XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, v. 19, p. 951-979, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado (3. Turma). Apelação nº 5028507-88.2011.404.7100/RS. [...]. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 28 de agosto de 2015. Disponível em: jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/429695337/inteiro-teor-429695375. Acesso em: 20 ago. 2022.

SANTOS, Dayana Rosa dos. **O exame criminológico e sua valoração no processo de execução penal**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: Lúmen Júris, 2006.

SIEGEL, Larry J. **Criminology:** the core. 4. ed. Estados Unidos: Cengage Learning, 2011.

TUMONIS, Vitalius. Legal Realism & Judicial Decision-Making. **Jurisprudencija**, Vilnius, n.19, p. 1361-1382, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología:** aproximación desde um margen. Bogotá: Temis. 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 2. ed. Rio de Janeiro: Revam, 1996.