

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRUNO JACOBY DE LAMARE

A RESPONSABILIDADE DO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL NA EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CORRELAÇÃO ENTRE OS FATORES SOCIOLÓGICOS DE QUE EXPLICAM AS DIVERGÊNCIAS ENTRE O DISCURSO DO DIREITO E DA PSICOLOGIA QUANTO À EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO DE REGIME E OS MODELOS DOGMÁTICOS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA.

Orientador: Ney Fayet de Souza Júnior
Porto Alegre
2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

BRUNO JACOBY DE LAMARE

**A RESPONSABILIDADE DO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL NA EXPANSÃO DO
PODER PUNITIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CORRELAÇÃO ENTRE OS
FATORES SOCIOLÓGICOS QUE EXPLICAM AS DIVERGÊNCIAS ENTRE O
DISCURSO DO DIREITO E DA PSICOLOGIA QUANTO À EXIGÊNCIA DE EXAME
CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO DE REGIME E OS MODELOS DOGMÁTICOS
DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA.**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de
Pós-Graduação em Ciências Criminais da
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul.

Orientados: Dr. Ney Fayet de Souza Júnior

Porto Alegre

2017

BRUNO JACOBY DE LAMARE

**A RESPONSABILIDADE DO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL NA EXPANSÃO DO
PODER PUNITIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CORRELAÇÃO ENTRE OS
FATORES SOCIOLÓGICOS QUE EXPLICAM AS DIVERGÊNCIAS ENTRE O
DISCURSO DO DIREITO E DA PSICOLOGIA QUANTO À EXIGÊNCIA DE EXAME
CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO DE REGIME E OS MODELOS DOGMÁTICOS
DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA.**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de
Pós-Graduação em Ciências Criminais da
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: Porto Alegre, 08 de dezembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ney Fayet de Souza Júnior (orientador)

Prof. Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha (PUCRS)

Prof. Dr. Marcos Rolim (UFSM)

Porto Alegre
2017

*À Andressa e à Isabela, por quem faço tudo o que
faço e em virtude de quem sofro por perceber que fazê-lo
implica não estar tão próximo como deveria estar.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à minha família, sobretudo às minhas irmãs, Renata, Maria Paula e Luciana, e aos meus pais, Renato Luis e Maria Cecília, sem cujo esforço financeiro minha formação não teria sido possível e cujo exemplo de priorização da honestidade e da educação como valores fundamentais eu espero transmitir aos meus filhos.

Aliás, falando em família, agradeço à Ana Luísa dos Santos Borges por não me deixar esquecer que, tão ou mais importante que os laços de sangue, é o exemplo daqueles cujo amor incondicional nos faz ter a certeza de que jamais estaremos sozinhos.

Agradeço, também, ao meu orientador, Prof. Dr. Ney Fayet Júnior, não apenas por sua colaboração científica e por seus recorrentes (e necessários) esforços para conferir alguma objetividade aos meus devaneios, como também por sua pronta disponibilidade de auxiliar, inclusive franqueando acesso à intimidade de sua residência, sempre na gentil e receptiva companhia de um mate.

Agradeço, ainda, aos amigos magistrados cujo companheirismo transcende os limites da relação profissional, em especial os colegas da Comarca de Cruz Alta, sem cuja colaboração, inclusive por meio de reiteradas substituições durante o longo e cansativo período de enfrentamento da grade curricular do programa, o presente estudo não teria sido possível.

A propósito, a mesma colaboração essencial foi prestada pelos atuais colegas de Gabinete do Ministro Luiz Fux no Supremo Tribunal Federal, em especial pelo próprio Ministro e pelo colega magistrado Mário Augusto Lacerda Guerreiro, sem cuja compreensão a presente dissertação jamais teria sido escrita.

Não poderia deixar de agradecer, também, aos colegas pesquisadores da Área de Violência, Crime e Segurança Pública do Programa de Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS, cuja juventude e engajamento, não dissociados de comprometimento científico, me fizeram lembrar que um dia eu já acreditara no que eles acreditam e seguirão acreditando.

RESUMO

Duas crenças que gravitam em torno do exame criminológico também caracterizam o quadro de expansão do poder punitivo na atualidade: (a) nas finalidades positivas que são atribuídas à pena, representada pela crença de que a experiência no cárcere poderia transformar positivamente o comportamento do apenado; (b) e na autossuficiência do discurso jurídico, representada pela crença de que o exame criminológico realizado por psicólogo pode prognosticar a perspectiva de reinserção social do apenado, mesmo quando o discurso crítico oriundo da Psicologia não visualiza essa potencialidade. Da concatenação entre essas duas crenças é que surgiu a principal hipótese que fundamentou o problema da presente pesquisa: os fatores sociológicos que explicam a resistência do discurso jurídico à aceitação do discurso crítico que lhe é externo estão relacionados aos fundamentos que caracterizam os modelos dogmáticos que atribuem finalidades positivas à pena, influenciando ambos o papel que é desempenhado pelos operadores jurídicos na expansão do poder punitivo. Este problema foi abordado a partir de quatro pilares teóricos, considerados a partir de suas inter-relações: (a) os modelos dogmáticos de justificação positiva da pena e a concepção agnóstica; (b) as divergências entre os discursos do Direito e da Psicologia quanto à potencialidade prognóstica do exame criminológico; (c) os fatores sociológicos que explicam a resistência do discurso jurídico à aceitação do discurso crítico que lhe é externo; e (d) a influência da relação existente entre aqueles fatores sociológicos e aqueles modelos dogmáticos na gênese da conduta dos magistrados que exigem o exame criminológico para fins de progressão de regime. Foi aplicado, ainda, questionário, por meio do qual magistrados e psicólogos que operam com execução da pena privativa de liberdade no Estado do Rio Grande Sul foram indagados acerca da sua respectiva posição quanto ao problema, os motivos que a justificam e o nível de receptividade ao discurso externo ao seu respectivo campo de origem. Assim, a partir da correlação entre aqueles pilares teóricos e os resultados do questionário, testou-se a adequação da hipótese, aferindo-se se as razões invocadas pelos juízes para justificar sua posição correspondiam aos fundamentos que a doutrina especializada atribui aos modelos dogmáticos de justificação positiva da pena e à postura que visualiza como própria dos magistrados que operam como agentes de legitimação da expansão do poder punitivo.

Palavras-chave: justificação da pena; prevenção especial; concepção agnóstica; exame criminológico; divergência de discurso; campo; *habitus*; responsabilidade dos operadores jurídicos; expansão do poder punitivo.

RESUMEN

Dos creencias que gravitan en torno al examen criminológico también caracterizan el cuadro de expansión del poder punitivo en la actualidad: (a) en las finalidades positivas que se atribuyen a la pena, representada por la creencia de que la experiencia en la cárcel podría transformar positivamente el comportamiento del apenado; (b) y en la autosuficiencia del discurso jurídico, representada por la creencia de que el examen criminológico realizado por psicólogo puede pronosticar la perspectiva de reinserción social del apenado, aun cuando el discurso crítico oriundo de la Psicología no visualiza esta potencialidad. De la concatenación entre estas dos creencias es que surgió la principal hipótesis que fundamentó el problema de la presente investigación: los factores sociológicos que explican la resistencia del discurso jurídico a la aceptación del discurso crítico que le es externo están relacionados a los fundamentos que caracterizan a los modelos dogmáticos que atribuyen finalidades positivas a la pena, influenciando ambos el papel que desempeñan los operadores jurídicos en la expansión del poder punitivo. El abordaje del problema se realizó a partir de cuatro pilares teóricos, considerados a partir de sus interrelaciones: (a) los modelos dogmáticos de justificación positiva de la pena y la concepción agnóstica; (b) las divergencias entre los discursos del Derecho y de la Psicología en cuanto a la potencialidad pronóstica del examen criminológico; (c) los factores sociológicos que explican la resistencia del discurso jurídico a la aceptación del discurso crítico que le es externo y (d) la influencia de la relación existente entre aquellos factores sociológicos y aquellos modelos dogmáticos en la génesis de la conducta de los magistrados que exigen el examen criminológico para los fines de progresión del régimen. Se aplicó también cuestionario, por medio del cual magistrados y psicólogos que operan con ejecución de la pena privativa de libertad en el Estado del Rio Grande Sul fueron indagados acerca de su respectiva posición en cuanto al problema, los motivos que la justifican y el nivel de receptividad al discurso externo a su respectivo campo de origen. Así, a partir de la correlación entre esos pilares teóricos y los resultados del cuestionario, se probó la adecuación de la hipótesis, evaluándose si las razones invocadas por los jueces para justificar su posición correspondían a los fundamentos que la doctrina especializada atribuye a los modelos dogmáticos de justificación de la pena y de la postura que visualiza como propia de los magistrados que operan como agentes de legitimación de la expansión del poder punitivo.

Palabras clave: justificación de la pena; prevención especial; la concepción agnóstica; examen criminológico; divergencia de discurso; campo, *habitus*; responsabilidad de los operadores jurídicos; la expansión del poder punitivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
PARTE I A RELAÇÃO ENTRE OS MODELOS HISTÓRICOS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA E A EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO COMO CONDIÇÃO PARA PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL SEGUNDO A ÓTICA DOS DISCURSOS PREDOMINANTES NO ÂMBITO DO DIREITO E DA PSICOLOGIA	
1 Os modelos históricos de justificação da pena e sua relação com a progressividade da pena privativa de liberdade	22
<u>1.1 Os modelos positivos puros de justificação da pena</u>	22
1.1.1 <i>As teorias absolutas</i>	23
1.1.2 <i>As teorias relativas</i>	24
<u>1.2 Os modelos contemporâneos de justificação da pena</u>	30
<u>1.3 A crítica aos modelos contemporâneos de justificação da pena</u>	32
<u>1.4 A concepção agnóstica da pena</u>	36
<u>1.5 A relação da progressividade da pena privativa de liberdade com os modelos positivos e agnóstico de justificação da pena</u>	41
1.5.1 <i>A origem da pena privativa de liberdade como sanção e da progressividade de sua execução</i>	41
1.5.2 <i>Das funções manifestas associadas pelos modelos positivos de justificação da pena ao princípio da progressividade</i>	44
1.5.3 <i>Da crise do sistema progressivo e das críticas a ele dirigidas pelo discurso agnóstico</i>	44
2 A exigência de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime da pena privativa de liberdade	47
<u>2.1 Os contornos normativos e jurisprudenciais, no Brasil, da exigência de exame criminológico como condição subjetiva para progressão da pena privativa de liberdade</u> . . .	47
<u>2.2 Da posição do Conselho Federal de Psicologia quanto à exigência de exame criminológico para progressão da pena privativa de liberdade</u>	51

<u>2.3 O discurso dominante no campo da doutrina do Direito acerca da exigência de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime</u>	56
<u>2.4 O discurso dominante no campo da doutrina da Psicologia acerca da exigência de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime</u>	61
2.4.1 <i>Da crítica à visão da psicologia aplicada na execução penal como ciência estritamente auxiliar ao direito penal</i>	61
2.4.2 <i>Das críticas específicas da doutrina da Psicologia à falta de aptidão da avaliação psicológica para constituir exame criminológico que vise a instruir decisão judicial de progressão de regime prisional</i>	67
<u>2.5 Da pesquisa realizada junto a magistrados e psicólogos do Estado do Rio Grande do Sul com atuação na área de execução penal quanto à exigência de exame criminológico para progressão de regime</u>	72
2.5.1 <i>Do resultado dos questionários aplicados aos juízes de direito que atuam em varas com atribuição sobre execução de pena privativa de liberdade no Estado do Rio Grande do Sul</i>	73
2.5.2 <i>Do resultado do questionário aplicado aos psicólogos que atuam no âmbito do sistema prisional do Estado do Rio Grande do Sul</i>	78

PARTE II OS FATORES SOCIOLÓGICOS QUE EXPLICAM AS DIVERGÊNCIAS ENTRE O DISCURSO DO DIREITO E DA PSICOLOGIA QUANTO À EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO DE REGIME E A RELAÇÃO DOS REFERIDOS FATORES COM OS MODELOS HISTÓRICOS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA E COM A POSIÇÃO ASSUMIDA PELOS OPERADORES JURÍDICOS

3 A gênese da resistência manifestada pelo campo jurídico ao discurso que lhe é externo – análise da teoria sociológica do campo jurídico a partir da contribuição de Pierre Bourdieu	85
<u>3.1 Os conceitos sociológicos de <i>habitus</i> e campo</u>	88
<u>3.2 O campo jurídico e a sua pretensão de autonomia</u>	91
<u>3.3 O campo jurídico e a violência simbólica</u>	97

4 A correlação entre as causas sociológicas que explicam as divergências entre os discursos do Direito e da Psicologia quanto à exigência de exame criminológico e os modelos históricos de justificação da pena	104
<u>4.1 Identificação e análise crítica dos focos de divergência entre os discursos do Direito e da Psicologia a partir do exame dos resultados do questionário aplicado</u>	104
4.1.1 <i>A correspondência entre a posição dos juízes e psicólogos que atuam no Estado do Rio Grande do Sul e o discurso dominante no âmbito dos campos do Direito e da Psicologia - a crença ou a descrença de que a prisão “funciona”</i>	104
4.1.2 <i>O contraponto entre as razões que fundamentam o discurso de cada campo – a divergência quanto à potencialidade do exame criminológico de antever as perspectivas de reinserção social do apenado e a relação da posição jurídica com os modelos dogmáticos de justificação positiva da pena</i>	108
4.1.3 <i>O contraponto quanto à predisposição de cada campo à interdisciplinaridade – a crença dos magistrados quanto à autossuficiência do discurso jurídico</i>	113
<u>4.2 Da síntese da posição dominante no campo jurídico: a formação inquisitorial dos atores, a lógica de conservação de tal postura e os reflexos da combinação destes fatores na conduta dos magistrados que atuam como agentes legitimadores da expansão do poder punitivo</u> . . .	117
4.2.1 <i>A Sociologia da Administração da Justiça Penal como campo sociológico adequado para a pesquisa do papel exercido pelos operadores jurídicos na expansão do poder punitivo – a responsabilidade dos magistrados quanto ao fenômeno do hiperencarceramento</i>	117
4.2.2 <i>A natureza inquisitorial da formação recebida pelos operadores jurídicos no Brasil e sua relação com a postura conservadora dos magistrados de legitimação do poder punitivo</i>	119
4.2.3 <i>A posição majoritária dos juízes quanto à exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime como reflexo da lógica de conservação do campo jurídico e da formação inquisitorial recebida pelos magistrados – o juiz tecnocrata que abdica da prerrogativa concreta de julgar</i>	127
<u>4.3 Da posição do campo jurídico em um cenário de compreensão da pena em sua concepção agnóstica - a relação entre o discurso crítico quanto à exigência de exame criminológico como condição para a progressão de regime, a predisposição à interdisciplinaridade e o ativismo judicial que visa à redução de danos</u>	130
4.3.1 <i>A valoração da realidade como condição de legitimidade do discurso – as contribuições das ciências humanas em geral quanto à questão prisional e ao exame criminológico que não podem ser ignoradas pelos atores jurídicos</i>	130

<i>4.3.2 A reconciliação do Direito com ética – a protagonismo que, com a Constituição Federal de 1988, deve ser assumido pelos atores jurídicos no Brasil como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais</i>	132
<i>4.3.3 O papel que deve ser exercido pelos magistrados no contexto de uma dogmática consequente e não justificante do poder punitivo – a valoração dos dados de realidade fornecidos pelas ciências humanas em geral na avaliação da pertinência do exame criminológico para fins de progressão de regime</i>	134
<i>4.4.4 As alternativas dos juízes visando à contenção do poder punitivo – o abandono do mito da autossuficiência do discurso jurídico para se buscar formas alternativas de solução dos conflitos penais ou, ao menos, valorar a pena de prisão em consideração a dados concretos de realidade</i>	138
CONCLUSÃO	142
APÊNDICES	151
A – Questionário aos juízes de direito do Estado do Rio Grande do Sul com atuação em vara com atribuição sobre execução da pena privativa de liberdade – 1ª parte (aplicado no período compreendido entre 01/05/2017 e 15/05/2017)	151
B – Questionário aos juízes de direito do Estado do Rio Grande do Sul com atuação em vara com atribuição sobre execução da pena privativa de liberdade – 2ª parte (aplicado no período compreendido entre 01/06/2017 e 15/06/2017)	152
C – Questionário aos psicólogos vinculados à Superintendência de Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul – SUSEPE e com atuação junto a estabelecimentos prisionais deste mesmo Estado (aplicado no período compreendido entre 01/06/2017 e 30/06/2017)	153
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	156

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Frequência da exigência de exame criminológico entre magistrados

Gráfico 2 – Magistrados que exigem exame criminológico

Gráfico 3 – Razões que determinam exigência apenas eventual de exame criminológico pelos magistrados

Gráfico 4 – Razões que motivam os magistrados a exigir exame criminológico

Gráfico 5 – Conhecimento dos magistrados quanto às Resoluções do CFP

Gráfico 6 – Nível de curiosidade dos magistrados quanto ao saber produzido pela Psicologia

Gráfico 7 – Disposição dos magistrados a rever seu posicionamento a partir do discurso crítico externo oriundo da Psicologia

Gráfico 8 – Nível de concordância dos psicólogos quanto à Resolução nº 009/2010 do CFP

Gráfico 9 - Nível de concordância dos psicólogos quanto à Resolução nº 012/2011 do CFP

Gráfico 10 – Nível geral de concordância dos psicólogos quanto às Resoluções do CFP

Gráfico 11 – Razões pelas quais psicólogos discordam das Resoluções do CFP

Gráfico 12 - Razões pelas quais psicólogos concordam com as Resoluções do CFP

Gráfico 13 – Conhecimento dos psicólogos quanto à posição dos juízes no que tange ao exame criminológico

Gráfico 14 – Curiosidade dos psicólogos quanto ao saber produzido pelo campo jurídico

Gráfico 15 – Disposição dos psicólogos em rever seu entendimento em consideração ao saber produzido pelo campo jurídico

Gráfico 16 – Comparativo entre a posição dos juízes e psicólogos quanto à exigência de exame criminológico

Gráfico 17 - Comparativo entre a posição dos juízes e psicólogos quanto à possibilidade da prisão gerar efeitos psicológicos positivos ao apenado

Gráfico 18 - Comparativo entre a posição dos juízes e psicólogos quanto à potencialidade prognóstica do exame criminológico

Gráfico 19 – Comparativo entre o nível de conhecimento de juízes e psicólogos quanto ao saber crítico externo ao seu respectivo campo

Gráfico 20 – Comparativo entre o nível de curiosidade de juízes e psicólogos quanto ao conhecimento do saber crítico externo ao seu respectivo campo

Gráfico 21 – Comparativo entre a disposição de juízes e psicólogos quanto à modificação de seu entendimento em razão da posição crítica produzida externamente ao seu respectivo campo

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

CFP – Conselho Federal de Psicologia

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IDESP – Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo

LEP – Lei de Execução Penal

MP – Ministério Público

MPF – Ministério Público Federal

PGJ/RS – Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

PR/RS – Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul

SUSEPE – Superintendência de Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF/4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

INTRODUÇÃO

O desejo de realizar esta pesquisa surgiu, inicialmente, da particular convicção, adquirida ao longo de anos de exercício ininterrupto da jurisdição criminal na magistratura estadual do Rio Grande do Sul, de que, sem prejuízo da relevância de outras áreas de interesse do Direito Penal e do Direito Processual Penal, é na Execução Penal, mais precisamente no âmbito da execução da pena privativa de liberdade, que se encontra a explicação central para a inaptidão do sistema persecutório brasileiro de, como regra, bem resolver os conflitos de natureza criminal.

Com efeito, o modelo predominante, no Brasil, de resposta às ofensas aos bens jurídicos penalmente tutelados – ainda amplamente baseado na centralidade da pena privativa de liberdade – é, concomitantemente, violento e incapaz de reduzir a violência, uma vez que, enquanto, no plano interno, dadas as degradantes condições em que executada a sanção prisional, não se garante a integridade física e psicológica do apenado, tornando a pena desproporcionalmente gravosa em consideração à natureza do fato praticado; no plano externo, dada a insuscetibilidade recorrente dessa resposta central para atingir os fins que a ela são atribuídos, associada a outros fatores de natureza social, não se logra reduzir a violência, tornando latente a sensação de insegurança na sociedade. Pune-se violentamente dentro dos muros, sob a justificativa, ou desculpa moral, de assim reduzir a violência fora deles, mas quanto mais se eleva aquela escala de violência, menos se logra reduzir esta.

O exercício da magistratura, ao conferir ao operador jurídico a oportunidade de se confrontar com complexas demandas sociais, permite constatar que as soluções para os conflitos raras vezes se afiguram como lineares, porquanto diversas são as alternativas discursivas para a abordagem de problemas dotados de tal complexidade, algumas delas em aparente conflito entre si, muitas vezes a demandar do magistrado um exercício de ponderação visando à harmonização das diferentes visões possíveis. O que chama a atenção é que o discurso jurídico dominante, na contramão da pós-modernidade, cada vez mais, e não apenas no universo processual penal, parece se distanciar desta pluridiversidade discursiva, não apenas priorizando a adequação abstrato-normativa, em detrimento da realidade empírica, das soluções propostas; como também se apegando a fórmulas lineares e simplificadas para o enfrentamento de complexas demandas sociais, muitas vezes travestidas sob a forma de enunciados de observância vinculante pela magistratura, em prejuízo da diversidade fática dos casos concretos. À toda evidência, o discurso jurídico dominante parece fechado em seu círculo formal de pureza silogística, mostrando-se mais avesso, em comparação ao discurso

predominante em outras ciências humanas, à valoração de elementos externos ao seu âmbito de produção científica.

Diante de tal perspectiva, o interesse para a realização desta pesquisa também surgiu por se visualizar que é, justamente, no supracitado âmbito de execução da pena privativa de liberdade que se situa importante quadro de contraponto entre duas grandes linhas discursivas, uma menos e outra mais aberta à contribuição interdisciplinar das ciências humanas em geral. De um lado, um discurso que, com apoio midiático e consequente respaldo popular, acredita na potencialidade da pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, na efetividade do sistema vigente, atribuindo o insucesso dos resultados atualmente alcançados para fins de redução da violência à deficiência pontual, normalmente associada à falta de rigor punitivo, de determinados institutos; de outro lado, um discurso que, por não visualizar essa potencialidade, aponta a inaptidão de dito sistema, ou propondo a sua completa abolição, ou, ao menos, a sua contenção, por meio da amenização dos danos que são inerentes à execução da pena de privação da liberdade.

Em suma: a colidência entre as visões de quem ainda visualiza a existência de finalidades positivas passíveis de atribuição à pena e defende a possibilidade de que o sistema seja apenas corrigido para se potencializar a perspectiva de alcance daquelas finalidades; e de quem já se convenceu que a pena é apenas um elemento político de dominação desprovido de qualquer finalidade cujos resultados sejam passíveis de efetivação e defende, assim, ou a abolição do sistema vigente ou, ao menos, a adoção de práticas que reduzam os danos que seriam indissociáveis do exercício do poder de punir.

Não por acaso, constitui-se a progressão de regime da pena privativa de liberdade em ponto nevrálgico desse choque de posições. Isto porque é conhecido o discurso midiático e populista no sentido de que significativa parte dos crimes, na atualidade, são praticados por indivíduos que se encontram cumprindo pena nos regimes semiaberto ou aberto ou, que, ao menos, foram contemplados com a progressão de regime no curso de cumprimento de reprimenda privativa recentemente executada. Ganham cada vez mais força e apoio projetos de lei que, com objetivo prático de reduzir a aplicação do benefício, não apenas preveem a ampliação dos requisitos objetivos temporais para fins de progressão de regime, como também a ampliação e diversificação dos aspectos subjetivos que possuiriam o condão de obstar o benefício, inclusive por meio da retomada da obrigatoriedade do exame criminológico para tal desiderato. É evidente, por outro lado, que aqueles que criticam o sistema vigente visualizam, nesta projeção de redução do espectro de incidência da progressão de regime, uma ampliação indevida do âmbito de exposição do condenado à degradação

inerente à pena privativa de liberdade, o que, além de contrariar frontalmente o ideal abolicionista, não se coaduna com aquela política proposta de redução de danos.

A conveniência da exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime afigura-se como especialmente relevante não apenas porque retrata a já destacada colidência de visões, como também porque exemplifica a supracitada resistência manifestada pelo discurso jurídico dominante quanto à aceitação do discurso crítico produzido pelas demais ciências humanas, segundo se extrai, de plano, a partir do simples contraponto entre as visões defendidas pelos Tribunais Superiores e pelo Conselho Federal de Psicologia – CFP, respectivamente, enaltecendo e negando a potencialidade do exame criminológico de antever a perspectiva de reinserção social do apenado.

Este, aliás, é ponto cerne cuja curiosidade de esclarecimento motivou a realização da presente pesquisa: quais são os fatores sociológicos que justificam esta crença quanto à autossuficiência do discurso jurídico, a ponto, por exemplo, de os operadores jurídicos atribuírem aos psicólogos uma aptidão técnica que a própria Psicologia, majoritariamente, não reconhece? E de que forma estes fatores se inter-relacionam com o discurso de justificação do poder punitivo que é predominante no campo do Direito?

É esse o problema que será investigado por meio da presente pesquisa: quais são os fatores sociológicos que explicam as diferenças entre os discursos dos campos do Direito e da Psicologia no que tange à exigência de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime da pena privativa de liberdade? E de que forma tais fatores se relacionam com os modelos dogmáticos de justificação da pena e com o papel exercido pelo juiz da execução penal enquanto operador jurídico tanto para fins de legitimação quanto para fins de contenção do poder punitivo?

Uma vez delimitado o objeto da pesquisa, pode-se afirmar que a forma projetada para a abordagem do problema foi estruturada a partir de quatro pilares fundamentais de análise, os quais, tendo sido examinados não apenas isoladamente, mas, fundamentalmente, a partir de suas inter-relações, originaram os quatro capítulos que compõem as duas partes da presente dissertação: **a)** os modelos dogmáticos de justificação positiva e negativa da pena; **b)** a extensão das divergências entre os discursos dominantes nos campos do Direito e da Psicologia quanto à exigência de exame criminológico como condição para a progressão de regime; **c)** os fatores sociológicos que explicam a resistência manifestada pelo discurso jurídico quanto à aceitação do discurso crítico externo ao campo do Direito; **d)** a influência da relação existente entre estes fatores sociológicos e aqueles modelos dogmáticos de

justificação positiva ou negativa da pena na gênese da conduta dos magistrados que exigem ou não exigem o exame criminológico como condição da progressão de regime.

Não suficiente, naquele segundo âmbito de análise, optou-se, para a delimitação da extensão das divergências entre os discursos, não apenas por pesquisar a doutrina especializada nos campos do Direito e da Psicologia quanto ao ponto, como também a posição concretamente assumida pelos agentes de um e outro campo em um universo específico e delimitado de análise, mormente para se aferir se a posição dos operadores correspondia com a dos representantes da doutrina. Foi aplicado, assim, um questionário dirigido a todos os magistrados e psicólogos que, no Estado do Rio Grande Sul, de forma oficial (vinculados, respectivamente, ao Tribunal de Justiça – TJRS e à Superintendência de Serviços Penitenciários – SUSEPE), operam com execução da pena privativa de liberdade, indagando-se-lhes, em linhas gerais, a posição quanto à conveniência da exigência do exame para o mencionado objetivo, os motivos que justificam a posição assumida e o nível de receptividade ao discurso externo ao seu respectivo campo de origem.

As principais hipóteses que lastrearam a pesquisa consistiram na cogitação de que (a) a exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime encontra fundamento racional nos modelos penais dogmáticos que visualizam finalidades positivas passíveis de atribuição à pena e que (b) as causas sociológicas que explicam as divergências de discurso entre os campos do Direito e da Psicologia quanto ao ponto contribuem para explicar a maior predisposição dos magistrados a exigir o exame para o aludido fim, assumindo uma postura não de redução, mas de legitimação quanto à expansão do poder punitivo.

Essas hipóteses principais, por sua vez, podem ser decompostas nas seguintes hipóteses complementares:

- a exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime encontra fundamento no princípio de individualização da pena e no ideal de ressocialização que é próprio da concepção de que a pena exerce função de prevenção especial positiva;

- os discursos dominantes entre os juízes e psicólogos que atuam, concretamente, com execução penal coincidem, respectivamente, com as posições dominantes no âmbito da doutrina dos campos do Direito e da Psicologia e, também respectivamente, com as posições dos Tribunais Superiores e do CFP;

- as causas que os juízes, concretamente, invocam para justificar a exigência de exame criminológico como condição para a progressão de regime partem de uma concepção etiológica do crime;

- os juízes, quando exigem o exame como requisito para a progressão de regime, desconsideram as condições de degradação das prisões no Brasil;
- as causas que os psicólogos, concretamente, invocam para considerar inconveniente a exigência do exame criminológico como condição para a progressão de regime decorrem do entendimento de que a avaliação psicológica realizada no ambiente prisional não possui a potencialidade de prever o comportamento futuro do apenado;
- os psicólogos, quando criticam a exigência do exame para o referido fim, consideram as condições de degradação das prisões no Brasil;
- em comparação aos psicólogos, os juízes se mostram mais resistentes à aceitação do discurso crítico externo ao seu campo; e
- o discurso dominante entre os juízes quanto ao problema da exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime é compatível com o papel de legitimação da expansão do poder punitivo, mostrando-se, conseqüentemente, incompatível com o papel de contenção de danos próprio da concepção agnóstica da pena.

O que se buscou com a estruturação da dissertação consoante aqueles quatro pilares e com a aplicação do questionário foi, essencialmente, testar a adequação dogmática e empírica daquelas duas hipóteses principais e das demais hipóteses secundárias, aferindo se as razões concretamente invocadas pelos operadores para, eventualmente, justificar a concordância quanto à exigência do exame correspondiam ou não aos fundamentos que a doutrina especializada atribui aos modelos dogmáticos de justificação positiva da pena e à postura que visualiza como própria dos magistrados que, em razão da natureza sociológica de sua formação e atuação, operam como agentes de legitimação da expansão do poder punitivo.

Estabelecidas essas premissas, a estrutura da dissertação irá observar a seguinte divisão entre partes e capítulos.

Inicialmente, na primeira parte do trabalho, se almejará compreender a relação existente entre os modelos dogmáticos de justificação da pena e a exigência de exame criminológico como condição para a progressão de regime, o que se fará sob à ótica dos discursos oriundos tanto do campo do Direito quanto da Psicologia.

Assim, esta primeira parte será dividida em dois capítulos. No primeiro, será realizada uma breve reconstituição dos principais modelos de justificação da pena ao longo da história (as teorias absolutas da pena, as teorias relativas da pena, os modelos contemporâneos de justificação e, finalmente, a teoria agnóstica da pena); bem como serão analisados os fundamentos que justificam a ideia de progressividade da execução da pena privativa de liberdade e a relação de tal ideia com os modelos de justificação.

No segundo capítulo, será estudada, de forma mais detida, a exigência de exame criminológico enquanto requisito para a progressão de regime. Para tanto, inicialmente, será realizado um estudo de reconstituição dos contornos legais e jurisprudenciais que, no Brasil, fundamentaram historicamente e, atualmente, fundamentam dita exigência, com especial ênfase aos diferentes projetos de lei em tramitação que intendem retomar a obrigatoriedade quanto à realização do mencionado exame para o objetivo em questão. A seguir, se analisará a posição crítica assumida pelo CFP quanto à participação do psicólogo no referido exame e quanto à própria efetividade do citado instrumento de avaliação quando inserido na realidade prisional, ao menos quando realizado no curso da execução da pena, criticidade esta exteriorizada por meio das Resoluções 009/2010 e 012/2011 do órgão de classe. Na sequência, serão elencadas e analisadas as principais correntes doutrinárias oriundas do Direito e da Psicologia quanto ao problema, examinando-se quais se afiguram como preponderantes em cada campo e de que modo se compatibilizam com as posições assumidas, respectivamente, pelos Tribunais Superiores e pelo CFP. Ainda neste segundo capítulo, serão apresentados os dados obtidos a partir do questionário aplicado junto a magistrados e psicólogos que atuam na área de execução de pena privativa de liberdade no Estado do Rio Grande do Sul.

Posteriormente, na segunda parte do trabalho, se buscará compreender os fatores sociológicos que explicam as divergências constatadas entre os dois grandes grupos de discurso quanto ao problema analisado, assim como a relação entre os referidos fatores sociológicos e os modelos dogmáticos de justificação da pena, tudo a refletir na posição assumida pelos operadores jurídicos (em especial, pelos magistrados) em sua atuação prática: se voltada à expansão ou à contenção do poder punitivo.

Para tanto, no primeiro capítulo desta segunda parte (terceiro capítulo da dissertação), a partir da análise de conceitos sociológicos extraídos da obra de Pierre Bourdieu, se examinará a gênese da resistência manifestada pelo campo jurídico ao discurso que lhe é externo, o que se fará por meio de uma abordagem inicial das concepções sociológicas de campo e *habitus*, para que, posteriormente, a partir de análise detida das características que fundamentam o campo jurídico e o *habitus* dos operadores que o compõem, se explique as razões pelas quais o discurso jurídico se mostra avesso à ideia de incorporação, ao seu respectivo campo, do discurso oriundo do campo das demais ciências humanas.

Finalmente, no segundo capítulo desta segunda parte (quarto capítulo da dissertação), se examinará a correlação existente entre os fatores sociológicos, os modelos dogmáticos de justificação da pena e a postura que os operadores jurídicos adotam em decorrência da sua

maior ou menor vinculação a um determinado modelo. Para tanto, inicialmente, se procederá a uma análise comparativa detida das respostas apresentadas pelos juízes e psicólogos ao questionário aplicado, visando a identificar a amplitude dos focos de divergência constatados e a examiná-los criticamente a luz dos fundamentos doutrinários antes revisados, sejam aqueles diretamente relacionados à efetividade da pena de prisão e do exame criminológico, sejam aqueles sociologicamente concernentes à predisposição de cada campo à aceitação do discurso crítico que lhe for externo.

A seguir, se sintetizará o discurso atualmente dominante no campo jurídico quanto à exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime, analisando-se de que modo a formação inquisitorial recebida pelos atores jurídicos, associada à lógica de conservação e à violência simbólica produzidas pelo campo jurídico, resulta na maior predisposição que os magistrados demonstram à valorização dos modelos dogmáticos que visualizam finalidades positivas na pena e na conseqüente adoção de uma postura de legitimação da expansão do poder punitivo. Por derradeiro, se projetará a posição que deveria ser assumida pelos magistrados em um cenário de compreensão da pena em sua concepção agnóstica, examinando-se a relação existente entre a visão crítica quanto à conveniência do exame criminológico como condição para progressão de regime e uma dogmática jurídica que, predisposta à interdisciplinaridade, não prescindia de dados sociológicos concernentes à realidade concreta de execução da pena privativa de liberdade no Brasil.

No plano teórico, no capítulo inicial, Eugenio Raúl Zaffaroni consistiu no principal referencial adotado para o exame realizado dos modelos históricos de justificação positiva da pena e dos fundamentos concernentes à concepção agnóstica, esta última por aquele próprio idealizada. Já no segundo capítulo, no que pertine à crítica da exigência de exame criminológico como condição para a progressão de regime, optou-se não pela seleção de referenciais teóricos determinados, mas sim pela elaboração de um amplo painel doutrinário tanto no âmbito do Direito quanto da Psicologia, elencando-se os autores mais relevantes que avaliassem ou criticassem a posição dominante em cada um dos respectivos campos. Já no terceiro capítulo, concernente aos fatores sociológicos que explicam a resistência dos atores jurídicos à valoração do discurso externo ao campo do Direito, o principal referencial teórico foi Pierre Bourdieu, mormente no que condiz à aplicabilidade das noções sociológicas de *habitus*, campo e violência simbólica – extraídas da conhecida obra *O Poder Simbólico* (1980) – ao problema da crença quanto à autossuficiência do discurso jurídico. Finalmente, no capítulo final, em consagração à natureza dialética do presente estudo, propõe-se a retomada da obra de Eugenio Raúl Zaffaroni como referencial teórico fundamental, na medida

em que se examinam os papéis que, atualmente, são e deveriam ser assumidos pelos atores jurídicos (em especial, pelos magistrados) como consequência do cotejo entre os elementos sociológicos de sua formação e os modelos de justificação da pena que propugnam, a refletir, respectivamente, em uma posição de legitimação e contenção do poder punitivo, esta última diretamente atrelada à concepção de uma dogmática que, como resultado da posição agnóstica preconizada pelo jurista e criminólogo argentino, não seja justificante, mas consequente do poder punitivo.

No plano metodológico, a abordagem do problema será essencialmente dialética, a partir de cotejo crítico entre os elementos extraídos da revisão bibliográfica, da consulta às fontes normativas e da coleta de dados proporcionada pelo questionário aplicado. À revisão bibliográfica, presente nos quatro capítulos do trabalho, será conferida uma abordagem interdisciplinar, com ênfase na análise dos discursos jurídico, sociológico e psicológico – suas correlações e conflitos –, visto que o objeto de estudo transcende o universo do direito. Já a consulta às fontes normativas, presente, em especial, no segundo capítulo, se fará a partir de uma abordagem histórica da legislação e jurisprudência brasileira no que pertine à exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime, inclusive no que tange a projetos de lei em tramitação que abordam o tema. Finalmente, no que tange à pesquisa de campo realizada (questionário), os dados obtidos serão analisados sob viés estritamente objetivo, ou seja, com a devida preservação da identidade dos magistrados e psicólogos questionados.

PARTE I - A RELAÇÃO ENTRE OS MODELOS HISTÓRICOS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA E A EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO COMO CONDIÇÃO PARA PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL SEGUNDO A ÓTICA DOS DISCURSOS PREDOMINANTES NO ÂMBITO DO DIREITO E DA PSICOLOGIA

1 Os modelos históricos de justificação da pena e sua relação com a progressividade da pena privativa de liberdade:

1.1 Os modelos positivos puros de justificação da pena:

O que caracteriza o Estado Moderno, dentre outros elementos, é o monopólio para aplicar sanções, ou seja, o monopólio para exercer a coação legitimamente aceita pela sociedade como punição pelo desrespeito à ordem jurídica. Adotada essa premissa, duas são as formas possíveis de percepção da pena sob o ponto de vista da teoria política: a) o uso da força e a reivindicação de sua legitimidade instauram a ordem jurídico-política; e b) a pena imposta pela autoridade constituída é um ato de violência programado pelo poder político (CARVALHO, 2013, p. 40/41).¹

De fato, a pena, independentemente de sua legitimidade, consiste em um ato de violência. Diante da necessidade de se diferenciar este ato de violência que é promovido pelo Estado dos atos de violência que são praticados por outros agentes, é que procurou o saber jurídico, ao longo de sua história, formular regras e discursos que procurassem justificar o exercício de tal coação, função que, no âmbito da dogmática jurídica, é desempenhada pelos chamados modelos de justificação da pena. Não por acaso, Salo de Carvalho qualifica a pena como “um ato de violência programado pelo poder político e racionalizado pelo saber jurídico” (2013, p. 41).

Esta racionalização operada pelo saber jurídico exemplifica aquela que, além da prática direta de atos jurídicos, é a outra forma pela qual o poder dos juristas pode se manifestar no campo do direito penal: o poder discursivo (ZAFFARONI et al., 2015, p. 63). Trata-se da razão instrumental do poder político voltado à seara penal, instrumentalidade esta que é clara

¹ Cezar Bitencourt também relaciona pena e Estado no âmbito da teoria política: “Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está ligado ao da pena. Para uma melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador” (2012, p. 113).

forma de manifestação das implicações recíprocas existentes entre saber e poder, considerando que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber; e nem saber que, ao mesmo tempo, não suponha e constitua relações de poder (FOUCAULT, 2014, p. 31/32).²

O campo no qual é realizado este exercício de racionalização da pena consiste em um dos três grandes discursos de sistematização na estrutura dogmática do direito penal, quais sejam, a teoria da lei penal (que analisa a lei penal no tempo, no espaço e em relação às pessoas), a teoria do delito (que analisa os critérios e condições que tornam possível qualificar uma conduta como crime) e a teoria da pena ou Penalogia. O objeto desta última, por sua vez, é constituído por quatro questões centrais: aplicação, execução, extinção e, nos termos acima apontados, justificação da pena, campo no qual, em última análise, se procura responder à indagação do por que o poder punitivo é exercido (CARVALHO, 2013, p. 43-46).

A partir de um esforço de reconstituição histórica dos principais modelos de justificação, pode-se dizer que as finalidades possíveis que a doutrina tradicional reconhece na pena são a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial, as quais, segundo ou a relevância que se outorgue à pena privativa de liberdade (ELBERT, 2009, p. 113) ou a importância que se atribua a algum daqueles objetivos e à possibilidade de sua conjugação (FRANCO, 2013, p. 33), originam as chamadas teorias absolutas, relativas e mistas.

1.1.1 As teorias absolutas:

As teorias absolutas são assim qualificadas porque atribuem à pena uma única finalidade que lhe seria intrínseca: punir. Ou seja, não existe a preocupação utilitarista de buscar qualquer outro objetivo que não a retribuição pela prática do crime. A pena afigura-se, assim, em uma consequência pura e simples que advém do cometimento do ilícito penal, tal qual o dever de indenizar que advém do descumprimento de uma obrigação contratual, o que possibilita concluir que esta visão absoluta da pena extrai seu fundamento do modelo iluminista de contrato social: o dever de indenizar a sociedade (cumprir a pena) surge como

² Ainda neste contexto de instrumentalidade do poder discursivo, merece destaque a lição de Augusto Amaral e Ricardo Gloeckner quanto à “tirania do signo”, isto é, quanto à potencialidade da linguagem condicionar de tal forma o exercício do poder punitivo a ponto de desvinculá-lo da realidade social: “Na tirania do signo é que o direito passa a operar com fórmulas mágicas, instituídas como se valessem como regras científicas. A ciência desestabiliza o discurso inaugural. Permite-se romper com a origem (...). A instalação de um direito regulado pela ciência é resultado dessa nova economia dos significantes jurídicos” (2013, p. 197).

única consequência do descumprimento de uma determinada regra social (CARVALHO, 2013, p. 53).

É notável a influência, sobre tal concepção, de Kant e Hegel. O primeiro equiparava a lei penal à noção de imperativo categórico, extraindo a pena sua justificativa do simples descumprimento de tal lei moral. Considerava, ainda, inadmissível que a figura humana fosse concebida como um instrumento e não como um fim em si mesma, razão pela qual seria imoral visualizar qualquer objetivo extrínseco à retribuição no cumprimento da pena pelo homem. Hegel, assim como Kant, visualizava a pena como um imperativo lógico por si só justificável. Tratar-se-ia, porém, de um imperativo jurídico e não moral, consistindo a pena na retribuição racional do Estado ao descumprimento do direito (FRANCO, 2013, p. 36/37).

Alega-se que os modelos estritamente retributivos são demasiadamente dedutivos, não havendo dados empíricos que permitam apontar que a pena poderia exercer uma efetiva função de neutralização da infração cometida. Aduz-se, ainda, que tais modelos são incompatíveis com a moderna finalidade do direito penal de proteção subsidiária de bens jurídicos e com os preceitos internacionais de direito humanitário incorporados pelas constituições modernas. Afirma-se, por fim, ainda sob um viés crítico, que o ponto mais discutível da concepção absoluta advém da possibilidade de aplicação da pena mesmo nos casos em que ela fosse desnecessária, inútil ou, até mesmo, contraproducente ao corpo social, o que inviabiliza a busca de soluções alternativas para o controle do crime, tais como a justiça restaurativa ou outros meios não sancionatórios de resolução de conflitos (FRANCO, 2013, p. 37/38).

1.1.2 As teorias relativas:

Até meados do século XVIII, a legislação criminal na Europa era marcada não apenas pelo excessivo arbítrio conferido ao julgador, como também pela excessiva crueldade das sanções aplicadas, notadamente no que condiz aos castigos corporais e à pena capital. Neste contexto, inspirados pelos ideais humanitários preconizados pelo movimento iluminista, filósofos, moralistas e juristas passaram a dedicar suas obras a censurar o sistema punitivo

vigente, defendendo a liberdade e enaltecendo a dignidade do homem (BITENCOURT, 2012, p. 52).³

Dentre os postulados formulados por estes pensadores, os de Cesare Beccaria são considerados como fundantes do que, posteriormente, se convencionou denominar Escola Clássica do Direito Penal e Escola Clássica da Criminologia, cujos pilares foram construídos a partir da combinação de uma visão contratualista da sociedade, já vigente, com uma concepção utilitarista do sistema punitivo. Cesare Beccaria não subordinava a ideia do útil ao justo; mas sim a ideia do justo ao útil, afirmando, em síntese, ser mais útil ao desenvolvimento social prevenir crimes que castigá-los. Assim, os objetivos da pena deveriam corresponder, simplesmente, aos de evitar que novos delitos fossem cometidos, seja por parte do agente que já está sendo responsabilizado, seja por parte de outros que, eventualmente, cogitassem de praticar conduta semelhante (BITENCOURT, 2012, p. 56).

A partir deste duplo viés, desenvolveram-se os dois discursos fundamentais de justificação do poder punitivo construídos a partir de funções preventivas: a) o destinado a orientar a conduta daqueles que ainda não delinquiram (prevenção geral), seja pela concepção de que a pena deve opera como fator de desestímulo aos integrantes do corpo social para que não venham a cometer crimes (prevenção geral negativa); seja quando, sem prejuízo da finalidade dissuasória, visa a agregar ao destinatário da norma um determinado valor qualificado pelo legislador como de necessária imposição ao corpo social (presunção geral positiva); e b) o discurso voltado diretamente àquele a quem foi aplicada a sanção (prevenção especial), seja quando a pena visa a neutralizar o comportamento qualificado como desviante (prevenção especial negativa); seja quando, além de tal neutralização, busca corrigir o comportamento desviante, agregando novos valores ao criminoso (prevenção especial positiva – CARVALHO, 2013, p. 62).

O modelo da prevenção geral negativa, também chamado de modelo da dissuasão, gestado sob o paradigma liberal-contratualista, é o que melhor caracteriza a primeira fase da modernidade penal. Inspirada pelo ideal utilitarista de Cesare Beccaria de trazer a maior

³ Sobre o ponto, merece destaque a contraposição crítica de Michel Foucault, segundo o qual, embora a redução da severidade penal verificada a partir da segunda metade do século XVIII sempre tenha sido qualificada pelos historiadores como um fenômeno de redução quantitativa do sofrimento associado ao fortalecimento de valores humanitários, tratar-se-ia, em verdade, de um fenômeno de deslocamento do objeto da ação punitiva: “Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos – daqueles que abriam, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou – é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições” (2014, p. 20).

felicidade possível ao maior número de pessoas, a pena adquire uma finalidade intimidatória, a partir da concepção de que a sanção aplicada ao infrator consistiria, por meio do exemplo que demonstraria ao corpo social, fator de desestímulo a outros agentes quanto ao cometimento de conduta semelhante (CARVALHO, 2013, p. 61-63).

O principal mérito deste modelo da prevenção geral negativa, mormente em comparação ao modelo retribucionista, consiste em possibilitar uma separação clara entre as esferas do direito e da moral, respeitando o pressuposto ilustrado da secularização do universo jurídico. Critica-se, contudo, a premissa punitiva dissuasória de que o homem possuiria livre-arbítrio pleno para mensurar as vantagens e desvantagens de sua conduta, porquanto ingênua e idealista, mostrando-se incompatível “com a complexidade da condição humana que se nega à redução simplificadora no binômio liberdade-causalidade”. Afirma-se que não há instrumentos idôneos, sobretudo no plano científico, que permitam a comprovação da existência de uma relação factível entre a publicização de uma sanção a outrem e a opção do indivíduo de não delinquir (CARVALHO, 2013, p. 68/69).

Também se critica a prevenção geral negativa por não permitir a imposição de limites claros ao legislador quanto à necessidade de aumento das penas, possibilitando reiteradas ações de incremento circunstancial do rigor punitivo. Ao se conceber a pena estritamente sob o viés dissuasório, o legislador, a cada aumento dos índices de criminalidade, mesmo que causado por fatores sociais variados, poderia cogitar de que a ameaça de pena até então vigente não estaria sendo suficiente para desestimular as condutas individuais, sentindo-se tentado a, sucessiva e ilimitadamente, incrementar o rigor da sanção (FRANCO, 2013, p. 43). Visualiza-se, ainda, no modelo da prevenção geral negativa, uma acepção da visão econômica do estudo do delito, uma vez que tal modelo pressuporia que o indivíduo, ser racional, teria liberdade plena para cotejar os custos de sua conduta com os proveitos dela esperados. Desse modo, a criminalização perseguida acabaria selecionando sempre os mesmos grupos de pessoas, mais vulneráveis, uma vez que, de forma deliberada, abrangeria, principalmente, os delitos que aquelas estão habituadas a cometer (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 117).

Por outro lado, de acordo com o modelo da prevenção geral positiva, a pena, ao invés de possuir como finalidade precípua a intimidação dos integrantes da sociedade, visa a reforçar, nos indivíduos, a confiança na integridade do ordenamento jurídico, exercendo, assim, uma função simbólica de produção de consenso acerca do sistema penal (FRANCO, 2013, p. 46).

Conforme a chamada vertente fundamentadora de tal concepção, cujo maior expoente é Günther Jakobs, o eixo de preocupações do Direito Penal deve ser deslocado do homem para o sistema, tanto que o supracitado aspecto de reforço de confiança é reputado como única

função efetiva da pena, sendo os elementos da retribuição e dissuasão admitidos apenas de forma subsidiária. Já de acordo com a vertente limitadora da mesma concepção, cujos principais expoentes são Claus Roxin e Santiago Mir Puig, o objetivo de reforçar a confiança no ordenamento jurídico deve ser buscado de forma coordenada com as demais funções atribuíveis à pena, estando limitado à proteção subsidiária de bens jurídicos. Assim, o consenso dos indivíduos quanto ao sistema punitivo seria alcançado por meio da devida observância aos princípios consagrados no Estado Democrático de Direito (FRANCO, 2013, p. 46-49).

Enquanto a coação psicológica é o elemento mais representativo dos discursos justificantes da pena no âmbito da primeira fase da modernidade penal, o correccionalismo da teoria da prevenção especial positiva é o traço mais marcante da segunda fase, compreendida entre o início do século XX e o final da década de 1970 (CARVALHO, 2013, p. 75).

Esta transição da primeira para a segunda fase da modernidade penal está associada às transformações no perfil do Estado nas democracias ocidentais, sintetizada pela sobreposição do Estado intervencionista em relação ao Estado liberal, a qual, por sua vez, no âmbito do controle punitivo, obteve expressão no âmbito do chamado previdenciário penal. Este modelo, cujas raízes remontam à década de 1890 e cujo auge foi atingido nas décadas de 1950 e 1960, possuía como axioma básico a ideia de que as medidas de intervenção penal devem, sempre que possível, priorizar a reabilitação do indivíduo em detrimento da retribuição (GARLAND, 2008, p. 104).

Neste contexto de predominância do chamado Estado do bem-estar social, paralelamente ao desenvolvimento das instituições penais-previdenciárias, surgiram e ganharam relevância campos do conhecimento dos quais aquelas últimas dependiam, dentre os quais o discurso criminológico, cujo enfoque básico, neste momento histórico inicial, era diferenciar o “normal” do “patológico”, dedicando ao segundo o foco primordial enquanto elemento de gênese do comportamento delitivo. “A atenção estava verdadeiramente voltada ao delinquente, ao caráter criminoso ou àquilo que os criminólogos do século XX denominaram de ‘criminoso psicopata’” (GARLAND, 2008, p. 114/115).

Diferentemente dos discursos retributivistas e dissuasórios, que eram voltados, respectivamente, ao crime e à comunidade, o discurso da prevenção especial inaugura, historicamente, a perspectiva punitiva centrada no indivíduo (CARVALHO, 2013, p. 75), que

deverá ser ressocializado, reeducado ou, até mesmo, neutralizado, com o objetivo de que não reitere a conduta delitiva (FRANCO, 2013, p. 51).^{4 5}

Pode-se dizer que os pressupostos do correccionalismo penal, ao transpor o objeto da sociedade para o homem, reconfiguram a própria ideia de delito e os requisitos da responsabilidade criminal. Inicialmente, abandona-se a ideia de livre-arbítrio em detrimento de uma visão determinista do agir delitivo, com ênfase, neste primeiro momento, quanto aos aspectos biológicos que resultaram no comportamento patológico ou anormal. Consequentemente, a própria ideia de culpabilidade, que era ancorada no livre-arbítrio, é substituída pela de periculosidade, compreendida enquanto possibilidade de manifestação de dito comportamento patológico ou anormal (CARVALHO, 2013, p. 77).

Uma vez adotada essa concepção determinista voltada à investigação da gênese do comportamento delitivo no homem, o debate acerca das finalidades e funções da pena que, nos séculos XVIII e XIX, era matéria exclusiva dos pensadores do direito e da filosofia política, passa, a partir do século XX, a ser compartilhado por uma vasta gama de profissionais das áreas da saúde mental e do serviço social, os quais procuraram atribuir à discussão um enfoque eminentemente cientificista (CARVALHO, 2013. P. 76).

Desdobramento da crença predominante, na transição entre os séculos XIX e XX, quanto à capacidade linear de progresso proporcionada pelo saber humano e quanto à conseqüente potencialidade do saber científico explicar, prever e manipular todos os fenômenos de interesse da vida humana, o chamado positivismo criminológico consistiu em uma postura epistemológica que procurou limitar a compreensão das causas do comportamento delitivo àquilo que pudesse ser objeto de demonstração experimental. O foco de estudo, assim,

⁴ Afirma-se que a prevenção especial é positiva quando busca reeducar ou tratar o indivíduo com o objetivo de reintegrá-lo à sociedade; e que é negativa quando visa a, simplesmente, neutralizá-lo, excluindo-o, porquanto indesejado, do convívio social. Neste contexto, depreende-se que, para Eugenio Zaffaroni *et al.*, a prevenção especial é, por essência, negativa, já que “(...) está comprovado que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o prisionado. (...). É insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis. Eis uma possibilidade estrutural não-solucionada pelo leque de ideologias ‘re’: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reicorporação” (2015, p. 125/126).

⁵ Também enfatizando esse viés crítico de neutralização da prevenção especial é a concepção de Michel Foucault no sentido de que um dos objetivos deliberados da privação de liberdade no âmbito de instituições disciplinares totais é a formação de “corpos dóceis” que, assim, se tornarão “úteis” ao corpo social: “Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as ‘disciplinas’. (...) A disciplina fabrica corpos submissos e exercitados, ‘corpos dóceis’. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência)” (2014, p. 135/136).

limitava-se às qualidades objetivas do elemento analisado, sem qualquer margem para consideração de normas ou juízos subjetivos impassíveis de verificação objetiva (ELBERT, 2009, p. 67).

Em um plano crítico, a primeira restrição que pode ser dirigida a esse modelo se insere, naturalmente, em um questionamento mais amplo que impende ser realizado à própria estrutura do paradigma etiológico: “(...) a criminologia crítica revelou as absolutas insuficiência e inaptidão de as práticas correccionalistas atingirem os objetivos correccionalistas (ressocializadores) projetados pelo ‘welfarismo’ penal.” (CARVALHO, 2013, p. 80). Afirma-se que, consideradas as precárias condições estruturais em que habitualmente se executa a pena privativa de liberdade, das quais não se difere o modelo brasileiro, mostra-se inevitável presumir a ineficácia de qualquer tratamento a que se cogite submeter o apenado com o objetivo de ressocializá-lo (BITENCOURT, 2012, p. 148).

Outro aspecto que é objeto de reiteradas críticas no âmbito da prevenção especial é a indeterminação da pena que se afigura como consequente da indexação irrestrita e incondicionada da sanção à ideia de tratamento. Ocorre que, se o objetivo da pena for apenas curar e sendo diversas as circunstâncias determinantes do comportamento delitivo em cada indivíduo, a pena terá que perdurar pelo tempo que for necessário à conclusão do tratamento, o qual, assim, em razão das mencionadas diferenças, variará em relação a cada pessoa, tudo a comprometer a garantia de que os limites de cumprimento da pena devem ser previamente estabelecidos pelo ordenamento (FRANCO, 2013, p. 53/54).

Além disso, a indeterminação não afeta apenas o plano temporal de cumprimento da sanção, mas, ontologicamente, é traço característico de conceitos chave do discurso correccionalista, considerando que, até hoje, não se conseguiu estabelecer com segurança um conceito de ressocialização (FRANCO, 2013, p. 54). Neste mesmo plano de indeterminação, afirma-se que o conceito de periculosidade padece de “uma profunda anemia significativa”, uma vez que consiste em uma categoria vazia e isenta de conteúdo cientificamente válido, pois carente de possibilidades empíricas de demonstração e refutação (CARVALHO, 2013, p. 83).

São recorrentes, de fato, sobretudo a partir da Criminologia Crítica, as ressalvas quanto à possibilidade de justificação da pena a partir de um viés estritamente correccionalista, seja porque, no âmbito de sua acepção negativa, pelo evidente problema ético de que padece a ideia de neutralização, seja porque, ademais, mesmo a ideia de ressocialização, embora defensável no plano teórico, mostra-se inalcançável em consideração à realidade concreta dos

sistemas punitivos na modernidade, em especial no que condiz à pena privativa de liberdade. Neste sentido, é a lição da Maria Lúcia Karam (2009, p. 04/05):

Quanto às teorias da prevenção especial, que se voltam para uma atuação direta sobre o autor da conduta criminalizada, com o objetivo declarado de evitar que o mesmo volte a delinquir, somente se sustentam em seu limite mais desavergonhadamente perverso e totalitário, fundado na ideia de inocuização, a conduzir a penas, como as de morte, de incapacitação física ou de prisão perpétua, que, se ainda subsistem em muitos lugares, são repudiadas por quem quer que tenha um mínimo de sensibilidade, um mínimo de compromisso com a realização da democracia e dos direitos fundamentais do indivíduo.

Já em sua vertente mais civilizada, que trabalha com a ideia de ressocialização, a inviabilidade da prevenção especial é evidente, especialmente em um sistema que faz da pena privativa de liberdade o seu centro.

A ideia de ressocialização, pretendendo concretizar o objetivo de evitar que o autor criminalizado volte a delinquir, através de suas reeducação e reintegração à sociedade, é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a ideia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-o dela.

Apesar das críticas reiteradamente dirigidas tanto ao modelo da prevenção geral quanto ao da prevenção especial, verifica-se que as concepções a eles concernentes não foram completamente abandonadas no âmbito dos sistemas contemporâneos de controle do crime, sendo, em maior ou menor medida, combinadas para formar modelos híbridos de justificação da pena, muitos dos quais, inclusive, permeados pelo recrudescimento do ideal retributivista da sanção criminal.

1.2 Os modelos contemporâneos de justificação da pena:

Na contemporaneidade, os modelos mais recorrentes de justificação da pena são baseados em uma tentativa de renovação ou readequação dos discursos antigos, o que se dá tanto a partir de sua combinação, com maior ou menor ênfase, conforme a conveniência, a uma determinada finalidade; quanto por meio de sua relegitimação a partir de uma nova roupagem. Trata-se, assim, de discursos que, embora reconheçam a crise do sistema punitivo – o que justifica a tentativa de reformulação –, negam, na essência, a possibilidade de se abdicar das respostas tradicionais à criminalidade (CARVALHO, 2013, p. 92/93).

Visualizam-se dois grandes grupos de teorias neste caleidoscópio de ecletismo e relegitimação: de um lado, as teorias que, embora conferindo prevalência à função retributiva da pena, fazem dela emergir os fins de prevenção geral e especial, uma vez que atribuem à sanção não um caráter metafísico absoluto, mas sim uma função de pacificação social; de

outro lado, as teorias que conferem prevalência às funções preventivas, mas concebem a retribuição, compreendida como medida proporcional da culpabilidade, como elemento limitador das exigências de prevenção (FRANCO, 2013, p. 57/58).

Merece destaque a tentativa de relegitimação do modelo retributivista que, com a crise do Estado do bem-estar, foi realizada nos países anglo-saxônicos desde a década de 1970, provocando alterações concretas no sistema de administração da justiça criminal. Chamada de “teoria do justo merecimento”, esta concepção, que retoma a premissa do livre arbítrio do agente, possui como princípio orientador o estabelecimento de mecanismos de condução para aplicação de penas que, independentemente da condição pessoal do infrator, se mostrem proporcionais à gravidade do crime (CARVALHO, 2013, p. 96-101).

Se a predominância da “teoria do justo merecimento” caracteriza a etapa imediatamente subsequente à crise do correccionalismo, os países anglo-saxônicos protagonizaram, a partir da transição entre as décadas de 1980 e 1990, o recrudescimento de discursos político-criminais de viés autoritário e punitivista que, tendo se alastrado a zonas periféricas, fundamentam, até a atualidade, a cultura preponderante do controle do crime. Esta visão, cujo substrato teórico e ideológico é fornecido pelos modelos atuariais e gerencialistas e cujo respaldo político e social é viabilizado e obtido a partir da intensa reiteração midiática de discursos populistas, adota a premissa de que a conduta é regida por uma lógica econômica na qual se estabelece um cálculo racional entre o ônus da pena e o bônus do crime. Desse modo, retoma-se a ideia de que a intensidade da punição se deve vincular ao maior ou menor nível de dissuasão que possa provocar no infrator, concepção esta que, aliada à utilização deliberada da pena privativa de liberdade como instrumento de seleção e exclusão de grupos sociais indesejados, acarretou a elevação gradativa das penas previstas em abstrato e o aumento exponencial do encarceramento em concreto (CARVALHO, 2013, p. 102-108).

Já nos países romano-germânicos, desenvolveu-se um modelo de radicalização do discurso de neutralização do infrator, o qual, embora concebido inicialmente como forma de combate a grupos dissidentes de identificação terrorista, alastrou-se, posteriormente, como forma de enfrentamento a todo e qualquer grupo social indesejado. Trata-se das chamadas “teorias funcionalistas-sistêmicas”, as quais, partindo da concepção de que o direito penal de garantias seria um privilégio exclusivo dos “integrantes do pacto social”, legitimam a visão de que aqueles que não se adequam ou se contrapõem a tal pacto podem ser vistos como “inimigos” do grupo social e, assim, não ter acesso ao mesmo sistema de garantias. Diante de tal quadro, o chamado “direito penal do inimigo”, bem como as demais doutrinas autoritárias de corte funcionalista-sistêmico, ao defenderem a validação da lei penal por meio da

neutralização de grupos indesejados, relegitimam, sob outra roupagem, o discurso da prevenção geral positiva (CARVALHO, 2013, p. 109-112).

Os discursos criminológicos da dissuasão (cálculo racional), incapacitação (gerencialismo atuarial) e neutralização (funcionalismo-sistêmico), embora, cada qual, na sua tentativa de relegitimação dos modelos tradicionais, busquem reafirmar, com preponderância, uma determinada finalidade da pena, possuem como elemento de identificação reduzir a ideia de controle social aos instrumentos de segurança pública. Todas estas concepções, com efeito, convergem no sentido de converter a política criminal em um instrumento de controle social a partir da máxima intervenção punitiva, que sustentou, ao longo das últimas décadas, diferentes teorias inspiradas pelos ideais “de lei e ordem” e “tolerância zero”, com a conseqüente elevação, em escala global, dos índices de encarceramento (CARVALHO, 2013, p. 112/113).

Houve, contudo, uma tentativa de resistência à visão punitivista, proporcionada pelas teorias garantistas de base constitucional. De base eminentemente normativa, estas teorias retomam ideais iluministas, redimensionando, com o objetivo central de limitação do poder punitivo, o sentido liberal dos modelos relativos tradicionais de justificação da pena (CARVALHO, 2013, p. 113). Aponta Luigi Ferrajoli, principal expoente teórico da concepção garantista, a necessidade de haver um apenamento mínimo para determinadas condutas, cuja finalidade, a par de prevenir a reiteração delitiva, seria evitar a ocorrência de reações informais ao crime que, eventualmente, poderiam surgir da ausência de uma punição formal. Essa visão possui características de um modelo de utilitarismo reformado, uma vez que, embora fundamentado pelo ideal de redução do poder punitivo, não deixa de visualizar uma finalidade social passível de atribuição à pena (AMARAL e GLOECKNER, 2013, p. 59-61).

1.3 A crítica aos modelos contemporâneos de justificação da pena:

Ao longo do século XX, a distribuição desigual de direitos e liberdades, bem como alguns horrores instrumentais praticados em virtude da crença no progresso e na razão do homem (como Hiroshima e Auschwitz) abriram caminho para um discurso crítico quanto ao esgotamento das funções modernas de intervenção administrativa e controle social (ELBERT, 2009, p. 215/216).

Ao abordar estas tentativas de contenção do poder punitivo – desde a criminologia crítica e incluindo, com especial ênfase, as leituras abolicionistas e o pensamento crítico pós-

moderno –, Salo de Carvalho refere que a crise do Direito Penal na atualidade está relacionada à falência dos modelos dogmáticos ortodoxos que apontam a pena como única solução possível para o crime, uma vez que variadas e complexas são as causas do fenômeno delitivo (2013, p. 121). Daí decorrem, segundo o autor, os dois principais pontos de crítica quanto à predominância, nos principais sistemas normativos da atualidade, de modelos ecléticos de justificação da pena: a revitalização de discursos deslegitimados, carentes de respaldo empírico; e o fato desse ecletismo não apenas deixar de corrigir os problemas que são próprios e inerentes a cada um daqueles discursos tradicionais, como também, em verdade, potencializar ditos defeitos, dada a incompatibilidade lógica, no âmbito de cada discurso, entre as finalidades propostas e respectivas possibilidades de efetivação (2013, p. 122/123).

David Garland, criminólogo britânico, com foco na análise das instituições de administração da justiça criminal no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, é um dos principais autores de viés crítico que lograram diagnosticar a crise do modernismo penal e as mudanças na ordem social advindas com a pós-modernidade, identificando, em consequência, uma nova cultura de controle do crime na sociedade contemporânea.

Segundo o mencionado autor, na metade da década de 1970, iniciou-se um período de transição que perdura até a atualidade. Este período foi antecedido por um movimento de crítica ao correccionalismo em especial no que condiz às ideias de tratamento individualizado e indeterminação das penas, o que resultou na perda da credibilidade não apenas do previdenciário, como de todo Estado de justiça criminal moderno (2008, p. 143). De qualquer modo, as mudanças quanto à cultura do controle do crime não foram motivadas apenas por questões criminológicas, mas também por forças históricas que transformaram a vida social e econômica na segunda metade do século XX, dentre as quais as mudanças sociais, econômicas e culturais que são características da pós-modernidade e as iniciativas e realinhamentos políticos desenvolvidos em reação àquelas mudanças e à percepção da crise do Estado do bem-estar (2008, p. 181).

Concomitantemente, as autoridades formais enfrentavam um dilema criminológico originado de dois fatores sociais: o aumento das taxas de criminalidade (mormente entre as décadas de 1950 e 1990) e o reconhecimento quanto às limitações do Estado de justiça criminal (GARLAND, 2008, p. 242/243). Inicialmente, cada ator social respondia de uma forma ao dilema em questão: os atores do campo político, por exemplo, sempre mostraram maior inclinação a soluções punitivas de cunho populista; os atores do campo do controle do crime, contudo, no contexto da modernidade penal, ainda adotavam, majoritariamente, o

discurso de recuperação e ressocialização do criminoso que era próprio do Estado previdenciário (GARLAND, 2008, p. 250-252). Contudo, a partir de meados da década de 1980, mesmo no âmbito do controle formal, começou a balança a pender em favor das soluções populistas, o que se explica, ao menos inicialmente, em razão dos supracitados esforços de adaptação às mudanças sociais advindas da pós-modernidade (GARLAND, 2008, p. 253/254). Gradativamente, porém, na medida em que ganhavam respaldo político e midiático (e, por consequência popular) novas visões criminológicas que analisavam o crime desde uma perspectiva econômica, a agenda política, ao invés de reconhecer os limites do Estado, passou a ser a de tentar restaurar a confiança pública na justiça criminal, originando não mais medidas de adaptação, mas de reação simbólica às transformações sociais, de que são exemplos os diferentes atos normativos norte-americanos que moldaram a chamada cultura da lei e ordem (GARLAND, 2008, p. 279-281).

Em suma, segundo David Garland, o atual modelo de controle do crime não é resultado direto do aumento das taxas de criminalidade e da perda de credibilidade do previdenciário – estas foram causas próximas, mas não os processos causais fundamentais. Diferentemente, o modelo foi criado a partir das respostas de adaptação e, posteriormente, reação às condições culturais e criminológicas da pós-modernidade, as quais, por sua vez, podem ser sintetizadas a partir da combinação entre os reflexos do neoliberalismo econômico com o conservadorismo social que é condição necessária para preservação do novo paradigma: liberdade da classe dominante e controle da classe dominada (2008, p. 413).

A teoria crítica de Loïc Wacquant, em um plano geral de análise, coincide com a de David Garland ao identificar o punitivismo predominante na atualidade como uma política de reação deliberada que visa ao controle social. Contudo, diferentemente da amplitude conferida pelo último às transformações sociais resultantes da pós-modernidade e de seu impacto junto ao campo do controle do crime, a análise do primeiro é muito mais focada nas transformações socioeconômicas verificadas a partir da segunda metade do século XX, a partir de apontada vinculação da rigidez do estado penal como instrumento de auxílio das políticas desregulamentadoras de livre mercado.⁶

⁶ Maria Lúcia Karam também partilha desta visão socioeconômica do controle punitivo ao afirmar que a origem da pena privativa de liberdade confunde-se com a origem do modo de produção capitalista. Inicialmente, como forma de transformação da massa indisciplinada de camponeses expulsa do campo, adaptando-os à disciplina das fábricas modernas. Posteriormente, na era do capitalismo pós-industrial, administrando a grande massa de trabalhadores excluída do mercado (2009, p. 08/09). Carlos Alberto Elbert, por sua vez, ao analisar as dificuldades de definição do objeto da Criminologia em consideração ao panorama socioeconômico do século XXI, afirma que, dentre outros fatores, a influência da pauperização e da marginalização massivas não pode ser

Por meio da obra *As Prisões da Miséria*, publicada, originariamente, no ano de 1999, Loïc Wacquant expressa, em síntese, que a guinada do social para o penal decorrente da crise do Estado do bem-estar e do advento das concepções punitivistas não contradiz, mas reforça o projeto neoliberal de desregulamentação e falência do setor público, “na medida em que traduz a implementação de uma política de criminalização da miséria que é complemento indispensável da imposição do trabalho assalariado precário e sub-remunerado (...)” (2011, p. 104). Trata-se de vincular a reestruturação neoliberal com o castigo ou, em outras palavras, qualificar a intervenção “do punho de ferro do Estado Penal” como uma condição necessária para viabilizar a atuação da “mão invisível do mercado”, tudo segundo a compreensão de que, para se perpetuar o modelo econômico vigente, devem, por meio da seletivização punitiva, ser controladas as formas possíveis de insubordinação das classes marginalizadas, assim concebidas porquanto excluídas como resultado do processo econômico (2011, p. 169).⁷

Ao menos em âmbito acadêmico, a América Latina possui importante histórico de formação e recepção de correntes teóricas que questionam o *status quo* punitivo imposto pelos países centrais e reproduzido pelas classes dominantes dos países periféricos, tanto que, desde meados da década de 1970, foi berço da Criminologia Crítica, a qual consiste em movimento que, abrangendo diferentes correntes teóricas – influenciadas em maior ou menor intensidade pela ideologia marxista – convergiam, conforme o caso, em diferentes níveis de gradação, em visualizar a Criminologia precedente e seu vínculo com o Direito Penal na posição de cúmplice do *status quo*, ou seja, como responsáveis pelas desigualdades econômicas e sociais existentes na América Latina (ELBERT, 2009, p. 205).

desconsiderada como determinante para a delimitação das respostas reativas demonstradas pelos atores formais do controle do crime (2009, p. 152).

⁷ Importa consignar que Loïc Wacquant ainda defende a ideia de que, nos Estados Unidos da América, para se compreender a retração do Estado Social e a expansão do Estado Penal, o aspecto econômico deve ser analisado em consonância com elementos de natureza racial. Neste contexto, em recente publicação, argumentou que a expansão punitiva verificada nos Estados Unidos da América nos últimos 30 anos – período de revanchismo em relação às desordens civis promovidas pela minoria negra na década de 1960 e às estagnação da década de 1970 – teve, na ordem, os seguintes alvos: classe, raça e gueto, o que, a partir da combinação dos reflexos da revolução neoliberal com o preconceito racial vigente, resultou na “no hiperencarceramento dos proletários negros em implosão” (WACQUANT, 2012, p. 231-250). Por outro lado, em outra recente publicação, Loïc Wacquant afirmou que o fato da sua obra *As Prisões da Miséria* ter sido bem recebida no âmbito acadêmico dos chamados países periféricos exemplifica que o modelo de vínculo entre neoliberalismo e penalidade punitiva é, ainda, na comparação com os chamados países centrais, mais relevante no contexto daquelas regiões, uma vez que mais próximo da realidade local: “uma concepção hierárquica de cidadania e uma pobreza massiva baseada em pronunciadas e crescentes desigualdades sociais cuja penalização é uma garantia segura do mercado” (WACQUANT, 2013, p. 203-227).

Embora não diretamente influenciado pela ideologia marxista, Eugenio Raúl Zaffaroni pode ser apontado como o mais relevante autor, no âmbito do Direito Penal e da Criminologia, de perspectiva crítica na América Latina. Esse autor define criminalização como a seleção que uma sociedade faz de um determinado número de pessoas para que sejam submetidas à coação do Estado e tenham contra si aplicada uma pena. Assim, qualifica como sendo de criminalização primária o ato de sancionar uma lei penal que incrimina ou permite a punição de certas pessoas; e como sendo de criminalização secundária a ação punitiva efetivamente exercida, no plano concreto, contra o indivíduo (ZAFFARONI et. al., 2015, p. 43/44).

Estabelecidas essas premissas conceituais, o que importa destacar, na obra do referido autor, é sua concepção de que a criminalização secundária é seletiva, porque, deliberadamente, só atinge aqueles que a ela são mais vulneráveis, seja porque as características de tais pessoas se amoldam aos estereótipos criminais; seja porque sua educação só lhes permite praticar ações ilícitas de fácil detecção ou seja porque a chamada “etiquetagem social” suscita a efetiva assunção do papel correspondente ao estereótipo que é atribuído aos aludidos indivíduos. Desse modo, a pobreza, a educação deficiente e outros elementos reflexivos da desigualdade social não são causas diretas do delito, mas fatores condicionantes a uma maior vulnerabilidade no âmbito da criminalização secundária (2015, p. 47-49).

1.4 A concepção agnóstica da pena:

Há um ponto de convergência quanto às narrativas penalógicas mesmo quando confrontadas as perspectivas absolutas, relativas ou híbridas de justificação: todas estas concepções atribuem à pena uma ou mais finalidades positivas.⁸

⁸ Nas palavras de Salo de Carvalho: “Todos os discursos de justificação, que caracterizam o direito penal dogmático e a criminologia como ciências modernas, exatamente por serem projetos epistemológicos fruto da Ilustração, atribuem ‘virtudes civilizatórias’ à sanção penal e, a partir de expectativas otimistas, projetam instrumentos de concretização. Mesmo os discursos de retribuição, que tenderiam a ser os mais céticos em relação à capacidade de a pena produzir efeitos externos, projetam-se desde uma perspectiva positiva de a sanção penal possuir a virtude de reafirmar a ordem jurídica ou de restabelecer a ordem moral violada” (2013, p. 146/147).

É recorrente, no entanto, conforme acima se antecipou, a crítica de que a sanção penal, em verdade, não se presta, no plano concreto, a alcançar nenhuma das finalidades que as concepções positivas lhe atribuem.⁹

Enfatizando-se o plano concreto da realidade social em detrimento do plano abstrato da dogmática, qualifica-se como “impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas”. De tal premissa, advém a crítica de que o Direito Penal, embora não deva se reduzir ao saber sociológico, não pode se abster de conhecer os dados que as outras ciências sociais lhe proporcionam e nem distorcer a realidade visando a adotar dados falsos como pressupostos de sua dogmática (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 65/66).

Esta distorção é recorrente no que pertine aos modelos tradicionais e contemporâneos de justificação da pena, na medida em que as assertivas a respeito da realidade do comportamento humano que, normalmente, são associadas às finalidades positivas atribuídas ao sancionamento ou são falsas ou, ao menos, carecem de comprovação científica quanto a sua efetividade.¹⁰ Trata-se de flagrante erro metodológico, o qual, além de comprometer a validade epistemológica do conhecimento produzido, possibilita a incorporação, ao saber político das instituições formais de controle do poder punitivo, de dados falsos acerca do comportamento real das pessoas e das instituições, quais sejam, os de que: a) a criminalização secundária ocorreria naturalmente e não de forma deliberada; b) e, em ocorrendo naturalmente, consistiria a criminalização secundária em um instrumento efetivo de pacificação social (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 66/67).¹¹

⁹ Segundo Roberto Lyra, a pena não atende a nenhuma das finalidades que a dogmática tradicional lhe atribui: “Seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimida, nem regenera. Embrutece e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza e desambienta. Priva de funções. Inverte a natureza. Gera cínicos ou hipócritas” (1971, p. 111).

¹⁰ São exemplos de assertivas falsas ou carentes de comprovação científica associadas à justificação positiva da pena as seguintes: “as penas mais graves diminuem o número de delitos”; “o reincidente é mais perigoso que o primário”; “a pena dissuade”; “a execução penal ressocializa”; “se se tipifica uma conduta, sua frequência diminui”; “a impunidade é causa da violência”; “a pena estabiliza o direito”, etc. (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 66/67).

¹¹ Wayne Morrison utiliza o exemplo da forma como o atentado de 11/09/2001 foi explorado pelo governo dos EUA junto à opinião pública para demonstrar que o discurso emanado do direito ou da criminologia é, pelos centros produtores de saber e poder, maleável conforme a conveniência, mesmo que, para tanto, se mostre necessária a sua desconexão com a realidade. De acordo com o autor neozelandês, encontra-se demonstrado, empiricamente, que o referido atentado consistiu em um crime contra a humanidade, razão pela qual demandaria uma resposta de uma justiça global legítima, consentânea com as normas vigentes de direito internacional; optou-se, porém, ideológica e politicamente, por se difundir a ideia de que ato terrorista possuía natureza bélica e não criminosa, possibilitando, porquanto praticados por combatentes supostamente ilegais sob à ótica da

Adotada a premissa da ilegitimidade epistemológica do saber que sustenta os dogmas de justificação positiva da pena, o dilema que surge para o operador jurídico consiste em seguir consentindo com generalizações não verificadas, proclamando-se quaisquer das funções da pena como verdade demonstrada; ou reconhecer que a pena não pode cumprir as funções manifestas que lhe são atribuídas e que suas funções latentes, em verdade, nem sequer são conhecidas em sua totalidade. No caso, afirma-se que são de cunho ético, científico, político e pragmático as razões que impõe a escolha da segunda das opções acima delineadas (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 74-77).

Impende, de fato, reconhecer que, embora com o objetivo de justificação, o poder estatal conceda às suas instituições funções manifestas (as quais, por este motivo, são expressas, declaradas e públicas), elas, ordinariamente, não correspondem às funções efetivamente exercidas pela instituição no meio social, qualificadas como latentes ou reais. Neste prisma de análise, um conceito abrangente de lei penal, para o fim de compreendê-la não apenas em sua aceção formal declarada, mas também em relação aos efeitos concretos que produz na realidade, deve partir da premissa de que existem três espécies de leis: a) as leis penais manifestas; b) as leis penais latentes – que, apesar de não possuir uma função declarada punitiva (já que publicizadas sob à aparência de lei assistencial, pedagógica, sanitária, etc.), produzem, no plano concreto, consequências punitivas; c) e as leis eventualmente penais – que, embora, usualmente, não possuam função punitiva, nem manifesta e nem latente, podem, de forma mascarada, conforme o uso que delas for realizado pelas agências punitivas, também cumprir algum desiderato punitivo (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 88/89).

Ocorre que os modelos tradicionais e contemporâneos de justificação da pena refletem, no plano dogmático, apenas as funções manifestas da lei penal, compreendidas, ainda, desde uma aceção positiva, no sentido de que representariam um bem para alguém. Contudo, conforme acima se apontou, não se pode ignorar as funções latentes da lei penal, cuja apreensão, no plano específico da justificação da pena, se dá por meio da compreensão da função política que é exercida pelo direito penal (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 92/93).

A delimitação desta função política, por sua vez, demanda a compreensão das noções de estado de polícia e de estado de direito e da forma com que ambas se inter-relacionam na sociedade. A expressão polícia, etimologicamente, pode ser equiparada à “administração” ou “governo”, o que possibilita a compreensão de que estado de polícia é aquele regido,

legislação internacional, que a responsabilização dos envolvidos se desse no contexto de um regime de exceção, descompromissado da obrigação de observar a Convenção de Genebra (2012, p. 316).

estritamente, pelas decisões políticas do governante, entendido este como o grupo, classe social ou segmento dirigente que, sem levar em consideração a opinião de outros setores da sociedade, encarna o saber acerca do que é bom ou possível, tornando suas decisões uma lei inexorável. Em contrapartida, o estado de direito pode ser qualificado como aquele cujas decisões acerca do que é bom ou possível são tomadas democraticamente, inclusive em respeito aos direitos das minorias. Conseqüentemente, são antagônicas as atitudes do estado de polícia e do estado de direito diante de um conflito: o primeiro busca apenas suprimir os conflitos sociais, enquanto que o segundo busca resolvê-los (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 93/94).

Em qualquer espécie de poder político institucionalizado na forma de Estado, os estados de polícia e de direito coexistem e lutam em constante tensão, “como ingredientes que se combinam através de medidas diversas e de modo instável e dinâmico”. Como regra, o estado de direito prevalece nos estados cuja engenharia social permite um jogo maior de freios e contrapesos. Já o estado de polícia prevalece quando o exercício do poder punitivo é operado a partir de uma seletividade criminalizadora e é legitimado a partir da racionalização de suas funções manifestas e pela dissimulação de suas funções latentes. Adotando-se essas premissas, mostra-se possível conceber a pena não como uma construção oriunda do saber jurídico, mas sim como uma manifestação de força oriunda do poder político (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 95).

Não se pode deixar de acentuar, diante de tais apontamentos, as dúvidas e as tensões que decorrem da tentativa de delimitar o objeto do direito penal na zona crítica da fronteira que separa o direito da política, razão pela qual se afigura como apropriada a figura do “dique de contenção” introduzida por Eugenio Raúl Zaffaroni como correspondente à estratégia (ação jurídica) que deve ser adotada pelo operador com o objetivo de, em sua atuação prática, limitar o poder punitivo (ação política) e salvar o maior número possível de vidas humanas. Considerando a relação existente entre o exercício do poder punitivo e os modelos de estado de polícia, exsurge como tarefa do operador jurídico de viés crítico renunciar aos modelos dogmáticos de justificação da pena que legitimam a *potestas puniendi* (GLOECKNER e AMARAL, 2013, p. 67 e 83).

A questão que se impõe é como obter um conceito ou uma justificação para a pena sem apelar para as suas funções manifestas. Em tal plano de reflexão, uma primeira ressalva deve ser efetuada: as funções latentes da pena tampouco servem ao desiderato cogitado, seja porque são múltiplas, seja porque não são conhecidas em sua totalidade. Ademais, se não são conhecidas todas as funções cumpridas pela pena, mas se sabe que aquelas atribuídas pelas

teorias positivas ou são falsas ou são não-generalizáveis, mostra-se inevitável concluir que as funções da pena não consistem no caminho mais adequado para se alcançar um conceito de sanção penal que seja delimitador do universo do direito penal. Diferentemente, ao se descartar a via formal e se valorizar os elementos ônticos do instituto, pode-se construir o conceito de que “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”, o que se obtém por exclusão a partir da constatação de que a pena é um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva e nem é coerção administrativa direta (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 99).

Tal conceito é, concomitantemente, negativo e agnóstico. É negativo por duas razões: a) porque não reconhece nenhuma função positiva passível de atribuição à pena; b) e porque é obtido por exclusão. É agnóstico, por outro lado, no que condiz às funções efetivas da pena, uma vez que confessa não as conhecer em sua integralidade (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 99/100).

Pode-se afirmar, assim, que são os seguintes os pressupostos da teoria agnóstica: (a) a pena não possui fundamento jurídico, mas sim político, uma vez que não consiste em uma consequência jurídica necessária do crime, mas sim em uma forma de exercício do poder político instituído; (b) a sanção criminal exerce uma função de controle social; (c) a pena consiste em um fenômeno inevitável na sociedade atual, uma vez que se mostra impossível conceber o Estado Moderno sem o exercício de tal prerrogativa política; (d) a pena é um fenômeno político concreto violento que, apesar de ser institucionalmente legítimo, necessita ser limitado para que a violência institucional não exceda ao necessário (CARVALHO, 2013, p. 147-149).^{12 13}

Concluindo, uma vez adotada a concepção agnóstica, mostra-se possível propor uma reformulação quanto ao papel exercido pelas narrativas jurídicas (dogmática jurídica) no âmbito da Penologia: até então, tais narrativas sempre serviram para justificar a pena; agora,

¹² Partindo de um foco diverso de análise, mas chegando a uma conclusão similar, Michel Foucault defende que se deve abandonar a ilusão de que a penalidade é, em sua essência, uma forma de repressão de delitos; aduzindo, em contrapartida, que os sistemas punitivos são fenômenos sociais complexos que não podem ser explicados unicamente a partir do seu substrato jurídico (2014, p. 28).

¹³ Nesta mesma linha, referindo Michel Foucault, Augusto do Amaral e Ricardo Gloeckner afirmam que a teoria agnóstica possibilita a compreensão da pena como um dispositivo, entendido este, por sua vez, como uma “uma rede que se estabelece entre elementos heterogêneos linguísticos e não linguísticos, sendo dotado de uma função estratégica que sempre repousa numa relação de poder e resulta de uma imbricação ‘saber-poder’”. Assim, é, justamente, nestes campos estratégicos, que o direito penal (outro dispositivo) deve visualizar a pena como um poder, ou seja, como uma realidade política (2013, p. 86-88).

sugere-se que sirvam para construir instrumentos passíveis de reduzir os efeitos danosos do inevitável exercício do poder político de punir. Ou seja, a dogmática deixaria de ser justificante para ser consequente (CARVALHO, 2013, p. 149-154).

Neste contexto, assume a teoria agnóstica uma teleologia redutora, uma vez que consiste no ponto de partida para a projeção de discursos não justificantes, mas pragmaticamente voltados à redução dos danos que são inerentes ao exercício do poder punitivo. É esse, com efeito, o fundamento que fornece unidade e coerência à perspectiva agnóstica: o princípio da redução de danos. E é esta a lição final de Salo de Carvalho, inspirada pela conclamação que faz Eugenio Raúl Zaffaroni quanto à necessidade do operador jurídico assumir sua posição de agente voltado à redução de danos (2013, p. 160):

Ao abdicar do justificacionismo e assumir a pena como uma realidade (fenômeno) da política, as estratégias de minimização dos poderes arbitrários surgem como uma reação ou uma resistência igualmente política. A postura agnóstica permite, portanto, que o operador jurídico atue consciente da institucionalização deteriorante do cárcere, voltando o seu saber e a sua atuação para a máxima neutralização possível dos efeitos da prisionalização e para a diminuição da vulnerabilidade dos indivíduos e dos grupos criminalizados. Tais premissas, conforme pondera Zaffaroni, seriam orientadoras de uma prática sem pretensões impossíveis ou utópicas.

Estabelecidas as premissas conceituais de diferenciação entre os modelos positivos de justificação e a concepção agnóstica da sanção criminal, cumpre, a seguir, examinar a forma como cada qual valora a ideia de progressividade da execução da pena privativa de liberdade, fundamento em torno do qual gravita o exame criminológico cuja exigência é analisada na presente pesquisa.

1.5 A relação da progressividade da pena privativa de liberdade com os modelos positivos e agnóstico de justificação da pena:

1.5.1 - A origem da pena privativa de liberdade como sanção e da progressividade de sua execução:

No que condiz ao plano histórico de consolidação da pena privativa de liberdade e do desenvolvimento do princípio da progressividade na execução daquele sancionamento, é de se dizer que até, a rigor, a Idade Moderna, a humanidade não conheceu a privação de liberdade

como pena, compreendida como uma sanção criminal posterior a um julgamento, mas sim como instrumento de custódia (BITENCOURT, 2012, p. 28).¹⁴

Na transição do Antigo Regime para a Idade Moderna, a tolerância que havia para com as ilegalidades mais habituais às classes populares (ilegalidade de bens) foi sendo gradativamente abolida; ao passo que a tolerância às ilegalidades habitualmente praticadas pelas classes mais favorecidas – deturpação de direitos, inobservância de leis e regulamentos, corrupção, etc. – foi preservada, o que acarretou a necessidade de desenvolvimento de um sistema de poder que exercesse vigilância constante sobre as classes menos favorecidas, ou seja, que controlasse a ilegalidade de bens. É, neste contexto, que se insere a consolidação da privação de liberdade como modalidade sancionatória e não apenas cautelar, inclusive a partir de sua forma de execução progressiva, que se aperfeiçoaria ao longo dos séculos seguintes: um sistema de controle ou, em outras palavras, “uma tecnologia de poder” (FOUCAULT, 2014, p. 90).

Neste plano histórico, a partir da Revolução Industrial, foram idealizados, instituídos e gradativamente aperfeiçoados os chamados sistemas penitenciários clássicos, de cuja origem remontam as primeiras experiências de cumprimento da pena privativa de liberdade de forma progressiva. Em breve síntese: (a) o “Sistema da Filadélfia” ou “Pensilvânico” baseava-se no completo isolamento do preso em celas individuais, da onde apenas se saía, esporadicamente, para passeios em um pátio fechado; (b) o “Sistema de Auburn” baseava-se na regra de que o preso deveria permanecer em absoluto silêncio, embora pudesse trabalhar na companhia de outros apenados durante o dia; de qualquer modo, no período noturno; (c) o Sistema Progressivo Clássico previa um período inicial de isolamento absoluto; uma fase subsequente na qual o preso poderia trabalhar na companhia de outros apenados e uma derradeira fase, na qual era inserido em um regime similar ao da liberdade condicional (AVENA, 2014, p. 223/224).

O apogeu da pena privativa de liberdade coincide, justamente, com o abandono dos regimes celular e auburniano e com a adoção do regime progressivo, sistema que se

¹⁴ Na Idade Moderna, a grave crise social dos séculos XVI e XVII agravou a fome e aumentou a criminalidade. Ademais, a ainda incipiente Revolução Industrial demandava, cada vez mais, força de trabalho. Assim, as penas de morte ou que implicavam limitações corporais aos condenados deixaram, gradativamente, de ser convenientes, ganhando força, sobretudo por iniciativa da Igreja Protestante, a ideia de construção de instituições que servissem para recolher e corrigir o comportamento dos “vagabundos, ociosos e autores de delitos menores”. É a origem das chamadas Casas de Correção e Trabalho, surgidas, sobretudo, na Inglaterra e na Holanda a partir do final do Século XVI, cujo principal objetivo era inculcar, no preso, a disciplina capitalista de produção, na medida em que os próprios fundamentos religiosos protestantes e calvinistas eram empregados para reforçar o dogma do trabalho (BITENCOURT, 2012, p. 45).

generalizou na Europa, sobretudo, após o final da Primeira Guerra Mundial. A essência desse regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, conferindo ao apenado a oportunidade de ingressar na fase subsequente caso tenha apresentado comportamento meritório na anterior (BITENCOURT, 2011, p. 97/98).

Os principais modelos de sistema progressivo que influenciaram a cultura jurídica ocidental foram os seguintes: (a) o “Sistema Inglês de Vales” (*mark system*) – idealizado e aplicado na década de 1840 pelo capitão do exército inglês Alexander Maconochie na Ilha Norfolk na Austrália, este sistema preconizava que a boa conduta do condenado fosse gratificada a partir da concessão de marcas ou vales, sendo que a quantidade destes indicadores que cada condenado deveria obter para alcançar a liberdade deveria ser proporcional à gravidade da conduta praticada; (b) o “Sistema Progressivo Irlandês” – desenvolvido na década de 1850 por Walter Crofton, buscou o aperfeiçoamento do sistema inglês a partir da criação de estágios intermediários que o apenado, com o objetivo de ser melhor preparado para retornar à sociedade, deveria observar entre a completa reclusão e a liberdade condicional; (c) Sistema de Montesinos - a partir do trabalho desenvolvido pelo espanhol Manuel Montesinos e Molina na administração do Presídio de Valência entre as décadas de 1850 e 1860, teve como principal traço marcante, a partir do fomento ao trabalho e o respeito à dignidade do preso, o fortalecimento da autoconsciência moral do apenado (BITENCOURT, 2011, p. 98-108).

No Brasil contemporâneo, a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal – LEP (Lei 7.210/84) não deixa dúvidas quanto à adoção do sistema progressivo¹⁵, descrevendo tratar-se de previsão inspirada no sistema progressivo clássico, mas com adaptações visando à ajustá-lo à moderna execução criminal ou, em outras palavras, aos objetivos almejados pelos modelos tradicionais e contemporâneos de justificação positiva da pena. Dentre estas adaptações, destacam-se as seguintes: necessidade de classificação do condenado no início da execução; estabelecimentos distintos para cumprimento da pena de privação de liberdade segundo o regime no qual se encontra o preso e exigência de avaliação meritória como condição para progressão de regime (AVENA, 2014, p. 224).

¹⁵ Itens “118” e “119” da Exposição de Motivos da LEP: Item 118: “as mudanças no itinerário da execução consistem na transferência do condenado de regime mais rigoroso para outro menos rigoroso (progressão) ou de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso (regressão)”. Item 119: “a progressão deve ser uma conquista do apenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior”.

1.5.2 Das funções manifestas associadas pelos modelos positivos de justificação da pena ao princípio da progressividade:

De fato, é nítida a concatenação entre o modelo de progressividade adotado pelo sistema brasileiro e os modelos positivos de justificação da pena, mormente em relação ao ideal de ressocialização que é inerente à prevenção especial positiva. A opção pelo sistema progressivo está diretamente relacionada ao ideal de efetivação do princípio da individualização da pena, uma vez que, por meio de um processo contínuo de avaliação da adaptação aos parâmetros normativos da convivência social, visa à concretização da reintegração social do apenado. No caso, de acordo com a ideia de progressividade, tal reintegração se dá, ao mesmo tempo, de forma gradual e individualizada, sendo implementada de modo mais ou menos célere segundo o comportamento apresentado por cada apenado no curso da execução penal (COSTA, 2014, p. 253/254).

É um sistema de dupla vertente: ao mesmo tempo em que visa a constituir um estímulo à boa conduta e à boa adesão do recluso ao regime aplicado, visa a alcançar a paulatina reforma moral do reeducando, preparando-o, assim, para regressar à sociedade (BITENCOURT, 2011, p. 97/98).¹⁶

1.5.3 Da crise do sistema progressivo e das críticas a ele dirigido pelo discurso agnóstico:

Não são poucos os autores a apontar que o sistema progressivo, na modernidade, está em crise, tal qual a própria pena privativa de liberdade da qual ele é um aspecto fundante. Cezar Roberto Bitencourt, por exemplo, visualiza, no modelo clássico de progressão da pena privativa de liberdade, as seguintes limitações: (a) seria ilusória a perspectiva de efetividade de um sistema cujo controle tem sua rigidez gradativamente abrandada ao longo do tempo; (b) o sistema alimentaria a ilusão de favorecer mudanças que são progressivamente automáticas, prejudicando o ideal de individualização; (c) não seria plausível que um apenado estivesse

¹⁶ Impende notar que mesmo alguns autores que adotam um discurso de viés crítico quanto ao caráter degradante que qualificam como inerente à pena privativa de liberdade não deixam de reconhecer que a progressividade, nos casos em que a segregação se afigura como inevitável, contribui, ao menos, para amenizar os efeitos danosos do cárcere. Esta linha discursiva é exemplificada por Karam, segundo a qual, por almejar a “a ressocialização ou reabilitação social (...), a progressão se impõe qualquer que seja a quantidade da pena privativa de liberdade imposta” (2009, p. 48).

disposto a, voluntariamente, se submeter à disciplina imposta pela prisão; (d) haveria uma rígida estereotipização quanto a cada uma das etapas progressivas previstas; e (e) o sistema meritório que condiciona a progressão acarretaria uma redução da personalidade do apenado frente a um aparelho disciplinar limitador, que visa a subjugar-lo (2011, p. 109/110).

É quanto a este último aspecto que Michel Foucault direciona seu discurso crítico. Inicialmente, definindo disciplina como o método que permite um controle minucioso das operações do corpo, realizando uma sujeição constante de suas forças e lhes impondo uma relação de docilidade-utilidade, enfatiza a correlação existente entre a modulação da pena no tempo e o aspecto disciplinador da sanção, compreendido como instrumento de dominação (2014, p. 134/135).¹⁷

Não por acaso, consolidou-se, com os esforços de codificação realizados pelos países ocidentais, um modelo de execução da privação de liberdade como sanção não apenas progressivo, mas cuja progressividade (organização do tempo em segmentos) encontra-se condicionada à realização periódica de exames tanto tendentes a aferir o mérito do apenado, como também a individualizá-lo (FOUCAULT, 2014, p. 157).¹⁸

Este objetivo de treinar o corpo do condenado para o objetivo de torná-lo obediente a um sistema de dominação é uma das funções latentes da pena privativa de liberdade, sendo certo que não corresponde a nenhuma das funções manifestas que os modelos positivos tradicionais de justificação atribuem à sanção criminal. Neste plano se destaca, no que condiz ao princípio da progressividade da execução da pena privativa de liberdade, o discurso crítico oriundo do

¹⁷ Ainda segundo Michel Foucault, uma das formas de que se valem as instituições disciplinares para impor tal relação de sujeição consiste, justamente, na administração do tempo do indivíduo objeto de dominação, o que se faz por meio da aplicação de instrumentos que são usuais no contexto dos modelos clássicos de progressão da pena privativa de liberdade: (1) divisão do tempo do apenado em segmentos; (2) organização das sequências de atividades conforme um esquema analítico; (3) finalização de cada segmento temporal a partir da realização de uma prova que é condição para admissão na etapa subsequente, prova esta que possui uma tripla finalidade – verificar se o nível previsto foi atingido, garantir que a aprendizagem está em conformidade com a dos demais apenados e diferenciar as capacidades próprias de cada indivíduo; (4) estabelecimento de métodos de exercitação próprios para cada segmento temporal (2014, p. 155/156).

¹⁸ Enfatizando, por outro lado, em um contexto de crítica aos modelos tradicionais de justificação da pena, os instrumentos de gestão do tempo e do espaço que são inerentes à modulação da execução da pena em períodos progressivos, Augusto do Amaral e Ricardo Gloeckner afirmam que a relação que pode ser estabelecida entre o elemento temporal e a prevenção é que esta última, independentemente de ser negativa ou positiva, sempre se projeta para o futuro. Neste contexto, considerando que se vivencia, atualmente, uma crise quanto à administração do tempo, uma vez que a velocidade é o comando imperativo das relações sociais, fragilizar-se-ia o sentido de ancorar a punição no controle espacial e na ideia de uma punição diferida no tempo (2013, p. 105-107).

modelo agnóstico, uma vez que possibilita a valoração dos instrumentos que são inerentes ao instituto – dentre os quais a exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime – não (apenas) em consideração aos objetivos quanto a eles reconhecidos pela dogmática jurídica tradicional, mas também em relação à função que, efetivamente, exerceriam no plano político-social que dá sustentação à pena.

2 A exigência de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime da pena privativa de liberdade:

2.1 Os contornos normativos e jurisprudenciais, no Brasil, da exigência de exame criminológico como condição subjetiva para progressão da pena privativa de liberdade:

Com a promulgação da nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro – CP (Lei 7.209/1984) e da Lei de Execução Penal Brasileira – LEP (Lei 7.210/1984), foram instituídos, no ordenamento jurídico brasileiro, três instrumentos de avaliação criminológica: o exame criminológico, o exame de personalidade e o parecer das Comissões Técnicas de Classificação.

A instituição destas três espécies distintas de avaliação é fruto da evolução da forma de compreensão do instituto do exame criminológico, considerado em sentido amplo. Isto porque o exame, até então, era atrelado a uma visão organicista da gênese do comportamento criminoso, associado a condutas qualificadas como anormais ou patológicas. Era visto, assim, estritamente como um instrumento científico de diagnóstico de ditas anormalidades. Contudo, à medida em que a Criminologia avançou para uma visão menos determinista do comportamento criminoso e ampliou seu objeto para além das figuras do crime e do delinquente, o exame criminológico, em sentido amplo, também passou a ser objeto de uma abordagem interdisciplinar, originando, no Brasil, as três espécies de avaliação acima referidas, as quais, em suma, expressam a opção pela consideração do apenado em sua individualidade como pessoa (SÁ, 2014, p. 202/203).

O exame criminológico propriamente dito, antes da reforma promovida pela Lei 10.792/2003, era previsto, na LEP, em duas modalidades: de entrada (visando, no início do cumprimento da pena, à obtenção dos elementos necessários à classificação do apenado – art. 8º da LEP¹⁹) e para instruir pedidos de progressão de regime (art. 112 da LEP).

¹⁹ Art. 8º da Lei 7.210/84: “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”.

Já o exame de personalidade foi previsto no art. 9º, não tendo sido modificado com a reforma.²⁰ Objetiva o alcance de dados reveladores do comportamento do apenado, também com o desiderato de melhor individualização da pena. Os pareceres da Comissão Técnica de Classificação, por sua vez, foram previstos no art. 6º da LEP²¹ (visando à elaboração do programa individualizador da pena privativa de liberdade) e no supracitado art. 112 do mesmo ato normativo (também visando a instruir, nestes casos, decisões jurisdicionais de progressão de regime).

A reforma introduzida na LEP pela Lei 10.792/2003 extinguiu, expressamente, o exame criminológico voltado à instrução de pedidos de progressão de regime (art. 112) e o parecer da Comissão Técnica de Classificação na forma em que originariamente previsto no art. 6º²², assim como também o mesmo parecer quando voltado a instruir pedidos de progressão de regime (art. 112). A reforma, porém, preservou o exame criminológico de entrada (art. 8º) e o exame de personalidade (art. 9º).

Vejamos, detidamente, ditas alterações, com especial ênfase na modificação de redação ocorrida em relação ao art. 112 e sua repercussão jurisprudencial no que condiz ao cabimento da exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime prisional.

Os artigos 33, §2º, do CP e 112 da LEP retratam, expressamente, a opção do sistema normativo brasileiro pela adoção do princípio da execução progressiva da pena privativa de liberdade.²³

²⁰ Art. 9º da LEP: “Art. 9º A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá: I - entrevistar pessoas; II - requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado; III - realizar outras diligências e exames necessários”.

²¹ Art. 6º da LEP antes da alteração de redação promovida pela Lei 10.792/03: “Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes bem como as conversões”.

²² Art. 6º da LEP após a alteração de redação promovida pela Lei 10.792/03: “Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório”.

²³ De acordo com art. 33, §2º, do CP: “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado”; já de acordo com o art. 112, *caput*, da LEP, com redação determinada pela Lei nº 10.792, de 01/12/2003, a pena privativa de liberdade “deve ser executada em forma progressiva, com a transferência a regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”. O §1º do referido art. 112, por sua vez, expressa que “a decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do

A redação originária do *caput* do art. 112, que vigorou no período compreendido entre a instituição da LEP (11/07/1984) e a entrada em vigor da Lei 10.792/03 (01/12/2003), previa que, além do preenchimento do mesmo requisito objetivo, “o mérito do preso deveria indicar a progressão”, sendo que o então parágrafo único do dispositivo previa que a decisão que concede o benefício deveria ser motivada e “antecedida de parecer pela Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”.²⁴ Ou seja, no plano subjetivo, exigia-se que o preso apresentasse uma conduta meritória que justificasse o benefício, mérito este que, nas palavras do legislador, “quando necessário”, poderia ser aferido mediante parecer da Comissão Técnica de Classificação e exame criminológico.

Da análise dos aludidos dispositivos, mostra-se claro que, até o advento da Lei 10.792/2003, o art. 112 da LEP previa expressamente a possibilidade do juiz da execução exigir a realização e “aprovação” do apenado em exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime; bem como que, após a entrada em vigor da referida lei, tal possibilidade, ao menos expressamente, foi suprimida do texto normativo. Neste contexto, a dúvida que exsurgiu após a alteração legislativa, originando acentuados debates nas searas doutrinária e jurisprudencial, correspondia à possibilidade do juiz da execução seguir exigindo a realização de tal exame, agora com o objetivo de aferir o preenchimento da condição de “bom comportamento carcerário”, prevista na atual redação do *caput* do art. 112 da LEP.

O que prevaleceu, em sede jurisprudencial, foi o entendimento de que, mesmo após o advento da Lei 10.792/2003, a realização do exame criminológico seguia sendo uma faculdade do juízo da execução.

Repercutindo entendimento que, gradativamente, se consolidara perante os Tribunais Estaduais e Regionais, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em 13/05/2010, aprovou o Enunciado nº 429 de sua Súmula, expressando que “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

defensor”. Ou seja, no que pertine ao requisito subjetivo necessário para obtenção do benefício, exige-se, apenas, que o preso ostente “bom comportamento carcerário”, conduta esta que deve ser atestada pelo diretor do estabelecimento onde a privação de liberdade vem sendo executada.

²⁴ Art. 112 da LEP antes da alteração de redação promovida pela Lei 10.792/03: “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”.

O Supremo Tribunal Federal – STF, por sua vez, ainda no ano de 2009, debruçando-se, neste primeiro momento, estritamente sobre o universo dos crimes hediondos, ao tempo em que enfatizava a já declarada inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/90, autorizando, conseqüentemente, a progressão de regime no âmbito daqueles crimes especiais, remetia o juízo da execução à análise dos requisitos gerais previstos na legislação como condição para concessão do benefício, inclusive facultando expressamente, desde que justificada a medida, a realização de exame criminológico. Esse entendimento foi consagrado no Enunciado de Súmula Vinculante nº 26, aprovado em 16/12/2009.²⁵

Não suficiente, em sucessivas decisões de Turma proferidas após a aprovação do aludido enunciado, o STF não deixou de estender este mesmo entendimento ao âmbito dos crimes em geral: “(...) 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 reinserção social do apenado” (STF, *HC 108804/SP*, 1ª T., 8-11-2011).

Em suma: o entendimento consagrado por ambos os Tribunais Superiores consistiu em reconhecer a possibilidade do juízo da execução, mesmo após o advento da Lei 10.792/2003, seguir exigindo a realização do exame criminológico para fins de progressão de regime, desde que tal exigência seja devidamente justificada por meio de decisão fundamentada.

No que condiz a projetos de lei que se encontram em tramitação quanto ao ponto, impende destacar o Projeto de Novo Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal), o qual prevê não apenas, em linhas gerais, um aumento dos parâmetros objetivos temporais necessários para progressão regime, como também, no que tange ao requisito subjetivo, que, em todo e qualquer delito, independentemente da pena aplicada, “as condições necessárias para concessão do benefício sejam objeto de exame criminológico e parecer do Conselho Penitenciário”, os quais deverão ser exarados no prazo máximo de 60 dias a contar da determinação judicial. Previu-se, ainda, no mesmo projeto, que, caso não observado o prazo de 60 dias acima indicado, a avaliação para concessão do benefício deverá levar em consideração apenas os parâmetros objetivos de aferição.²⁶

²⁵ Enunciado nº 26 da Súmula Vinculante do STF: “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”.

²⁶ Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal: “Sistema Progressivo. Art. 47. A pena de prisão será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o

Já no projeto de alteração da Lei de Execução Penal (Projeto de Lei 513/2013 do Senado Federal), embora a previsão não tenha sido expressamente estendida aos crimes em geral, estabeleceu-se, de forma assemelhada ao teor do Enunciado nº 26 da Súmula Vinculante que, quanto aos crimes hediondos e equiparados, praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, é facultada a realização de exame psicossocial (entenda-se exame criminológico), desde que realizado até o implemento do requisito temporal respectivo.²⁷

2.2 Da posição do Conselho Federal de Psicologia quanto à exigência de exame criminológico para progressão da pena privativa de liberdade:

A Resolução 009/2010 do CFP foi editada com o objetivo de “regulamentar a atuação do psicólogo no sistema prisional”.

No preâmbulo do referido ato normativo, de plano, o referido órgão de fiscalização profissional já expôs sua concepção ideológica acerca da questão prisional, enunciando as premissas de que a análise do problema carcerário não poderia ser dissociada do contexto de marginalização e exclusão que é próprio da sociedade brasileira e que a Psicologia, nos planos acadêmico e de exercício profissional, considerado o quadro fático em questão, não poderia

preso ostentar bom comportamento carcerário e aptidão para o bom convívio social e tiver cumprido no regime anterior: I – um sexto da pena, se não reincidente em crime doloso; II – um terço da pena: a) se reincidente; b) se for o crime cometido com violência ou grave ameaça; ou c) se o crime tiver causado grave lesão à sociedade; III – metade da pena: a) se o condenado for reincidente em crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa ou em crime que tiver causado grave lesão à sociedade; ou b) se condenado por crime hediondo; IV – três quintos da pena, se reincidente e condenado por crime hediondo. §1º As condições subjetivas para a progressão serão objeto de exame criminológico, sob a responsabilidade do Conselho Penitenciário e com prazo máximo de sessenta dias a contar da determinação judicial. §2º A não realização do exame criminológico no prazo acima fixado implicará na apreciação judicial, de acordo com critérios objetivos. §3º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais, salvo comprovada impossibilidade, a que não deu causa. §4º Se, por razão atribuída ao Poder Público não houver vaga em estabelecimento penal apropriado para a execução da pena em regime semiaberto, o apenado terá direito à progressão diretamente para o regime aberto. §5º A extinção da pena só ocorrerá quando todas as condições que tiverem sido fixadas forem cumpridas pelo condenado”. Grifou-se.

²⁷ Projeto de Lei 513/2013 do Senado Federal: “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência automática para regime menos rigoroso, quando o preso houver cumprido ao menos 1/6 da pena no regime anterior, exceto se constatado mau comportamento carcerário, lançado pelo diretor do estabelecimento no registro eletrônico de controle de penas e medidas de segurança, caso em que a progressão ficará condicionada ao julgamento do incidente, em que obrigatoriamente se manifestarão o Ministério Público e a defesa, afastando a configuração da falta, respeitadas a prescrição e normas que vedem a progressão. Parágrafo único. Para os crimes hediondos e equiparados, praticados com violência ou grave ameaça à pessoa poderá ser exigido exame psicossocial, determinado judicialmente, com prazo suficiente, desde que realizado até o implemento do requisito temporal do benefício”. Grifou-se.

deixar de assumir o compromisso social de defender soluções alternativas à privação de liberdade como sanção punitiva, além de se engajar, quando a prisão for inevitável, na luta pela garantia dos direitos humanos no âmbito das instituições onde a privação de liberdade é promovida.²⁸

Uma vez estabelecidas tais premissas, previu-se, no art. 4º, alíneas “a” e “b”, da Resolução 009/2010, ser, em consideração ao disposto nos art. 6º e 112 da LEP, ambos com a redação alterada pela Lei 10.792/2003, vedado aos psicólogos que atuam nos estabelecimentos prisionais, sob pena de falta ético-disciplinar, realizar exame criminológico, participar de ações e opinar para instruir decisões jurisdicionais ou administrativas que, tendo natureza punitiva ou disciplinar, pudessem vir a proferidas, respectivamente, pelo juiz da execução ou pelo diretor da unidade prisional.²⁹

²⁸ Preâmbulo da Resolução 009/2010 do CFP: “O Conselho Federal de Psicologia, no uso de suas atribuições legais e regimentais, que lhe são conferidas pela Lei nº 5.766, de 20/12/1971; CONSIDERANDO o disposto no Art. 6º, letra c, da Lei nº 5.766 de 20/12/1971, e o Art. 6º, inciso V, do Decreto nº 79.822 de 17/6/1977; CONSIDERANDO que a Constituição Federal, em seu Art. 196, bem como os princípios e diretrizes preconizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), definem que a saúde é direito de todos e dever do Estado; CONSIDERANDO as Regras Mínimas para Tratamento do Preso no Brasil (Resolução nº 14 de 11/11/1994), resultante da recomendação do Comitê Permanente de Prevenção do Crime e Justiça Penal da ONU, que estabelece em seu Art. 15 a assistência psicológica como direito da pessoa presa; CONSIDERANDO publicação elaborada pelo Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e o Conselho Federal de Psicologia (CFP): Diretrizes para atuação e formação dos psicólogos do sistema prisional brasileiro; CONSIDERANDO que as questões relativas ao encarceramento devem ser compreendidas em sua complexidade e como um processo que engendra a marginalização e a exclusão social; CONSIDERANDO que a Psicologia, como Ciência e Profissão, posiciona-se pelo compromisso social da categoria em relação às proposições alternativas à pena privativa de liberdade, além de fortalecer a luta pela garantia de direitos humanos nas instituições em que há privação de liberdade; CONSIDERANDO os princípios éticos fundamentais que norteiam a atividade profissional do psicólogo contidos no Código de Ética Profissional do Psicólogo; CONSIDERANDO que os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão, notadamente aqueles que se fundamentam no respeito e na promoção da liberdade, da dignidade, da igualdade e da integridade do ser humano, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos; CONSIDERANDO o processo de profícua interlocução com a categoria, e como objetivo de produzir referências técnicas para a prática profissional do psicólogo no sistema prisional; CONSIDERANDO a necessidade de referências para subsidiar a atuação do psicólogo no sistema prisional e a produção qualificada de documentos escritos decorrentes de sua intervenção; CONSIDERANDO decisão deste Plenário em reunião realizada no dia 18 de junho de 2010, RESOLVE: (...)”.

²⁹ “Art. 4º da Resolução 009/2010 do CFP. Em relação à elaboração de documentos escritos: a) Conforme indicado nos Art. 6º e 112º da Lei 10.792/2003 (que alterou a Lei 7.210/1984), é vedado ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvam práticas de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado; b) O psicólogo, respaldado pela Lei nº 10792/2003, em sua atividade no sistema prisional somente deverá realizar atividades avaliativas com vistas à individualização da pena quando do ingresso do apenado no sistema prisional. Quando houver determinação judicial, o psicólogo deve explicitar os limites éticos de sua atuação ao juízo e poderá elaborar uma declaração conforme o Parágrafo Único. Parágrafo Único. A declaração é um documento objetivo, informativo e resumido, com foco na análise contextual da situação vivenciada pelo sujeito na instituição e nos projetos terapêuticos por ele experienciados durante a execução da pena”.

Isso implica dizer que o CFP, ao assim restringir a atuação do psicólogo em âmbito prisional, limitou-a, a partir da alteração promovida pela Lei 10.792/2003 quanto ao art. 112 da LEP, à prática de ações ou à produção documentos escritos que fossem destinados “à individualização da pena quando do ingresso do apenado no sistema prisional”.

A publicação deste ato normativo expôs, pela primeira vez de forma pública, a divergência existente entre as visões dominantes no âmbito dos campos do Direito e da Psicologia no que condiz aos limites da atuação do psicólogo no ambiente prisional visando a instruir a atividade jurisdicional. Inserida neste prisma, a referida publicação motivou reações de diferentes órgãos representativos de classes jurídicas, interessados na preservação do discurso historicamente defendido no âmbito daquele primeiro campo. Estas reações, em sua maioria, questionavam a legitimidade do discurso emanado do campo da Psicologia, sob a justificativa de que o emanado do Direito, diferentemente daquele primeiro, se encontrava amparado por decisões vinculantes ou vinculativas do STF (MAGALHÃES, SOUZA e LÂMEGO, 2015, p. 275).

As pressões resultantes de ditas reações geraram resultados, o que motivou o CFP a, inicialmente, em setembro de 2010, publicar a Resolução 019/2010, suspendendo por seis meses os efeitos da Resolução 009/2010³⁰; bem como, por fim, em maio de 2011, a publicar a Resolução 012/2011, a qual, conferindo nova regulamentação à atuação do psicólogo em âmbito prisional, acabou por relativizar algumas das disposições da Resolução 009/2010.

No que condiz, inicialmente, à Resolução 019/2010, importa referir que, consoante nota divulgada no sítio eletrônico do CFP na data de 04/09/2010³¹, a decisão pela suspensão

³⁰ Resolução nº 019/2010 do CFP. “A Diretoria do CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, que lhe são conferidas pela Lei nº 5.766, de 20/12/1971 e pelo art. 8º, inciso V, do Regimento Interno do Conselho Federal de Psicologia (Resolução CFP nº 017/2000); CONSIDERANDO a Recomendação PRDC – PR/RS nº 01/2010, expedida pela Procuradoria da República no Rio Grande do Sul - Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, requerendo a suspensão da Resolução CFP nº 009/2010, sob pena do ajuizamento de Ação Civil Pública para suspender os termos da referida Resolução; CONSIDERANDO que o indigitado ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal poderá retirar a aplicabilidade e eficácia da Resolução CFP nº 009/2010, e em consequência os avanços alcançados pelos seus próprios termos; CONSIDERANDO a proposta de realização de Audiência Pública no período de suspensão com todos os atores envolvidos no tema no âmbito do sistema penitenciário brasileiro; CONSIDERANDO os princípios éticos fundamentais que norteiam a atividade profissional do psicólogo contidos no Código de Ética Profissional do Psicólogo; CONSIDERANDO decisão desta Diretoria em reunião realizada no dia 02 de setembro de 2010, RESOLVE, ad referendum do Plenário do Conselho Federal de Psicologia: Art. 1º. Suspender os efeitos da Resolução CFP nº 009/2010 pelo prazo de seis meses, contados da data de publicação da presente Resolução. Art. 2º - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação. Brasília (DF), 02 de setembro de 2010”.

³¹ <http://site.cfp.org.br/cfp-suspende-efeitos-da-resoluo-cfp-n-0092010-por-seis-meses-resoluo-n-010-mantida/>.

provisória dos efeitos da Resolução 009/2010 foi adotada em virtude de recomendação da Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul – PR/RS, sob pena de que, no caso de não acolhimento, houvesse o ajuizamento de ação civil pública em face do órgão federal de classe. O CFP, de qualquer modo, mesmo acatando a recomendação, não deixou de externar, na mencionada nota, que a Resolução nº 009/2010 fora aprovada:

(...) pelo conjunto dos Conselhos de Psicologia sob a égide da crítica às instituições penitenciárias que, de maneira geral, não cumprem sua função de ressocialização, descumprindo a Lei de Execuções Penais no tocante à instalação da Comissão Técnica de Classificação e delegando ao exame criminológico a decisão sobre a progressão de pena. Foi em vista disso que o CFP vetou a realização do exame criminológico pelos psicólogos. Tal exame não atende aos princípios éticos e técnicos da profissão. A suspensão da Resolução também busca resguardar psicólogos que vêm sendo ameaçados de prisão por acatar a decisão do Conselho pela não realização do exame criminológico.

Inserida neste contexto de contraposição de discursos, a Resolução 012/2011 do CFP, em seu art. 4º³², acolheu a reivindicação emanada do campo jurídico para que restasse abolida a restrição da Resolução 009/2010 à atuação do psicólogo para elaboração de exame criminológico em âmbito prisional; mas acolheu a reivindicação dominante oriunda do campo da Psicologia para que, ao menos, no âmbito daquele exame, restasse vedado ao psicólogo realizar prognóstico criminológico de reincidência. Em resumo, previu-se que o psicólogo poderia, quando fosse determinada judicialmente a realização de exame criminológico, apenas realizar uma “perícia psicológica, a partir dos quesitos elaborados pelo demandante e dentro dos parâmetros técnico-científicos e éticos da profissão”, sendo-lhe vedado, porém, elaborar “prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexos causais a partir do binômio delito-delinquente” (MAGALHÃES, SOUZA e LÂMEGO, 2015, p. 277).

³² Art. 4º da Resolução 012/2011 do CFP. “Em relação à elaboração de documentos escritos para subsidiar a decisão judicial na execução das penas e das medidas de segurança: a) A produção de documentos escritos com a finalidade exposta no caput deste artigo não poderá ser realizada pela(o) psicóloga(o) que atua como profissional de referência para o acompanhamento da pessoa em cumprimento da pena ou medida de segurança, em quaisquer modalidades como atenção psicossocial, atenção à saúde integral, projetos de reintegração social, entre outros. b) A partir da decisão judicial fundamentada que determina a elaboração do exame criminológico ou outros documentos escritos com a finalidade de instruir processo de execução penal, excetuadas as situações previstas na alínea 'a', caberá à(ao) psicóloga(o) somente realizar a perícia psicológica, a partir dos quesitos elaborados pelo demandante e dentro dos parâmetros técnico-científicos e éticos da profissão. § 1º. Na perícia psicológica realizada no contexto da execução penal ficam vedadas a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexos causais a partir do binômio delito-delinquente. § 2º. Cabe à(ao) psicóloga(o) que atuará como perita(o) respeitar o direito ao contraditório da pessoa em cumprimento de pena ou medida de segurança”.

O discurso dominante da Psicologia, retratado nesta Resolução 012/2011, foi novamente combatido pelo discurso dominante do Direito, agora por meio de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal – MPF.

Conforme acima se adiantou, o MPF já questionara, anteriormente, o cabimento da Resolução 009/2010. Na ocasião, para tanto, questionara a competência normativa do CFP para, em suposta extrapolação material ao conteúdo das leis formais vigentes, estabelecer, por meio de ato infralegal, restrições ao exercício da profissão de psicólogo. Aduzira, ainda, que a Resolução atentava contra o princípio do livre exercício da atividade profissional encartado no inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal – CF. Finalmente, a par destas alegações de natureza formal, acrescentara que o exame criminológico seria um instrumento efetivo e, assim, indispensável, para subsidiar as decisões do juízo da execução penal. Desse modo, quando o CFP, acolhendo a reivindicação do MPF, revogou a Resolução 009/2010 e a substituiu pela Resolução nº 012/2011, o fez sob a justificativa de que esta última não restringia o exercício da profissão, mas apenas estabelecia condições técnicas e éticas para o seu exercício.

Discordando da justificativa apresentada, o MPF ajuizou ação civil pública³³ com o objetivo de também suspender a Resolução 012/2011 do CFP, sob a alegação de que esta, embora não tenha vedado a realização do exame criminológico, esvaziara, ao proibir o prognóstico de reincidência e a aferição de periculosidade, o seu conteúdo, caracterizando, assim, restrição indevida ao exercício da profissão. Este argumento foi acolhido pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Porto Alegre, o qual, ao proferir sentença na data de 08/04/2015, além de reconhecer cabimento à tese de que o CFP, em âmbito formal, extrapolara os limites de seu poder regulamentar, não deixou de enfatizar que o exame criminológico, na linha dos precedentes jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, era um “importante expediente de trabalho do juiz da execução” para instruir decisões de progressão de regime prisional, circunstância esta que também tornaria injustificável a iniciativa do CFP de restringi-lo.

Ao proferir sentença – que, por se tratar de ação civil pública, produziu efeitos em todo o território nacional –, o Juízo da 1ª Vara Federal de Porto Alegre, além de acolher o pedido inicial de declaração da nulidade da Resolução 12/2011 do CFP, antecipou os efeitos da tutela jurisdicional para, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão, suspender, em todo o país,

³³ Ação Civil Pública nº 5028507-88.2011.404.7100/RS, distribuída ao Juízo da 1ª Vara Federal de Porto Alegre.

os efeitos da Resolução. Interposto recurso de apelação pelo CFP, foi este desprovido por meio de acórdão proferido pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF/4 na data de 26/08/2015, em cujo voto condutor restou enfatizado o cabimento dos fundamentos adotados na sentença.³⁴

2.3 O discurso dominante no campo da doutrina do Direito acerca da exigência de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime:

Conforme acima referido, apesar das alterações promovidas pela Lei 10.792/2003 no texto do art. 112 da LEP, prevaleceu, em sede jurisprudencial, o entendimento de que o exame criminológico pode seguir sendo exigido pelo juízo da execução como condição subjetiva para progressão de regime da pena privativa de liberdade, desde que em decisão fundamentada.

O referido entendimento, respaldado por decisões dos Tribunais Superiores, é, efetivamente, dominante no campo do Direito, o que não significa que não existam, dentre representantes da doutrina jurídica, discursos críticos a tal acepção.

Segundo Rodrigo Duque Estrada Roig, a progressão de regime possui natureza de direito público subjetivo, podendo ser exigida do Estado sempre que presentes seus requisitos, com ampla redução, portanto, do espaço de discricionariedade do julgador. Estabelecida esta premissa, o autor tece críticas, inicialmente, à própria previsão normativa do art. 112 da LEP,

³⁴ EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. RESOLUÇÃO 12/2011. COMPETÊNCIA EXCEDIDA. EFICÁCIA DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. ABRANGÊNCIA ALÉM DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. POSSIBILIDADE. - A Constituição Federal prevê a liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão quando atendidas as qualificações previstas em lei (art. 5º, inc. XIII da Carta Magna). Portanto, não compete ao Conselho Federal de Psicologia, por meio de resoluções, impor requisitos ou restrições ao exercício profissional que não estejam dispostos na legislação. - As recomendações contidas na Resolução nº 12/2011 não podem ser consideradas como meras condições técnicas e éticas estabelecidas para o exercício da profissão, e sim ampliações da competência regulamentar do CFP, uma vez que suprimem elementos essenciais à devida prestação de serviços por parte dos psicólogos, esvaziando a finalidade dos laudos e pareceres psicológicos no auxílio ao poder judiciário. - A partir do julgamento do Recurso Especial repetitivo nº 1243887/PR, o STJ vem afastando a limitação da competência territorial do órgão julgador na hipótese de grupo indeterminado e isonômico distribuído por todo o território nacional, sob pena de sancionar a aplicação de normas distintas a pessoas detentoras da mesma condição jurídica. (TRF4, APELREEX 5028507-88.2011.404.7100, TERCEIRA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 28/08/2015).

sob a justificativa de que, em um sistema que diz primar pela segurança jurídica, a avaliação judicial de um direito cuja concessão é vinculada e não discricionária jamais poderia ser condicionada a quaisquer requisitos de natureza subjetiva, limitando-se àqueles que fossem objetivamente verificáveis pelo julgador (2014, p. 326/327).

De qualquer modo, ressalvando ser inquestionável que o art. 112 da LEP, inclusive na sua redação atual, prevê um requisito de natureza subjetiva como condição para a progressão de regime – apresentar “bom comportamento carcerário” –, Rodrigo Duque Estrada Roig defende que tal requisito seja, ao menos, interpretado restritiva e objetivamente, sendo compreendido como a condição resultante da ausência de punição formal, na forma de sanção disciplinar, imposta de forma definitiva pelo Estado ao apenado no curso da execução da pena em um período de tempo razoavelmente anterior ao pleito de concessão do benefício (2014, p. 328).

Maria Lúcia Karam, por sua vez, expressa que o princípio da legalidade é vulnerado quando se condiciona a progressão de regime a qualquer espécie de exame tendente a aferir o suposto mérito do apenado. A uma porque os exames que visam a identificar a suposta periculosidade do indivíduo e, assim, realizar um prognóstico quanto à perspectiva de reiteração delitiva “se baseiam em inquirições sobre a personalidade, sobre o modo do indivíduo pensar e de ser, invadindo sua intimidade, sua alma, vulnerando sua privacidade”. A duas porque tais exames condicionam o alcance do direito subjetivo à progressão de regime à aferição de elementos concernentes ao caráter do indivíduo, alinhando-se à concepção de um direito penal do autor e não do fato. E, finalmente, a três porque o próprio conceito de periculosidade é indefinível, o que comprometeria a taxatividade que seria exigível do texto legal (2009, p. 53/54).

Andrei Schmidt ressalva que o exame criminológico, conforme previsto normativamente na LEP, deveria ser formulado, a partir de parâmetros científicos, por peritos que acompanhassem o preso durante todo o período de execução da pena. Contudo, na prática, considerando que o referido acompanhamento não é realizado, o discurso exarado nos laudos é “tão leigo quanto a conversa de duas pessoas comuns”, o que possibilita, por exemplo, que o arrependimento, embora não seja parâmetro científico para aferir periculosidade, seja adotado como critério balizador para a progressão de regime. De qualquer forma, segundo o mesmo autor, tal irracionalidade é conveniente ao discurso, uma vez que, “mascarando a podridão do

sistema penitenciário”, permite que os magistrados escorem suas decisões nos laudos criminológicos sem maiores problemas de consciência (2004, p. 02/03).³⁵

Embora, além dos mencionados, existam outros autores com olhar crítico sobre o problema³⁶, a posição majoritária na doutrina jurídica, repita-se, após o advento da Lei 10.792/2003, sempre foi a de respaldar o cabimento do entendimento jurisprudencial, também majoritário, quanto à possibilidade do exame criminológico seguir sendo exigido pelo juízo da execução como condição subjetiva para a progressão de regime.

Renato Marcão qualifica como inconstitucional a iniciativa do CFP de, por meio de uma Resolução, ato normativo infralegal, tencionar impor limitações ao exercício da profissão de psicólogo. Também refere que as disposições constantes na Resolução 009/2010 do CFP devem ser desconsideradas pelo discurso jurídico pelo simples fato de contrariar o teor de enunciados de súmula editados pelos Tribunais Superiores, estes sim de observância obrigatória pelos agentes que constituem o campo do Direito (2010, p. 36-38).

Júlio Fabbrini Mirabete, enfatizando a necessidade de preservação dos “interesses da segurança nacional”, considera que o exame criminológico possui o condão de aferir a periculosidade do apenado, razão pela qual o pedido de progressão de regime prisional poderia ser obstado quanto a referida avaliação indicasse haver possibilidades do criminoso voltar a delinquir. Assim, evitar-se-ia que condenados “não preparados” retornassem ao convívio social (2000, p. 51).

³⁵ Também criticando a atuação dos juízes da execução penal como “meros homologadores de laudos” e a conveniente consequência da possibilidade de refúgio “na impessoalidade da decisão”, Aury Lopes Jr. e Alexandre Rosa traçam curioso paralelo entre o exame criminológico e o chamado “Experimento de Rosenhan”. Este consistiu em uma experiência realizada, no ano de 1972, pelo psicólogo David Rosenhan, durante a qual colaboradores sadios (pseudopacientes) simularam alucinações sonoras para o fim de tentar admissão em diferentes hospitais psiquiátricos dos Estados Unidos da América, devendo aquelas instituições, ao analisar os pacientes falsos em conjunto com pessoas com problemas mentais reais, identificar quais estavam fingindo seus sintomas. Os resultados obtidos, então, demonstraram que houve um grande número de pacientes falsos diagnosticados como doentes e um grande número de pacientes verdadeiros diagnosticados como impostores, razão pela qual o referido experimento é considerado como uma das maiores críticas científicas já realizadas ao diagnóstico psiquiátrico (2017).

³⁶ Carmen Barros e Gustavo Junqueira ressaltam que, em uma ordem constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana e diante do diagnóstico de falência das ideias de defesa social, não se deve buscar a ressocialização – a qual justificaria a avaliação meritória como condição para a progressão de regime –, mas sim, tão somente, abrandar os efeitos deletérios do cárcere, tornando descabido qualquer condicionamento à flexibilização do regime carcerário (2010, p. 03/04). Silva, por sua vez, alega que o exame criminológico adota a falsa premissa de que o psicólogo poderia prever o comportamento futuro do homem a partir de elementos colhidos de sua subjetividade, tal qual como se a periculosidade pudesse ser equiparada a uma patologia. Qualificando tal concepção como “lombrosiana”, enfatiza sua carência de fundamento para justificar a exigência de exame criminológico condição para a progressão de regime prisional (2010, p. 39-41).

Norberto Avena expressa que a progressão do regime prisional se fundamenta na necessidade de individualização da execução e visa a assegurar que a pena privativa de liberdade alcance aquela que seria a finalidade manifesta que o autor atribui à pena, qual seja, a ressocialização do apenado. Então, analisando-se a progressão de regime sob este viés, o benefício só poderia ser deferido quando se demonstrasse, por meio do exame cabível, que o apenado possui condições de se adaptar socialmente ao regime menos rigoroso (2014, p. 224). Assim, ainda segundo Norberto Avena, o atestado fornecido pelo diretor do estabelecimento prisional cuja exigência decorre da expressão “bom comportamento carcerário” inserta no *caput* do art. 112 da LEP deve ser compreendido apenas como “um elemento mínimo de formação do convencimento do juiz sobre o mérito do apenado, podendo e devendo o magistrado, se entender necessário, valer-se de outros fatores para tal aferição” (2014, p. 227).

Da mesma forma, Cláudio Araújo e Marco Antônio Menezes destacam que o exame criminológico foi previsto normativamente na LEP com o objetivo de assegurar o ideal de individualização da pena. Neste contexto, enfatizando que dito exame é realizado por qualificada equipe multidisciplinar, apontam tratar-se “da melhor forma pela qual o magistrado tem como fundamentar sua decisão acerca da antecipação da liberdade do sentenciado e progressão regimental”. Referem, também, que, no mínimo, são três os órgãos jurisdicionais que, conforme o caso, apreciarão o cabimento do exame, o que demonstraria a possibilidade de realização de um controle efetivo acerca do seu conteúdo (2003, p. 3).

Na mesma linha é a visão de Sídio Mesquita Júnior, segundo a qual o melhor entendimento é o de que a prerrogativa judicial para determinar ou não a realização do exame como condição para a progressão de regime deve ser analisada casuisticamente, conforme as circunstâncias de cada caso concreto (2015, p. 397/398). Neste prisma de análise, o autor apenas ressalva que o cabimento quanto à exigência excepcional e motivada do exame tende a ser ainda mais justificável na transição dos regimes semiaberto para o aberto, em detrimento da do fechado para o semiaberto, já que “(...) aqui a disciplina tem relevância ainda maior, uma vez que o regime aberto baseia-se na autodisciplina” (2015, p. 402).

Norberto Avena adota, igualmente, uma visão ponderada ao ressaltar que a possibilidade de exigência judicial do exame não implica concluir que os apontamentos dos técnicos criminológicos vinculariam o juízo, nem para deferir nem para indeferir o pedido de progressão. Por derradeiro, de qualquer modo, enuncia as razões pelas quais qualifica como

correto o entendimento jurisprudencial que se consolidou perante os Tribunais Superiores (2014, p. 227/228):³⁷

Absolutamente correta, a nosso ver, essa orientação jurisprudencial, a um porque é sabido que o atestado de boa conduta prisional emitido pelo diretor do estabelecimento pode ser falho, nem sempre refletindo de forma fidedigna a real postura do apenado; a dois porque o exame criminológico permite avaliar com maior segurança o requisito subjetivo exigido para a progressão, especialmente se o reeducando apresenta as condições necessárias para iniciar a sua integração ao meio social; e a três porque a noção de ‘bom comportamento’, tal como prevista no art. 112 da LEP, abrange a valoração de elementos que não se restringem ao mero atestado de boa conduta carcerária, tais como a dissimulação, o baixo grau de responsabilidade, a ausência de reflexão sobre os atos cometidos, a insegurança da personalidade, a dificuldade de observar leis e normas, o desinteresse em trabalhar ou frequentar cursos profissionalizantes, etc. O exame criminológico, enfim, propicia ao juiz, com base em parecer técnico, uma decisão mais consciente a respeito do benefício a ser concedido ao apenado.

Na comparação com os dois últimos autores mencionados, a visão de Régis Prado *et al.* pode ser qualificada como mais radical, na medida em que defendem que o juízo da execução sempre deve exigir o exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime quando, no caso, “a prognose for negativa”. Afirmam que (2015, p. 132/133):

Se um dos princípios norteadores da execução penal gravita sobre a reeducação do condenado e sua gradual reinserção social, não pode o juízo das execuções conceder benefício a um condenado quando percebe que este não se encontra preparado para viver em comunidade e não tem demonstrado nenhum esforço para tanto, devendo ser desprezado em tal hipótese simples atestado emitido pela direção do presídio, que nem de longe expressa uma prognose positiva de reeducação, já que é dever do condenado manter um comportamento disciplinado no interior do presídio.

Álvaro Mayrink da Costa, em obra tradicional, também visualiza a mesma potencialidade do exame criminológico projetar o comportamento futuro do condenado, sem prejuízo da aptidão do exame para indicar as causas do próprio comportamento que fora objeto de incriminação. Trata-se, respectivamente, do prognóstico e do diagnóstico criminológicos (1972, p. 152).

³⁷ Luciano Feldens compreende que o princípio da proporcionalidade, com assento constitucional, abrange, em uma das suas acepções, a vedação à proteção penal insuficiente. Assim, argumenta que a interpretação realizada pelos Tribunais quanto ao art. 112 da LEP após a alteração promovida pela Lei 10.792/03 pode ser qualificada como conforme à Constituição, uma vez que vedar ao juiz da execução a prerrogativa de, conforme cada caso concreto, avaliar a conveniência de exigir exame criminológico como condição para progressão de regime, equivaleria a vedar a proteção penal necessária da sociedade quanto a referida exigência se afigurasse como indeclinável (2005, p. 202/203).

Segundo o mesmo autor, o comportamento desviante pode ter como causas elementos concernentes à constituição biológica do indivíduo ou a suas reações psicológicas, ambas influenciadas pelo condicionamento social a que submetidas, elementos todos estes que poderiam ser identificados por meio do exame criminológico. Desse modo, enfatizando-se as mencionadas noções de diagnóstico e prognóstico, pode-se afirmar que esta última, inclusive, possuiria o condão de possibilitar o alcance das finalidades positivas que a doutrina jurídica tradicional atribui à pena, auxiliando na identificação das medidas preventivas a serem adotadas e, também, das medidas diretas passíveis de adoção para fins de ressocialização – prevenção geral e especial (1972, p. 54).

2.4 O discurso dominante no campo da doutrina da Psicologia acerca da exigência de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime:

Diferentemente do que se verifica dentre os representantes da doutrina jurídica, no campo da Psicologia, predomina, no subcampo doutrinário, a espelhar a posição adotada pelo CFP, um discurso de viés mais crítico quanto à exigência de exame criminológico como condição para progressão de regime da pena privativa de liberdade, mormente, por óbvio, no que condiz à contribuição que o conhecimento científico psicológico poderia fornecer a tal avaliação, em especial no que tange às apontadas dificuldades de se fornecer um prognóstico seguro quanto às perspectivas de reinserção social do apenado e suas consequências.

Esta visão crítica, em um plano inicial de análise, advém da avaliação da correlação existente entre o Direito e a Psicologia enquanto ciências humanas, sobretudo a partir do questionamento de que a última, no plano da execução penal, se limitaria a operar como ciência auxiliar do primeiro.

2.4.1 Da crítica à visão da psicologia aplicada na execução penal como ciência estritamente auxiliar ao direito penal:

Afirma-se que a Psicologia, concebida como ciência auxiliar do Direito (a chamada Psicologia Jurídica³⁸), é um campo propício para os “discursos de verdade que têm, cada vez mais, institucional e socialmente, o poder de vida e de morte, em especial sobre aqueles que cometem algum ato considerado ilícito e se enredam nas malhas da justiça.”. As demandas encaminhadas pelo Poder Judiciário aos psicólogos costumam se relacionar à solicitação de laudos psicológicos cuja função restrita seria auxiliar o juiz na prolação de suas decisões. Ocorre que tais solicitações não se dissociam da premissa tradicional que visualiza uma insuperável dicotomia entre o “normal” e o “patológico”, fazendo, em consequência, com que a Psicologia Jurídica se constitua como simples “ferramenta de adequação e ajustamento do homem”, tudo a fomentar a predominância de um discurso condizente à suposta inferioridade dos anormais, desviantes ou perigosos (COIMBRA, 2015, p. 07/08).

A sobredita análise do caráter instrumental da Psicologia em relação ao Direito demanda a compreensão de alguns conceitos que são inerentes ao exercício aplicado dos conhecimentos psicológicos. A abordagem clínica da Psicologia se caracteriza pela observação do individual (ou do grupo, mas desde que individualmente considerado em um determinado contexto), com o objetivo de seleção de dados acerca de dita singularidade na sua relação com os outros. Desse modo, a atividade do psicólogo clínico consiste em identificar e compreender, na singularidade do indivíduo, sua estrutura psíquica, possibilitando a formulação de diagnósticos. O “psicodiagnóstico”, por sua vez, é uma espécie dentre os modelos possíveis de avaliação psicológica, ou, mais precisamente, a avaliação psicológica realizada com propósitos clínicos (WERLANG, ARGIMON e SÁ, 2015, p. 188-190).

A iniciativa de se submeter a um psicodiagnóstico pode partir do próprio avaliando. O mais comum, porém, é que a solicitação para realização do exame emane de terceiras pessoas estranhas não apenas ao paciente, como também ao próprio campo da Psicologia, em um contexto no qual o examinando esteja participando de algum procedimento mais amplo de avaliação, de modo que os objetivos do processo de psicodiagnóstico são determinados de

³⁸ O termo “Psicologia Jurídica” foi empregado no Brasil, pela primeira vez, em 1945, na obra “Manual de Psicologia Jurídica”, de Mira y Lopes, tendo sido concebido como uma ferramenta para avaliação e diagnóstico dos infratores. No país, desde, ao menos, a década de 1950, psicólogos vêm sendo chamados para fornecer “perfis psicológicos” de desviantes, o que é significativo, uma vez tomado em consideração o dado histórico de que a profissão de psicólogo só foi formalmente regulamentada no Brasil no ano de 1962 (COIMBRA, 2015, p. 07).

acordo com as necessidades da fonte de solicitação (WERLANG, ARGIMON e SÁ, 2015, p. 194).³⁹

Raquel Guzzo e Luiz Pasquali ressaltam que, atualmente, o termo “avaliação psicológica”, por ser mais abrangente e envolver diferentes campos de atuação, tem sido mais empregado que “psicodiagnóstico”, normalmente associado ao campo estrito da intervenção clínica (2001, p. 158). De qualquer modo, Irani Argimon, Samantha Sá e Bianca Werlang convergem com Raquel Guzzo e Luiz Pasquali (2001, p. 156) no sentido de apontar que, respectivamente, ou o psicodiagnóstico ou a avaliação psicológica produzem sempre como resultado o “laudo psicológico”.

Luiz Pasquali adverte, ainda, que a “avaliação psicológica” não pode ser confundida com os “testes psicológicos”, os quais consistem em apenas um dentre os vários instrumentos passíveis de adoção no âmbito daquela primeira.⁴⁰ A avaliação psicológica busca, por meio de diferentes métodos, descrever e qualificar o comportamento do indivíduo com o objetivo de enquadrá-lo em alguma tipologia que permita compará-lo com o agir dos outros (2001, p. 13/14).⁴¹ Os testes psicológicos, por sua vez, são conceituados como “um conjunto de tarefas predefinidas, que o sujeito precisa executar numa situação geralmente artificializada ou sistematizada, em que o seu comportamento na situação vai ser observado, descrito e julgado (...)” (2001, p. 18).

No contexto da padronização necessária para fins de aplicação dos testes psicológicos, mostra-se fundamental que haja um controle técnico e científico quanto aos procedimentos de

³⁹ No âmbito estrito da avaliação forense, por exemplo, “a avaliação procurará fornecer subsídios para resolver questões relacionadas com causas cíveis ou criminais. Nas causas cíveis, o psicodiagnóstico avalia a capacidade ou a limitação do indivíduo para atos da vida civil (...). Nas causas criminais, a avaliação procurará verificar a responsabilidade criminal ou o entendimento do ato praticado”. (WERLANG, ARGIMON e SÁ, 2015, p. 194).

⁴⁰ Resumir a avaliação psicológica ao universo dos testes psicológicos implica desconsiderar o caráter multifacetado que deve ser atribuído à primeira, tanto no que condiz aos comportamentos que afere (aptidão, personalidade, atitudes, etc.) quanto aos instrumentos de que deve fazer uso (PASQUALI, 2001, p. 16).

⁴¹ A avaliação psicológica foi assim definida na Resolução 007/2003 do CFP, qualificada como o chamado “Código de Ética do Psicólogo”: “processo técnico científico de coleta de dados, estudos e interpretação de informações a respeito dos fenômenos psicológicos.”. Ainda de acordo com aquele ato normativo, conforme previsão do art. 1º, alíneas “g” e “h”, é responsabilidade do psicólogo “informar, a quem de direito, os resultados decorrentes da prestação de serviços psicológicos, transmitindo somente o que for necessário para a tomada de decisão que afeta o usuário ou beneficiário (...)” Desse modo, uma solicitação formulada por um juiz deve resultar “em um laudo ou parecer, sendo que esses tipos de documentos escritos devem ser formulados com os devidos cuidados de redação e transmitindo somente o que for necessário para a tomada de decisões e para que os operadores do direito possam compreendê-los” (PELLINI, 2015, p. 53/54).

aplicação. Os resultados dos testes são válidos apenas se sua aplicação tiver observado as regras técnicas pertinentes, as quais exigem condições de aplicação associadas à preservação da qualidade dos ambientes físico e psicológico de testagem, compreendida esta última como uma atmosfera em que a ansiedade do testando seja reduzida ao mínimo. Sob pena de comprometimento do resultado, mostra-se fundamental que o testando: (a) compreenda a tarefa a ser executada; (b) não esteja ansioso e (c) esteja em condições normais de saúde física e psicológica (PASQUALI, 2001, p. 41).

Outra importante ressalva a se fazer é que a maior parte dos testes psicológicos validados, no Brasil, pelo CFP, em que pese reiteradamente aplicados no ambiente prisional, não foram idealizados para abranger como público alvo o perfil de indivíduo que, como regra, corresponde ao preso brasileiro. É visível, também, considerando tratar-se de “público que tem a formação do seu ‘Ser’ perpassada pelo processo de encarceramento”, a influência exercida pelo fenômeno da prisionização, a comprometer a efetividade dos testes, uma vez que estes demandam um ambiente de normalidade para sua aplicação (LÂMEGO, MAGALHÃES e SOUZA, 2015, p. 285).

Considerado o quadro até então descrito, é da complexidade que é inerente à avaliação psicológica e da especialidade das condições exigidas para aplicação dos testes que são instrumento daquela que decorre um outro problema recorrente no Brasil: a formação deficiente de parte dos profissionais para atuar em tal contexto de complexidade. Raquel Guzzo e Luiz Pasquali, por exemplo, alertam para o fato de que muitos psicólogos têm se limitado a reproduzir, nos laudos, os resultados decorrentes da aplicação dos testes, desconsiderando outros elementos que deveriam ser aferidos no contexto multifatorial que é próprio da avaliação psicológica, produzindo laudos que, apesar de observar, formalmente, os requisitos legais, são, no plano concreto, ineficazes para fornecer subsídios no âmbito do processo de tomada de decisão da autoridade solicitante (2015, p. 161/162).

A formação média deficiente do psicólogo brasileiro para atender à complexidade da avaliação psicológica associada às precárias condições de que o profissional dispõe para exercer sua atividade no ambiente prisional comprometem a efetividade dos resultados obtidos nos exames criminológicos realizados por psicólogos com o objetivo de instruir

decisões judiciais de progressão de regime prisional.⁴² Um problema recorrente é a pressão que os agentes do campo jurisdicional costumam exercer sobre os técnicos do sistema penitenciário para que, desconsiderando as notórias carências do quadro de pessoal daqueles últimos, realizem uma grande quantidade de exames criminológicos ou avaliações psicológicas em um tempo exíguo, priorizando o aspecto quantitativo da produção em detrimento do qualitativo, sem que exista uma preocupação efetiva com a repercussão que a avaliação terá na vida do avaliado ou com as condições de trabalho do profissional avaliador (LÂMEGO, MAGALHÃES e SOUZA, 2015, p. 288-290).

Uma consequência inevitável desse plano fático é a padronização das avaliações psicológicas realizadas no ambiente prisional, indo de encontro ao ideal de individualização que deveria permear a execução da pena. A avaliação psicológica está estreitamente relacionada à intervenção que ela sugere. No contexto atual brasileiro, contudo, mormente em âmbito prisional, o avaliador, dada a demanda opressiva de trabalho, não tem mais, em regra, compromisso com a intervenção consequente de sua avaliação, realizando-a, repetida e impessoalmente, apenas por que o juiz a determinou (LOBO e PASQUALI, 2015, p. 160).⁴³

⁴² Ainda no plano das exigências quanto à devida formação dos profissionais e das condições de trabalho necessárias para que aqueles desempenhem sua atividade de forma satisfatória, deve-se atentar para o fato de que há facetas do cotidiano dos servidores penitenciários, dentre os quais os psicólogos que atuam no ambiente prisional, que os tornam especialmente vulneráveis ao estresse e a problemas de saúde mental. São, por exemplo, focos de estresse: a degradação do ambiente; a falta de segurança; a dificuldade de cisão entre o trabalho e a apropriação do seu resultado; a pressão para atendimento dos prazos judiciais associada à falta de estrutura; a frustração pela ausência institucional de disponibilização de recursos adequados para cumprimento das tarefas almeçadas e falta de compreensão do senso comum com relação ao problema prisional em si e à atuação do técnico. Neste contexto, não se mostra desarrazoado afirmar que o próprio psicólogo que atua no ambiente prisional necessita, a fim de complementar a sua formação, receber atenção adequada quanto a sua respectiva saúde mental (CUOZZO, 2010, p. 314 e 326).

⁴³ Na mesma linha, é a crítica, em tom de desabafo, formulada por Ana Paula Lima em relação à perda do compromisso com a singularidade do avaliado que parece permear a atuação do psicólogo no ambiente prisional: “O desejo de fazer este desabafo, produzindo este escrito, me veio da prática diária como psicóloga no sistema prisional. Comumente, no dia a dia das prisões do nosso Estado, nos deparamos com pessoas portadoras de sofrimento psíquico, e com uma infinidade de ‘diagnósticos’ que recheiam qualquer manual de psiquiatria, bem como assistimos psicólogos que, não sabendo o que fazer com a ‘loucura do outro’, acabam por apoiar-se nestes ditos, onde sempre há uma resposta em um lugar marcado para aqueles que lhes chega com seu sofrimento. Lugar sem linguagem, sem palavra que encontre um outro disponível a escutar, nos remete a lugar algum, marcando um eterno ‘não lugar’ e nada dizendo sobre o sujeito e sua singularidade. Lembremo-nos que quem não tem um lugar no mundo não existe como sujeito. (...). Muitas vezes, o psicólogo, tão cego pela prisionização, e tão afoito quanto o agente penitenciário para se livrar do problema, acaba por agendar tais rotinas, antes mesmo de se perguntar o que poderia fazer. (...). A questão que nos parece posta com urgência é da psicologia no sistema penitenciário, que não ergue outras bandeiras para lidar com o sofrimento psíquico, que não diz não à ordem instituída do ‘vamos fazer de conta’, perpetuando a exclusão. O problema é o psicólogo tapar, tamponar, o que seria a possibilidade de uma falta, do vir a ser, com uma solução. O problema é não se ver mais as coisas instituídas como um problema. O problema são os gestores e as políticas públicas que não dão conta de ‘olhar para o ser humano’, e não através dele, ‘como se ele não existisse’” (2010, p. 349).

Esta crítica à falta de comprometimento do avaliador com a singularidade do avaliado e com as consequências da avaliação não deixa de estar relacionada à crítica quanto à concepção que visualiza a psicologia clínica como uma disciplina estritamente auxiliar à ciência jurídica, desconsiderando que a saúde mental dos apenados demanda cuidados que extrapolam o objeto das solicitações jurisdicionais para produção de laudos. Apesar das normas regulamentadoras da profissão não desautorizarem a atividade parecerista, a compreensão de que a atuação do psicólogo clínico que atua em ambiente prisional a ela se limitaria possui o condão de resvalar para a produção ou reprodução de rótulos totalizantes e estigmatizadores: o viciado, o abusador, o perigoso, o delinquente, etc. É possível constatar, ainda, um constante crescimento das categorias diagnósticas que são construídas às custas da patologização do comportamento normal quando este, por alguma razão, deixa de ser reputado como conveniente (ARANTES, 2015, p. 22/23).⁴⁴

O primeiro grande embate entre a Psicologia e o Direito decorre, com efeito, da concepção de que a Psicologia Jurídica procuraria apenas atender à demanda jurídica como uma ciência aplicada, pressupondo-se que lhe competiria tão-somente uma atividade de cunho avaliativo e de subsídio aos magistrados. O exame criminológico, em tal plano de análise, consistiria em um recurso apenas auxiliar à Ciência Jurídica (LÂMEGO, MAGALHÃES e SOUZA, 2015, p. 273/274).⁴⁵

Analisando-se a questão sob esse prisma, as alterações promovidas na LEP pela Lei 10.792/03 deveriam, em perfeita oposição ao discurso jurídico, ensejar o reposicionamento da Psicologia diante da questão prisional, permitindo que se afaste das funções estritamente laudatória e pericial e passe a ter também como objeto a construção de políticas públicas de tratamento da saúde mental dos apenados (2010, p. 88).

⁴⁴ Florianita Campos e Elizabete Zuza destacam que, no trabalho de campo que o psicólogo realiza com saúde mental, convive-se com uma herança cultural da psiquiatria, herança esta que a sociedade impôs como punitiva: decidir sobre a vida de quem foge à normalidade (2015, p. 19).

⁴⁵ Citando Salo de Carvalho, Márcia Lâmega, Vilene Magalhães e Rodrigo Souza até ressalvam que, no citado plano instrumental, a LEP se constituiu em um marco no trabalho dos psicólogos que atuam no sistema prisional, dada a primeira referência histórica, efetuada no ato normativo, à oficialidade do cargo de “psicólogo”. Criticam, de qualquer modo, o fato da previsão normativa exarada na LEP retratar a sobredita concepção limitada quanto à atuação dos técnicos que operam no sistema prisional: “a entrada do psicólogo na estrutura do sistema prisional se deu nos moldes já citados, ou seja, o psicólogo é convocado ao papel de avaliador técnico, simplesmente” (2015, p.273).

Na mesma linha, é a crítica de Salo de Carvalho à natureza estritamente pericial auxiliar que caracteriza, como regra, a atuação dos técnicos em saúde mental no ambiente prisional (2014, p. 179):

O sistema penalógico adotado pela LEP ‘psiquiatrizava’ a decisão do magistrado. A constante delegação, por parte dos magistrados, da motivação do ato decisório ao perito, que o realiza a partir de julgamentos morais sobre as opções e as condições de vida do condenado, estabelecia mecanismos de (auto) reprodução da violência pelo reforço da identidade criminosa (*self-fulfilling prophecy*).

(...). Sabe-se que os mais perversos modelos de controle social punitivo são aqueles que fundem o discurso do direito com o discurso da psiquiatria, ou seja, que regredem aos modelos positivistas de coalização conceitual do jurídico com a criminologia naturalista. O sonho da medição da periculosidade, forjado no interior do paradigma criminológico positivista (etiológico), encontra guarida neste sistema.

Sem prejuízo dessa reflexão crítica quanto à instrumentalidade conferida ao exame, a doutrina majoritária oriunda da Psicologia questiona a própria efetividade de alguns atributos visualizados pela doutrina majoritária oriunda do Direito na avaliação psicológica realizada no ambiente prisional, sobretudo no que condiz à potencialidade para antever o comportamento futuro do apenado.

2.4.2 Das críticas específicas da doutrina da Psicologia à falta de aptidão da avaliação psicológica para constituir exame criminológico que vise a instruir decisão judicial de progressão de regime prisional:

O exame criminológico, concebido como avaliação pericial prévia ao exame jurisdicional quanto ao cabimento de um benefício ao apenado na execução de sua pena, consiste, como regra, na realização de um diagnóstico e de um prognóstico criminológicos, ambos inseridos, ao menos em tese, em uma abordagem interdisciplinar (SÁ, 2014, p. 206/207).

O diagnóstico consiste na avaliação das condições pessoais, orgânicas, psicológicas, familiares, sociais e ambientais em geral relacionadas à conduta delitiva e/ou que possam fornecer subsídios a sua compreensão. Pode tanto abranger uma concepção causalista da gênese do comportamento desviante, quando se entender que aqueles fatores são

determinantes da conduta do agente; como também uma concepção que, embora etiológica, não seja causalista, entendendo-se, neste caso, que aqueles mesmos fatores não determinam a conduta do agente, mas apenas a influenciam, inclusive, em maior ou menor medida, por meio de sua recíproca associação (SÁ, p. 207/208).

Já no prognóstico criminológico, os técnicos exprimem sua “pressuposição sobre os possíveis desdobramentos futuros da conduta do examinando”, o que equivale a conceber, no contexto específico das avaliações que visam a instruir pedidos de progressão de regime prisional, a probabilidade de reinserção social e, também, de reincidência do apenado. Em virtude desta característica que lhe é atribuída, pode ser qualificado, do ponto de vista científico, como o elemento mais frágil do exame criminológico, uma vez que se mostra insuscetível de fornecer a objetividade e certeza esperadas pelo agente do campo jurídico que visa a colher elementos para subsidiar sua decisão (SÁ, p. 209).^{46 47}

Este é, com efeito, o aspecto que merece ênfase no âmbito do discurso crítico ora analisado: não se mostra possível, de acordo com a doutrina majoritária oriunda da Psicologia, fazer um prognóstico confiável sobre a perspectiva de reinserção social do indivíduo que se encontra em cumprimento de pena privativa de liberdade (LÂMEGO, MAGALHÃES e SOUZA, 2015, p. 273/274).

⁴⁶ Qualificando o prognóstico como o único elemento frágil do exame criminológico, mas concebendo a possibilidade de realização de um diagnóstico criminológico dotado de rigor científico, Alvin Augustus Sá destaca o cabimento da previsão exarada na LEP – mantida mesmo após a reforma de 2003 – quanto à realização do chamado exame criminológico de entrada, previsto não para instruir decisões jurisdicionais pontuais, mas sim para fornecer subsídios voltados à individualização da pena considerada em sentido amplo. Isto porque o referido exame, porquanto voltado à definição geral das condições em que será executada a pena e não à possibilidade concreta e imediata de viabilizar o retorno do apenado ao convívio social, envolve apenas a etapa do diagnóstico criminológico, abstendo-se de qualquer ideal prognóstico. Daí, por outro lado, segundo o mesmo autor, a inconsistência de determinadas críticas que, ideológica e genericamente, são dirigidas a qualquer forma de exame criminológico, desconsiderando a circunstância de que o prognóstico seria o único elemento questionável da avaliação, o que tornaria imune a críticas os exames criminológicos que não envolvessem qualquer forma de projeção futura do comportamento do apenado (2014, p. 210-213).

⁴⁷ Embora sob o viés da psiquiatria e não da psicologia, voltada, de qualquer forma, à atuação clínica, cabe destacar, a visão de Gabriel Gauer, Alfredo Neto e Viviane Pickering, segundo os quais o recluso não está preso apenas fisicamente, mas também ao contexto da prisionização, de modo que as respostas que elabora “poderão ser expressas de várias formas, como, por exemplo, através dos transtornos mentais, da patologia psicossomática ou de condutas cada vez mais agressivas.” Desse modo, dada a insuscetibilidade do exame criminológico, em tal ambiente de degradação, proporcionar um prognóstico confiável quanto à perspectiva de reinserção social do apenado e dada a premente necessidade de que os transtornos mentais decorrentes do encarceramento sejam tratados com a amplitude necessária, entendem aqueles que não se pode compreender que o objetivo da reforma legislativa promovida pela Lei 10.792/03 tenha sido o de viabilizar que tal avaliação siga sendo exigida para fins de progressão de regime, mas sim inverter a lógica burocrática do paradigma etiológico que, até então, informava o trabalho dos técnicos, possibilitando que estes, ao invés de seguir produzindo laudos de forma

Alvino Augusto Sá, inicialmente, salienta um aspecto técnico concernente ao ponto. As características habitualmente apontadas pelos psicólogos como indicativas da falta de perspectiva de reinserção social – proveniência de lar desestruturado, desadaptação escolar, agressividade, falta de visão clara do futuro, etc. –, além de estáveis e recorrentes em consideração ao perfil socioeconômico médio do apenado brasileiro, não são determinantes do comportamento futuro, uma vez que podem dar ensejo a diferentes formas da manifestação na medida em que associadas a diversos fatores outros de cunho biológico, psicológico, familiar, ambiental, social etc.⁴⁸

Em linhas gerais, são os seguintes aspectos do avaliado que devem ser considerados pelo técnico em qualquer avaliação psicológica: as relações familiares e afetivas em geral; a vida laboral pretérita, a possibilidade de transtornos psiquiátricos; eventual dependência química ou alcóolica; escolaridade; inserção em grupos sociais (inclusive grupos criminosos); aspectos cognitivos; exposição à violência doméstica; motivação para o crime; agressividade, responsabilização e labilidade. Este último elemento, no caso, é que é de especial relevância quando se cogita da realização, no ambiente prisional, de uma avaliação psicológica que almeje oferecer um prognóstico de reinserção social: a exposição ao ambiente prisional, hostil como regra, costuma ser um fator gerador de instabilidade emocional, a dificultar não apenas o diagnóstico dos traços pretéritos da personalidade do apenado, como também o prognóstico de seu comportamento futuro, mormente quando se intenda aferir de que forma tal comportamento será exteriorizado em ambiente diversos das especificidades do cárcere (LÂMEGO, MAGALHÃES e SOUZA, 2015, p. 291-294).

A questão é que essa dificuldade de formulação de um prognóstico seguro e objetivo compromete, na essência, a efetividade da atuação do psicólogo na elaboração de exame criminológico para fins de progressão de regime da pena privativa de liberdade. Isso porque, de acordo com o discurso jurídico majoritário, a justificativa para a exigência do exame decorre, justamente, de apontada necessidade de verificação prévia das perspectivas de reinserção social do apenado, elemento reputado como corolário da progressão de regime.

mecânica, realizem um trabalho de longo prazo junto aos presos para fim de lhes possibilitar retornar menos hostis à sociedade (2012, p. 99).

⁴⁸ “O problema não está unicamente em saber como foi o histórico do preso e quais são suas características psicológicas associadas à prática delitiva, à época dos fatos. Questão de crucial importância é saber como ele atualmente está lidando com tudo isso, como vem direcionando sua conduta frente a toda sua bagagem pessoal,

Não suficiente, há outras dificuldades que permeiam a atividade laudatória do psicólogo no ambiente prisional, tudo a comprometer a efetividade da contribuição daquele técnico no contexto de um exame criminológico que vise a instruir uma determinada decisão tendente a produzir efeitos concretos: (a) não há, em nível acadêmico, formação adequada dos psicólogos para atuar na área; (b) em consequência, há pouca produção acadêmica na área; (c) mostra-se quase que inevitável ao psicólogo, ao se inserir na “linha de produção” de laudos que é própria do contexto prisional brasileiro, deixar de fomentar as relações de poder da instituição de controle total e a formação de estigmas; (d) no ambiente prisional, há sempre a presença de terceiros que interferem na dinâmica subjetiva do avaliado; (e) os limites cronológicos para realização da avaliação e elaboração do laudo; (f) a exigência da autoridade solicitante do exame de que o diagnóstico e prognóstico inseridos no laudo sejam certos e objetivos, o que é inconciliável com a relatividade e subjetividade inerentes ao fato da Psicologia consistir em uma ciência humana e não exata; e (g) os limites da confidencialidade na relação entre avaliador e avaliado (LÂMEGO, MAGALHÃES e SOUZA, 2015, p. 278-280).

Ademais, invocando a obra de Michel Foucault, Márcia Lâmega, Vilene Magalhães e Rodrigo Souza advertem para a despersonalização que é própria da submissão do apenado ao processo de prisionização, mormente a partir da sujeição constante de suas forças e da técnica disciplinar que “fabrica” indivíduos a partir de uma relação de docilidade-utilidade.⁴⁹ Enfatizando a diversidade do ambiente psicológico e sociológico dentro e fora do ambiente prisional, indagam aqueles autores como seria possível extrair, da análise da experiência vivenciada pelo apenado no cárcere, a perspectiva de sua reinserção em ambiente que daquele é diametralmente oposto (2015, p. 281):

consideradas as limitações do cárcere e o papel que este tem de deterioração do indivíduo” (SÁ, 2014, p. 219/220).

⁴⁹ Para exemplificar tal apontamento, cabe mencionar relato de Vanessa Barros que, ao entrevistar um alto funcionário da Secretaria de Estado de Defesa Social – SEDS do Estado de Minas Gerais, ouviu, do servidor público, que a orientação conferida aos técnicos penitenciários daquele Estado era proporcionar aos apenados um tratamento que “quebrasse a sua vontade”. A efetividade do “tratamento” em atenção ao objetivo proposto, por sua vez, resta evidenciada do seguinte relato colhido por Barros junto a um apenado daquele Estado: “(...) Estou cheio de manchas pelo corpo, coçando, acho que é por causa desse uniforme imundo que me deram quando cheguei aqui. Estou parecendo um bicho: não recebo visita, não tenho material de higiene, e cigarro o pessoal me adianta algum. A comida é péssima, as humilhações são o tempo todo. Geral de madrugada, todo mundo pelado

(...) a desapropriação do 'Eu', fato muito debatido por Gofman (2001) e tão recorrente nas 'instituições totais'. Ao ver-se executada a institucionalização, o sujeito torna-se tão submisso aos ordenamentos institucionais que o que se apresenta já nem se pode mais afirmar que seria o sujeito. Com frequência nos perguntamos se esta adaptação tão submissa às regras institucionais é de fato promissora para a ressocialização do indivíduo privado de liberdade e, se sim, onde fica o desenvolvimento crítico do sujeito que para ser considerado como tal deve se apropriar do seu eu? (...). Além disso, ao se fazer uma avaliação psicológica no contexto prisional, tem se levado em conta estes aspectos? A resposta para tais questionamentos sempre recai sobre o próprio psicólogo, que, como mencionado outras vezes neste artigo, não recebe um treinamento para atuar junto a esta população, fazendo com que estes aspectos sejam pensados a partir da experiência profissional, da capacidade de interpretação do ambiente e da ética de cada profissional.

Uma vez sendo próprio das instituições totais transformar os indivíduos que nelas ingressam, é este fator de instabilidade, sobretudo quando as mudanças levam à degradação, que compromete a efetividade de qualquer prognóstico comportamental que se tencione realizar, mormente porque as características do ambiente externo em que o comportamento futuro se manifestará não se confundem com as do ambiente interno transformador (FIORELLI, 2009, p. 212/213).⁵⁰

Mesmo diante de tal quadro generalizado de críticas ao exame criminológico, Alvino Augusto Sá enfatiza que ainda visualiza cabimento quanto à atuação do psicólogo no ambiente prisional, desde que dissociada da aspiração de prognosticar a conduta futura que o apenado teria fora do cárcere. Nesta senda, reitera que o exame criminológico de entrada não se confunde com aquele voltado à obtenção de benefícios, sendo o primeiro essencial para a programação inicial da execução da pena do condenado. Conclui que o exame criminológico que é insuscetível de fornecer resultados seguros e cientificamente válidos, considerando sua inaptidão para o prognóstico criminológico, é aquele exigido e realizado como condição para obtenção de um determinado benefício prisional, tal a qual a progressão de regime da pena privativa de liberdade (2014, p. 227).

no pátio, muito frio, água gelada, no calor parece uma fogueira de tão quente, sujo, mau cheiro, abafado. Isso aqui não é nem para animal". (2009, p. 95-114).

⁵⁰ De acordo com Maria Salum, a privação de liberdade, em razão da degradação psicológica que se mostra a ela inerente, se distancia do objetivo de individualização idealizado no plano formal, produzindo, contrariamente, apenas massificação e seus efeitos nocivos. Daí a importância de transpor o foco da atuação dos técnicos de saúde mental no ambiente prisional do inalcançável objetivo de prever o comportamento futuro dos apenados para o necessário objetivo de amenizar seu sofrimento psíquico presente, buscando a retomada da subjetivação perdida com a massificação (2009, p. 124).

2.5 Da pesquisa realizada junto a magistrados e psicólogos do Estado do Rio Grande do Sul com atuação na área de execução penal quanto à exigência de exame criminológico para progressão de regime:

Nos subcapítulos acima, foram analisados, inicialmente, os contornos normativos e jurisprudenciais quanto à exigência de exame criminológico como condição para progressão de regime da pena privativa de liberdade e o teor das proibições e limitações oriundas do CFP quanto à atuação dos psicólogos no ambiente prisional, a repercutir, em tese, na participação daqueles últimos no âmbito do referido exame. A seguir, foram analisados os discursos produzidos pela doutrina especializada oriunda tanto do Direito quanto da Psicologia no que condiz à supracitada problemática, refletindo as posições majoritárias e minoritárias oriundas de cada campo.

Não se pode, contudo, deixar de destacar que a visão do problema emanada daqueles que o investigam sob o ponto de vista científico (ou, ao menos, independentemente de o fazê-lo, o abordam sob à autoridade de um representante da doutrina especializada pertinente) não corresponde, necessariamente, com a visão dos agentes que atuam na prática profissional concernente a cada campo. Desta circunstância, exsurtiu a curiosidade de investigar até que ponto as visões majoritárias produzidas pela doutrina especializada oriunda do Direito e da Psicologia coincidem com as visões majoritárias, respectivamente, dos magistrados e psicólogos que atuam perante o sistema prisional, debruçando-se, em sua realidade diária, com a questão ora analisada.

Neste contexto e com o objetivo de delimitar o âmbito da pesquisa, optou-se pela aplicação de questionários, contendo indagações relativas ao problema acima suscitado, ao universo estrito dos magistrados e psicólogos que, respectivamente, atuam perante Varas de Execução Criminal com atribuição sobre a execução de penas privativas de liberdade no Estado do Rio Grande do Sul e prestam, de forma vinculada à SUSEPE, serviços técnicos na área de Psicologia no âmbito do sistema prisional do mesmo Estado.

Em ambos os casos, os questionários foram aplicados por meio de correspondências eletrônicas que foram enviadas aos respectivos profissionais, com arquivo anexo contendo o teor das indagações formuladas, para que restassem retornadas por aqueles, contendo, em novo arquivo anexo, as respostas às indagações. No caso dos juízes de direito, constatou-se, por meio de consulta ao sítio eletrônico do TJ/RS, que era de 80 o número total de magistrados que, na data de 15/04/2017, atuavam perante varas cujas atribuições correspondessem às acima destacadas, sendo que a identificação e endereço eletrônico dos

referidos juízes de direito se encontrava acessível para consulta pública no aludido sítio eletrônico. Por outro lado, no caso dos psicólogos, a relação dos técnicos que prestam a atividade acima referida, em número total, na data de 15/05/2017, de 208, foi obtida a partir de solicitação dirigida à Escola de Serviço Penitenciário, um dos departamentos institucionais da SUSEPE, a qual, uma vez atendida, possibilitou que se obtivesse a identificação e endereço eletrônico dos profissionais em questão.

No que condiz aos magistrados, optou-se por se cindir a aplicação do questionário em dois momentos distintos, sendo que, em cada qual, foram formuladas três perguntas. No caso, a cisão se justifica pelo fato de que o conhecimento prévio do teor das três últimas indagações poderia influenciar as respostas concernentes às três primeiras, comprometendo a higidez da pesquisa. Assim, as duas etapas do questionário foram aplicadas, respectivamente, no período compreendido entre 01/05/2017 e 15/05/2017 e 01/06/2017 e 15/06/2017. Já no que se refere aos psicólogos, por não haver risco de prejudicialidade entre umas indagações e outras, o questionário foi aplicado em uma única etapa, realizada no período compreendido entre 01/06/2017 e 30/06/2017.

Convém apenas esclarecer que, conforme se verá a seguir, se preservará, por ocasião da enunciação e análise dos dados obtidos, a identidade dos magistrados e psicólogos que responderam aos questionários, os quais, em nenhum momento, serão identificados nominalmente ou por intermédio de sua lotação profissional.

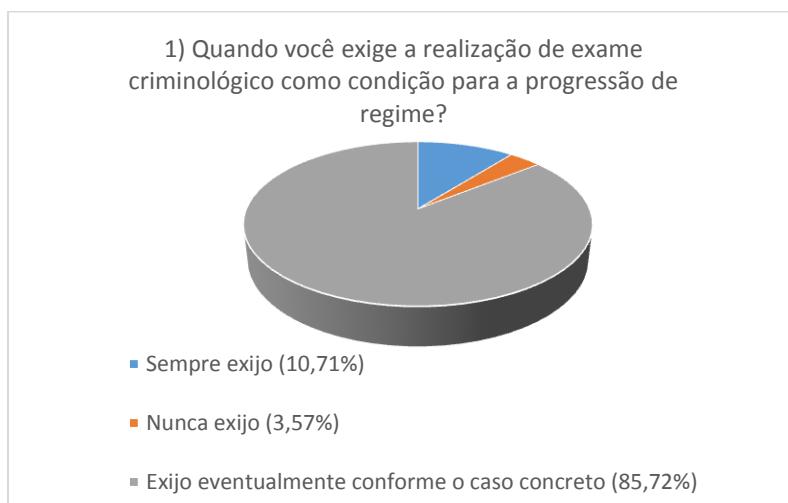
Explicadas essas premissas, cumpre que, inicialmente, se enunciem os dados obtidos mediante a aplicação dos questionários, destacando-se que a efetiva análise dos dados obtidos, inclusive a partir de um viés comparativo entre os campos do Direito e da Psicologia, será realizada na segunda parte do presente em trabalho, em consonância com os referenciais teóricos já abordados nos capítulos anteriores e aqueles que ainda serão desenvolvidos nos capítulos subsequentes.

2.5.1 Do resultado dos questionários aplicados aos juízes de direito que atuam em varas com atribuição sobre execução de pena privativa de liberdade no Estado do Rio Grande do Sul:

Indagados, em um universo de três respostas possíveis e no qual apenas uma delas poderia ser assinalada, se exigem a realização de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime da pena privativa de liberdade, 10,71% dos magistrados

afirmaram que sempre o fazem; 3,58% afirmaram que nunca o fazem; e 85,71% afirmaram que o fazem eventualmente, conforme o caso.

Gráfico 1 – Frequência da exigência de exame criminológico entre os magistrados



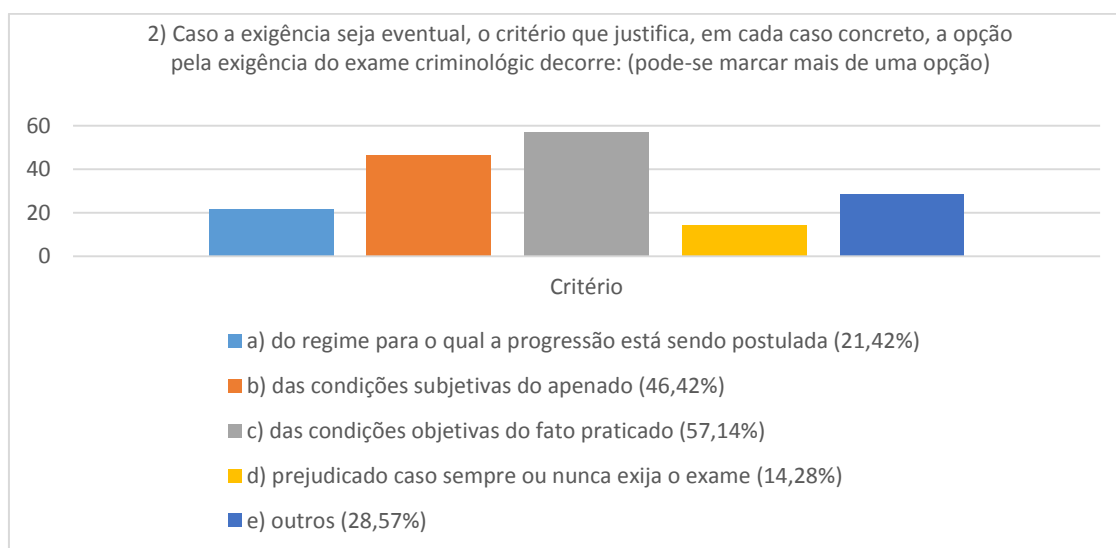
Da resposta a esta primeira pergunta da primeira fase do questionário dos magistrados, um dado fundamental pôde ser extraído: em um contexto normativo em que a possibilidade de exigência da realização do exame criminológico para fins de progressão de regime foi suprimida da lei e não há nenhum dispositivo expresso, senão fontes jurisprudenciais, que faculte sua realização, 96,42% dos magistrados o exigem sempre ou eventualmente e apenas 3,58%, nos termos da lei, jamais o exigem.

Gráfico 2 – Magistrados que exigem exame criminológico



A seguir, indagados, em um universo de cinco respostas possíveis e no qual mais de uma delas poderia ser assinalada, qual ou quais critérios, na hipótese da exigência eventual do exame para o supracitado fim, adotam para justificá-la, 21,42% dos magistrados afirmaram que consideram o regime para o qual a progressão está sendo postulada; 46,42% apontaram que consideram as condições subjetivas do apenado; 57,14% declararam que consideram as condições objetivas do fato praticado; 28,57% disseram que consideram outros fundamentos que não os acima especificados e 14,28% consideraram a pergunta prejudicada em virtude de sempre ou jamais exigirem a realização do exame criminológico como condição para a progressão de regime.

Gráfico 3 – Razões que determinam exigência apenas eventual de exame criminológico pelos magistrados

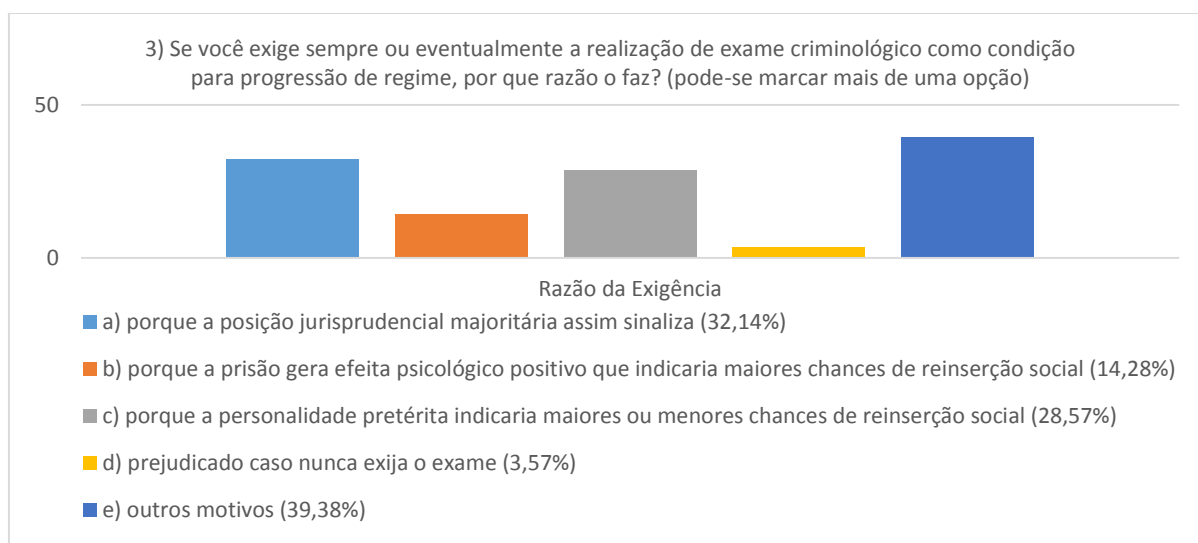


Dentre os fundamentos outros invocados pelos magistrados para justificar a exigência eventual do exame (no total de 28,57%), aqueles mencionados com mais frequência foram a natureza específica do fato praticado (se, por exemplo, hediondo ou envolvendo violência ou grave ameaça – o que, de qualquer modo, corresponderia ao critério das condições objetivas do fato praticado) e a conduta carcerária do apenado (se cometera, também a título exemplificativo, falta grave no curso da execução – o que, por sua vez, corresponderia ao critério mais amplo das condições subjetivas do apenado).

Finalmente, nesta primeira etapa, indagados, em um universo de cinco respostas possíveis e no qual mais de uma delas poderia ser assinalada, acerca da razão pela qual exigia sempre ou eventualmente a realização do exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime, 32,14% dos magistrados afirmaram que o fazem porque a posição

jurisprudencial majoritária sinaliza que a exigência pode ser realizada; 14,28% declararam que o fazem porque acreditam na possibilidade da execução da pena privativa liberdade em regime fechado ou semiaberto gerar efeitos psicológicos positivos ao apenado, passíveis, se constatados, de evidenciar uma maior probabilidade de reinserção social; 28,57% apontaram que o fazem porque acreditam que a personalidade desenvolvida pelo apenado antes da experiência no cárcere poderia ser retratada no exame, indicando uma maior ou menor probabilidade de reinserção social; 39,28% indicaram outros fundamentos para justificar a exigência recorrente ou eventual e 3,58% consideraram a pergunta prejudicada em virtude de jamais exigirem a realização do exame criminológico como condição para a progressão de regime.

Gráfico 4 – Razões que motivam os magistrados a exigir exame criminológico

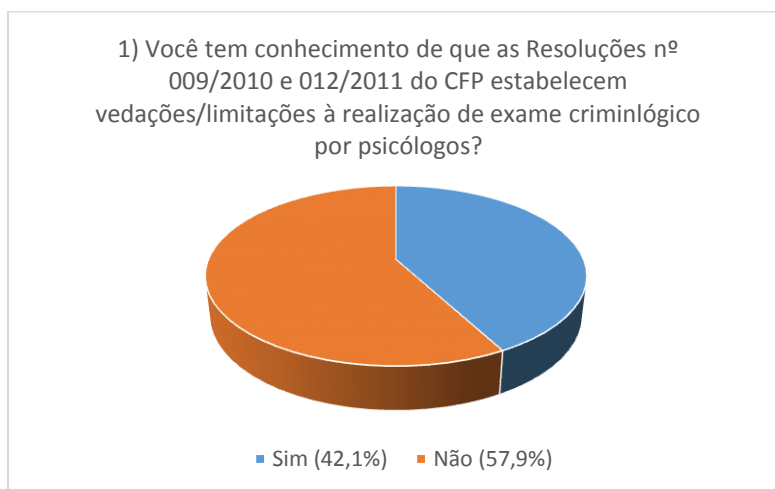


Dentre aqueles que invocaram outros fatores para justificar a motivação da exigência do exame (39,38%), a maioria apontou a conveniência de haver uma avaliação técnica interdisciplinar a respaldar e complementar os fundamentos estritamente jurídicos da decisão, considerando que haveria causas da reiteração delitiva, associadas à constituição biológica, psicológica e social do apenado, que não seriam aferíveis pelo agente do campo jurídico.

Já na segunda etapa do questionário que lhes foi aplicado, indagados, inicialmente, em um universo de duas respostas possíveis e no qual apenas uma delas poderia ser assinalada, se possuíam conhecimento das vedações e limitações constantes, respectivamente, nas Resoluções 009/2010 e 012/2011 do CFP à realização, por psicólogos, de exame criminológico para subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do condenado,

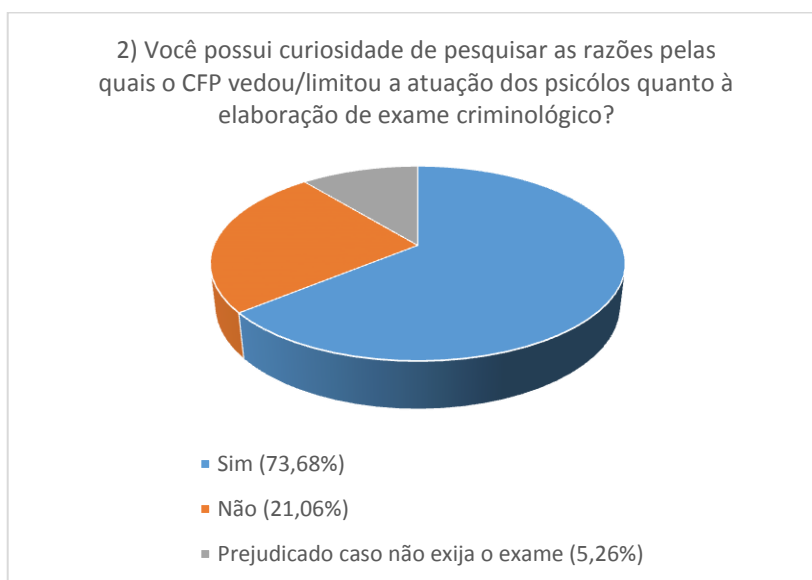
42,20% dos magistrados afirmaram que possuíam conhecimento e 57,90% declararam que não o possuíam.

Gráfico 5 – Conhecimento dos magistrados quanto às Resoluções do CFP



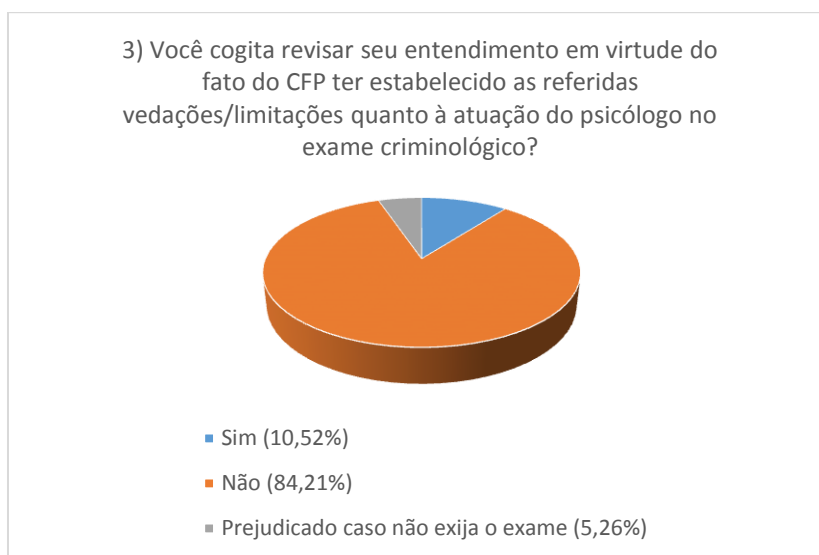
A seguir, indagados, em um universo de três respostas possíveis e no qual apenas uma delas poderia ser assinalada, se, na hipótese de exigir sempre ou eventualmente o exame criminológico como condição para progressão de regime, possuíam curiosidade de pesquisar as razões pelas quais o CFP estabeleceu as proibições e limitações acima referidas para a atuação dos psicólogos no ambiente prisional, 73,68% dos magistrados afirmaram possuir tal curiosidade e 21,06% declararam não possuí-la.

Gráfico 6 – Nível de curiosidade dos magistrados quanto ao saber produzido campo da Psicologia



Por derradeiro, indagados, em um universo de três respostas possíveis e no qual apenas uma delas poderia ser assinalada, se, na hipótese de exigir sempre ou eventualmente o exame criminológico como condição para progressão de regime, cogitavam revisar seu entendimento em virtude do fato do CFP ter estabelecido as proibições e limitações acima referidas à atuação do psicólogo no ambiente prisional, 10,52% dos magistrados afirmaram que o cogitavam e 84,21% declararam que não o faziam.

Gráfico 7 – Disposição dos magistrados a rever seu posicionamento a partir do discurso crítico externo oriundo da Psicologia

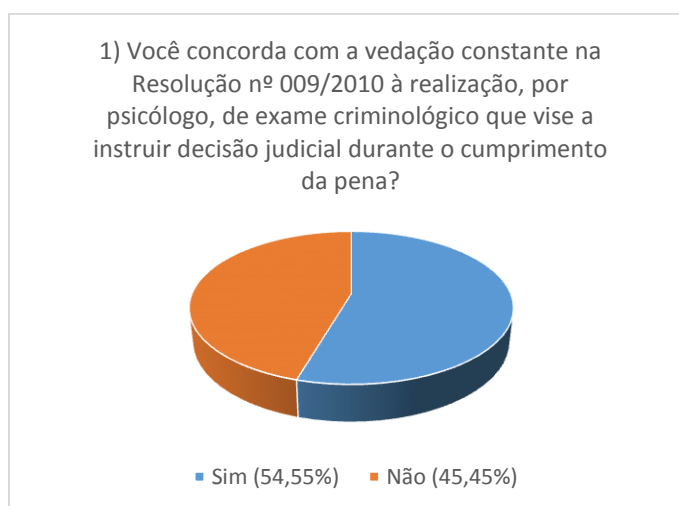


2.5.2 Do resultado do questionário aplicado aos psicólogos que atuam no âmbito do sistema prisional do Estado do Rio Grande do Sul:

Por outro lado, no que tange ao questionário submetido aos psicólogos que atuam perante o sistema prisional no Estado do Rio Grande do Sul, houve, conforme acima se esclareceu, apenas uma etapa de aplicação. Vejamos as indagações e respectivas respostas.

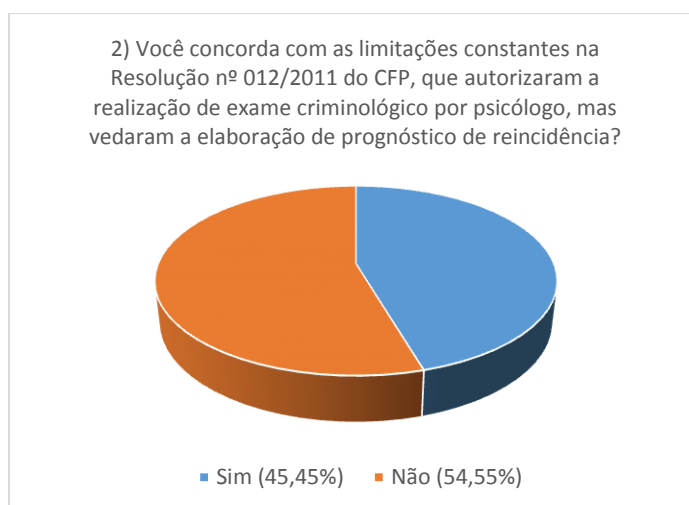
Inicialmente, indagados, em um universo de duas respostas possíveis e no qual apenas uma delas poderia ser assinalada, se concordavam com a vedação, constante na Resolução nº 009/2010 do CFP, à realização, por parte dos psicólogos que atuam perante o sistema prisional, de exame criminológico e/ou psicossocial para subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do condenado, 54,55% dos psicólogos afirmaram que concordavam e 45,45% declararam que discordavam.

Gráfico 8 – Nível de concordância dos psicólogos quanto à Resolução nº 009/2010 do CFP



A seguir, indagados, em um universo de duas respostas possíveis e no qual apenas uma delas poderia ser assinalada, se concordavam com as limitações, constantes na Resolução 012/2011 do CFP, à realização, por parte dos psicólogos que atuam perante o sistema prisional, de exame criminológico e/ou psicossocial para subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do condenado, mormente no que condiz à elaboração de prognóstico de reincidência, 45,45% dos psicólogos afirmaram que concordavam e 54,55% declararam que discordavam.

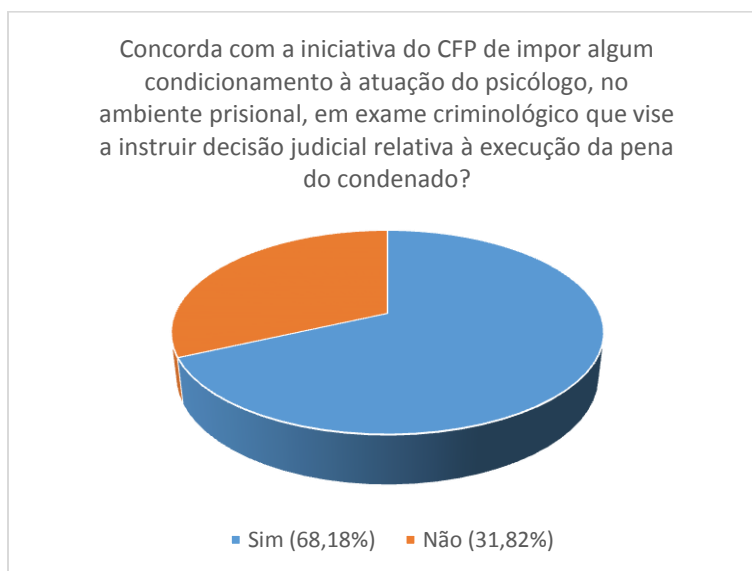
Gráfico 9 – Nível de concordância dos psicólogos quanto à Resolução nº 012/2011 do CFP:



Da resposta a esta segunda pergunta do questionário dos psicólogos, pode-se extrair, por sua vez, o seguinte dado relevante: 68,18% dos psicólogos afirmaram concordar com a iniciativa do CFP de impor algum condicionamento à atuação daquele técnico, no ambiente

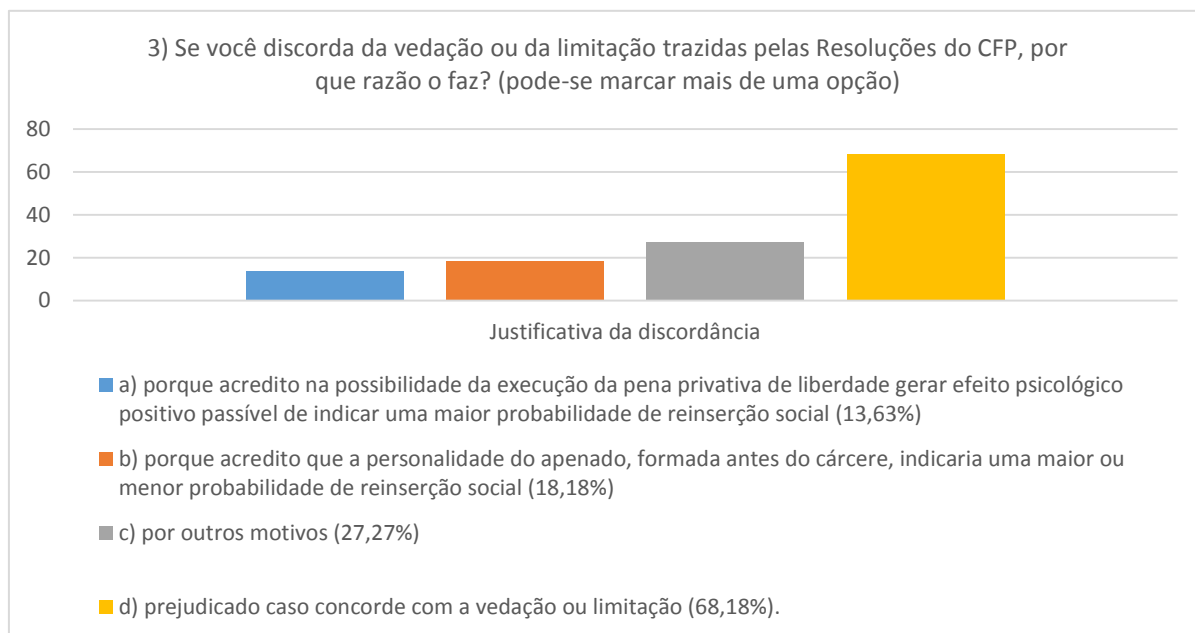
prisional, visando a instruir decisão judicial objetiva concernente à execução da pena do condenado, seja impondo limitações ao exame criminológico e/ou psicossocial, seja vedando-o totalmente.

Gráfico 10 – Nível geral de concordância dos psicólogos quanto às Resoluções do CFP



Na sequência, indagados, em um universo de quatro respostas possíveis e no qual mais de uma delas poderia ser assinalada, acerca das razões que justificavam a discordância eventualmente manifestada às vedações ou limitações constantes nas Resoluções do CFP acima referidas, 13,63% dos psicólogos afirmaram que o faziam porque acreditavam na possibilidade da execução da pena privativa de liberdade gerar efeitos psicológicos positivos ao apenado passíveis de evidenciar uma maior perspectiva de reinserção social; 18,18% declararam que o faziam porque acreditavam que a personalidade desenvolvida pelo apenado antes da experiência no cárcere poderia ser retratada na avaliação e, assim, evidenciar uma maior ou menor perspectiva de reinserção social; 27,77% apontaram que o faziam por motivos diversos dos acima assinalados e 68,18% consideraram a pergunta prejudicada em virtude de concordar com as vedações ou limitações.

Gráfico 11 – Razões pelas quais psicólogos discordam das Resoluções do CFP

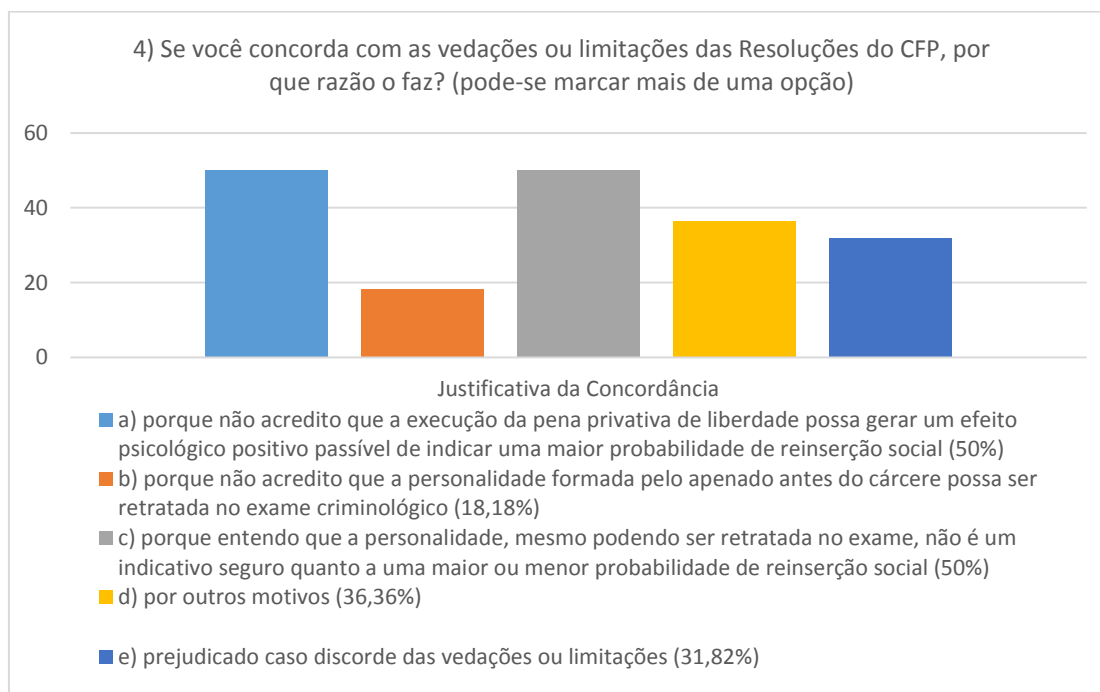


Dentre os outros motivos invocados para justificar a discordância manifestada quanto às restrições impostas pelo CFP (no total de 27,27%), os mais recorrentes foram os seguintes: alegada redação equivocada ou dúbia dos atos normativos; o fato de que a condição de servidor público dos técnicos da SUSEPE lhes obrigaria a acatar as determinações dos superiores hierárquicos quanto à realização do exame; o fato de que a avaliação psicológica que constitui o exame consistiria em atribuição inerente e compatível com o dever funcional do psicólogo; e o fato de que a atuação do psicólogo no contexto do exame consistiria em importante fator para fortalecimento do vínculo entre o apenado e o técnico.

A seguir, indagados, em um universo de cinco respostas possíveis e no qual mais de uma delas poderia ser assinalada, acerca das razões que justificavam a concordância eventualmente manifestada às vedações ou limitações constantes nas Resoluções do CFP acima referidas, 50% dos psicólogos afirmaram que o faziam porque não acreditavam na possibilidade de a execução da pena privativa de liberdade gerar efeitos psicológicos positivos ao apenado passíveis de evidenciar uma maior perspectiva de reinserção social; 18,18% declararam que o faziam porque não acreditavam que a personalidade desenvolvida pelo apenado antes da experiência no cárcere poderia ser retratada na avaliação e, desse modo, evidenciar uma maior ou menor perspectiva de reinserção social; 50% apontaram que o faziam porque, independentemente de acreditar na possibilidade da personalidade desenvolvido pelo apenado antes da experiência no cárcere poder ser retratada no exame criminológico, entendiam não haver possibilidade de tal personalidade se constituir em um indicativo seguro quanto a uma

maior ou menor perspectiva de reinserção social; 36,36% responderam que o faziam por motivos diversos dos acima assinalados e 22,72% consideraram a pergunta prejudicada em virtude de discordar das vedações ou limitações.

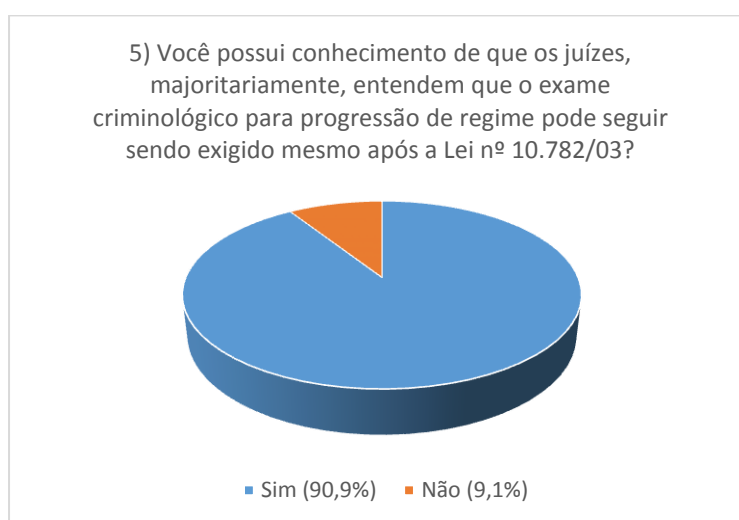
Gráfico 12 – Razões pelas quais os psicólogos concordam com as Resoluções do CFP



A totalidade dos psicólogos que apontaram os outros motivos para justificar sua concordância quanto às restrições impostas pelo CFP no que condiz ao exame criminológico exigido como condição da progressão de regime funcional (em um total de 36,36% dos entrevistados) referiu a impossibilidade de elaboração de um prognóstico seguro quanto ao comportamento futuro do apenado. Sem prejuízo deste fundamento e, até mesmo, para corroborá-lo, foram ainda apresentadas outras justificativas, dentre as quais se destacam as seguintes: os efeitos gerados pelo fenômeno da “prisionização” no apenado comprometem o quadro de normalidade ambiental que seria necessário para que o prognóstico fosse realizado; a precariedade das condições estruturais relacionadas à atuação do psicólogo no ambiente prisional associadas ao exíguo tempo disponibilizado para as avaliações comprometem a qualidade dos estudos técnicos; e o fato de a quesitação da avaliação, não raras vezes, ser imposta pelo agente solicitante do exame (juiz da execução), a comprometer a autonomia do psicólogo e a implicar padronização massiva das avaliações, tudo a prejudicar a individualização da execução.

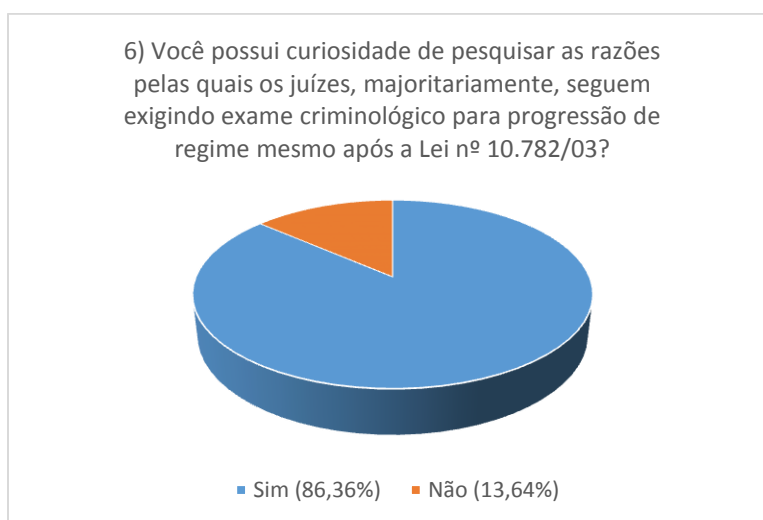
A seguir, indagados, em um universo de duas respostas possíveis e no qual apenas uma delas poderia ser assinalada, se possuíam conhecimento de que os juízes que atuam na área da execução e fiscalização da pena privativa de liberdade, majoritariamente, entendiam que o exame criminológico, inclusive quando realizado exclusivamente por psicólogo, poderia seguir sendo exigido para fins de progressão de regime mesmo após as alterações promovidas pela Lei nº 10.782/2003, 90,9% afirmaram que possuíam conhecimento e 9,1% declararam que não possuíam.

Gráfico 13 – Conhecimento dos psicólogos quanto à posição dos juízes no que tange ao exame criminológico



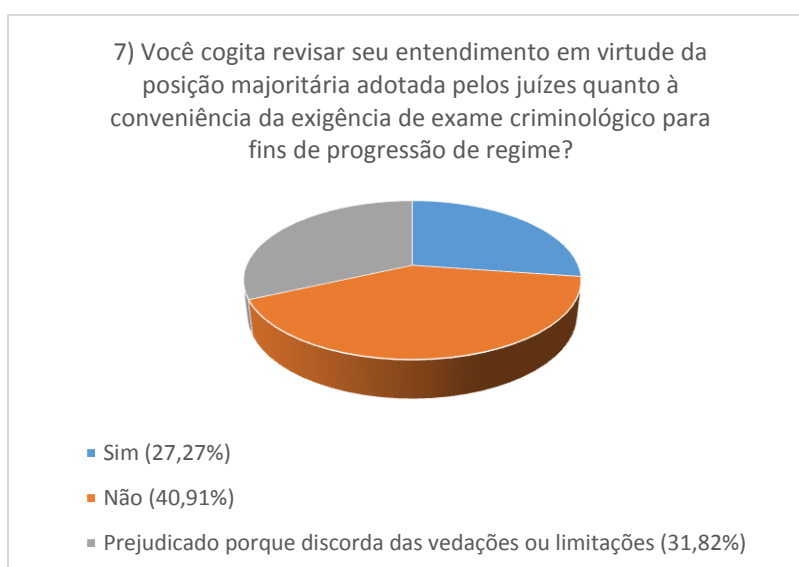
A seguir, indagados, em um universo de duas respostas possíveis e no qual apenas uma delas poderia ser assinalada, se possuíam curiosidade de perquirir as razões pelas quais os juízes, majoritariamente, seguiam exigindo o exame criminológico para fins de progressão de regime mesmo após as alterações promovidas pela Lei 10.782/2003, 86,33% dos psicólogos afirmaram que possuíam tal curiosidade e 13,64% responderam que não a possuíam.

Gráfico 14 – Curiosidade dos psicólogos quanto ao saber produzido pelo campo jurídico:



Finalmente, indagados, em um universo de três respostas possíveis e no qual apenas uma delas poderia ser assinalada, se cogitavam revisar seu entendimento em virtude da posição majoritária dos juízes acerca da exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime, 27,77% dos psicólogos afirmaram que o cogitavam; 50% declararam que não o cogitavam e 22,22% responderam considerar a pergunta prejudicada porque discordavam das proibições ou limitações estabelecidas pelo CFP quanto à atuação do psicólogo no ambiente prisional.

Gráfico 15 – Disposição dos psicólogos de rever seu entendimento em consideração à posição do campo jurídico



PARTE II - OS FATORES SOCIOLÓGICOS QUE EXPLICAM AS DIVERGÊNCIAS ENTRE O DISCURSO DO DIREITO E DA PSICOLOGIA QUANTO À EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA PROGRESSÃO DE REGIME E A RELAÇÃO DOS REFERIDOS FATORES COM OS MODELOS HISTÓRICOS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA E COM A POSIÇÃO ASSUMIDA PELOS OPERADORES JURÍDICOS

3 A gênese da resistência manifestada pelo campo jurídico ao discurso que lhe é externo – análise da teoria sociológica do campo jurídico a partir da contribuição de Pierre Bourdieu:

3.1 Os conceitos sociológicos de *habitus* e campo:

As relações entre os atores que constituem o campo jurídico e os atores que constituem os campos das demais ciências humanas e sociais são instáveis porque, dentre outras razões, a linguagem daqueles primeiros não costuma ser compatível com a produzida pelos últimos (ROCHA, 2015, p. 67).

São recorrentes, mesmo quando versam sobre questões análogas, as divergências entre o discurso oriundo do Direito e o oriundo de outras ciências humanas, divergências estas que não são causadas por fatores aleatórios, mas sim por elementos concernentes às especificidades das relações travadas por cada agente com seus pares em seu respectivo âmbito de atuação. Para a devida compreensão de tais relações e, conseqüentemente, dos fatores que, como regra, motivam as divergências de discurso, mostra-se de vital importância a análise de conceitos sociológicos extraídos da produção teórica do sociólogo francês Pierre Bourdieu, mormente no que pertine às noções de *habitus*, campo e poder simbólico (ROCHA, 2015, p. 69).⁵¹

⁵¹ Estes conceitos, embora referidos anteriormente em outras obras do aludido autor, ganharam tratamento unitário e sistemático, ao menos no que condiz às traduções em língua portuguesa, a partir da publicação da obra *O Poder Simbólico*, ocorrida no final da década de 1980. A referida obra foi publicada em Portugal a partir de convite formulado por editora daquele país ao próprio Pierre Bourdieu para que reunisse textos de sua autoria pertinentes ao tema, os quais, uma vez traduzidos para a língua portuguesa, servissem de guia sistemático para a recepção crítica do autor tanto em Portugal quanto no Brasil. Desse modo, embora não se trate de obra técnica redigida em um mesmo momento cronológico, mas sim de diferentes artigos reunidos, o fato do próprio autor ter sido o responsável pela seleção dos textos conferiu sistematicidade à abordagem, mormente no que condiz à

O pensamento criminológico de viés crítico incorpora elementos oriundos dos debates sociológicos contemporâneos⁵², especialmente no que tange à relação entre estrutura e ação individual, buscando superar os modelos excessivamente simplificadores vinculados à teoria da escolha racional e às diferentes formas de estruturalismo. O que se busca é superar o tradicional dilema existente na construção do objeto sócio-criminológico, que opõe uma visão objetivista – que tende a explicar os fatos sociais a partir de causas estruturais, orgânicas, psíquicas ou sociais que transcendem a consciência dos agentes individuais – a uma visão subjetivista – que tende a analisar as representações que os agentes fazem do mundo social (AZEVEDO, 2010, p. 85/86).

Adotando a perspectiva teórica do estruturalismo construtivista, a obra de Pierre Bourdieu, em um primeiro momento, busca reconstruir o espaço objetivo de posições sociais que os agentes mantêm em razão da distribuição das espécies de poder pelas quais competem nos diferentes espaços de interação. A seguir, busca incorporar as representações que influem e determinam reciprocamente as relações naqueles espaços (AZEVEDO, 2010, p. 86).⁵³

Os textos iniciais da referida obra procuram definir a relação entre os sistemas simbólicos e a ação social. Parte-se, de qualquer modo, da premissa de que o reconhecimento da existência de sistemas simbólicos implica a análise de suas condições sociais de produção, uma vez que tais sistemas não são autônomos em relação ao regime de práticas dentro de cujo interior possuem sentido. Como se verá, com efeito, as relações de interação e comunicação não são autônomas, porquanto dependem de um “jogo de forças” que compreende o poder

compreensão dos supracitados conceitos de *habitus*, campo e poder simbólico (CURTO, DOMINGOS e JERÓNIMO, 2011, p. XV).

⁵² Mesmo transcorridos mais de vinte anos de sua publicação originária, a obra *O Poder Simbólico* não perdeu atualidade, constituindo-se em importante instrumento de combate em um contexto sociológico cujos poderes hegemônicos encontram-se eivados de “malabarismos tecnocráticos dissimulados” que visam a impor sua justificação sem margem para discussão. A obra, neste plano de incidência, “assume um papel de instrumento de luta. Primeiro, ajuda-nos a criticar os bloqueios a que chegamos por termos tomado por adquirida uma dicotomia entre teoria e método . (...). Depois, serve-nos de inspiração para por em causa os medos e as limitações proclamados em nome do empirismo ou do narrativismo. (...). E, por último, recorda-nos, a propósito dos critérios de avaliação e internacionalização, a necessidade de reconduzir a genealogia das ideias aos seus usos concretos.” No Brasil, “com a sua riqueza de tradições de análise do social, com os seus olhares cosmopolitas e a sua escala”, a obra teve larga aceitação nos círculos acadêmicos desde que publicada (CURTO, DOMINGOS e JERÓNIMO, 2011, p. XIII/XIV).

⁵³ Em linhas gerais, a produção de Pierre Bourdieu, pelo modo como sintetiza diversos patrimônios do pensamento social e da prática da investigação, sugere um projeto unificado de ciências sociais, o que está explicitado na obra *O Poder Simbólico*, cujo conjunto de textos enuncia um modo de analisar o social (uma teoria da prática) sempre associado ao estudo de casos concretos, constituindo uma proposta de ciência social integrada, com assento, fundamentalmente, na crítica histórica às categorias tradicionais do conhecimento (CURTO, DOMINGOS e JERÓNIMO, 2011, p. L/LI).

material ou simbólico acumulado pelos agentes (ou instituições) envolvidos em ditas relações. Adotada esta premissa, “a análise do social passa pela descrição da transformação das diferentes espécies de capital em capital simbólico, proposta que tem na teoria dos campos sociais um instrumento fundamental” (CURTO, DOMINGOS e JERÓNIMO, 2011, p. XXXVII/XXXVIII).

Por sua vez, para a devida compreensão desta “teoria dos campos sociais”, impende, inicialmente, que se esclareça o âmbito de delimitação dos conceitos sociológicos de *habitus* e campo.

A noção de *habitus*, na obra de Pierre Bourdieu, nasce da necessidade de rompimento com o paradigma estruturalista. A partir da retomada da noção aristotélica de *hexis* – revista pela antiga escolástica e rebatizada de *habitus* –, o autor procura reagir contra a ideia do indivíduo como um mero suporte da estrutura, enfatizando as características criadoras, ativas e inventivas do comportamento individual, mas sem, porém, que tal concepção se confunda com o sentido tradicional da palavra “hábito”. Trata-se de um conhecimento adquirido, ou seja, de um capital havido pelo indivíduo enquanto inserido em um determinado campo de ação. Em outras palavras, o conceito de *habitus* adotado por Pierre Bourdieu traduz “a intenção teórica de sair da filosofia da consciência sem anular o agente em sua realidade de operador prático da construção de objetos” (ROCHA, 2015, p. 69/70).⁵⁴

Neste contexto, o *habitus* pode ser definido como o padrão comportamental que se adquiriu, de modo durável, como resultado da inserção em um determinado campo, constituindo-se como o efeito que faz com que reproduzamos as condições sociais que são próprias do ambiente de ação ao qual estamos integrados. É um sistema interno de referências, que permite a um agente se inserir nas disputas internas pertinentes ao ambiente de ação ao qual se encontra integrado e, ainda, consciente ou inconscientemente, reproduzir tais condições sociais de ação (ROCHA, 2015, p. 70/71).

Ou, em outras palavras, segundo definição expressa do próprio Pierre Bourdieu (2011, p. 62):

⁵⁴ Pierre Bourdieu adota a premissa de que o discurso científico não pode ser meramente programático ou se limitar à confrontação com outras teorias, devendo se apresentar como um efetivo programa de ação que se revela no trabalho empírico que realiza. Assim, quando adotou, pela primeira vez, a expressão *habitus*, o fez, segundo ele próprio reconhece, com o objetivo de chamar a atenção para o primado da razão prática (2011, p. 59/60).

O *habitus*, como diz a palavra, é aquilo que se adquiriu, que se encarnou no corpo de forma durável, sob a forma de disposições permanentes. (...) o *habitus* é um produto dos condicionamentos que tende a reproduzir a lógica objetiva dos condicionamentos, mas introduzindo neles uma transformação: é uma espécie de máquina transformadora que faz com que nós ‘reproduzamos’ as condições sociais de nossa própria produção, mas de uma maneira relativamente imprevisível, de uma maneira tal que não se pode passar simplesmente e mecanicamente do conhecimento das condições de produção ao conhecimento dos produtos.

A dinâmica do *habitus* permite a naturalização de comportamentos, de modo que o convencionalizado passe a ser aceito como o único comportamento ou ponto de vista possíveis naquele espaço de interação. De qualquer modo, no contexto destes comportamentos ou pontos de vistas aceitos, há margem para alguma variabilidade nas práticas dos agentes, cuja essência, contudo, jamais será desnaturada. Pode-se afirmar, portanto, que o *habitus* é uma categoria historicamente construída, já que não se mantém inativa, mas se renova pelas práticas dos agentes, embora sem que sua essência fundamental seja atingida (ROCHA, 2015, p. 71).

Liráucio Girardi Jr., ao interpretar a definição de *habitus* trazida por Pierre Bourdieu, afirma que os agentes sociais, independentemente do campo no qual atuem, carregam consigo esquemas de apreciação e apropriação cultural que são produzidos pelo processo de socialização a que são submetidos, o que corresponde a uma experiência que é, ao mesmo tempo, particular e coletiva. Aduz que são, justamente, estas experiências que levam o agente, por meio de seu senso prático, a identificar o seu lugar no mundo, qualificando o *habitus* como sendo o “campo de possibilidades que se abre aos agentes em seus jogos no mundo social” (2007, p. 187).⁵⁵

Nesta senda, insistindo com a analogia da vida social a um jogo, o mencionado autor refere que o que os agentes almejam alcançar, em suas respectivas relações no seu espaço de atuação, é “a arte de jogar com os limites, as interpretações, os equívocos e subtendidos que todos os jogos pressupõem”. O jogo estaria presente em estado prático nos agentes na forma do *habitus*, ou melhor, na forma dos discursos, posturas e disposições corporais que são

⁵⁵ Liráucio Girardi Jr. prossegue em sua interpretação “do *habitus* segundo BOURDIEU”, afirmando que ele também pode ser qualificado como o resultado da mediação entre a experiência primeira do mundo (que é objeto da fenomenologia) e as suas estruturas sociais (que é alvo do objetivismo), mediação esta que permitiria ao pesquisador entender a relação dialética entre a sociedade e os indivíduos. Neste âmbito, em última análise, o *habitus* consistiria “no princípio articulador das práticas capazes de realizar e representar, dialeticamente, a ‘interiorização da exterioridade’ e a ‘exteriorização da interioridade’ nos agentes sociais” (2007, p. 196).

reconhecidos como legítimos em um mesmo espaço de atuação (GIRARDI JR., 2007, p. 203/204).⁵⁶

É relevante notar, diante dos supracitados esforços de delimitação conceitual, que a Sociologia consiste em importante instrumento para identificação do *habitus* que é pertinente a cada agente social. Da mesma forma que os agentes que classificam e interpretam o mundo são, concomitantemente, classificadores e classificados, os objetos e práticas de que se valem para construir sua identidade também o são. O trabalho sociológico consiste na identificação desses marcadores de “classificação”, possibilitando a verificação de relações de proximidade, distância, hierarquia, conflito e reconhecimento nas práticas dos agentes sociais que atuam dentro de um mesmo espaço, “na forma de um campo de forças em que certos jogos são possíveis ou esperados” (GIRARDI JR., 2007, p. 198/199).

Os agentes dotados do mesmo *habitus* interagem entre si em um mesmo espaço social, cujos campos de força, no jargão sociológico, ao mesmo tempo, determinam e são determinados pelas práticas dos agentes e seus interesses comuns.

O campo, neste contexto, pode ser definido como aquilo que compreende o objeto das disputas e interesses que são específicos de uma determinada categoria, não sendo, conseqüentemente, percebidos ou compreendidos por integrantes de outras categorias. Trata-se de um conceito complementar ao de *habitus*, compreendendo a dinâmica das forças sociais que são próprias de uma categoria específica (ROCHA, 2015, p. 72).

O campo é tanto uma estrutura que constrange os agentes nele envolvidos (um “campo de forças”), quanto um espaço no qual os agentes atuam conforme suas posições relativas naquele “campo de forças”, conservando ou transformando a sua estrutura (um “campo de lutas”). Portanto, “o que determina a existência de um campo e demarca os seus limites são os interesses específicos, os investimentos econômicos e psicológicos, de agentes dotados de um *habitus* e das instituições nele inseridas” (AZEVEDO, 2010, p. 86/87).^{57 58}

⁵⁶ “O *habitus* oferece categorias práticas de classificação e percepção referentes ao eu e ao outro, aos nossos lugares no mundo, aos nossos desejos, nossas posições, nossas expectativas, nosso estilo de vida e nosso destino. A partir dessas percepções, certos tipos de censura, procedimentos, aproximações e distanciamentos entre os corpos, estratégias de movimentação e intervenção, tipos de ironias e piadas são produzidas e ganham ‘certos’ sentidos” (GIRARDI JR., 2007, p. 203).

⁵⁷ A concepção sociológica de campo, portanto, não se confunde com as acepções tradicionais oriundas da física (segundo a qual o campo consiste em uma região do espaço onde se exerce uma força determinada) ou da psicologia social (segundo a qual o campo consiste em um conjunto de processos psíquicos que constituem um processo dinâmico). Na Sociologia, por outro lado, o conceito de campo, historicamente, sempre foi associado às noções de “domínio” ou “sistema”, carecendo, porém, como regra, de precisão terminológica. Pierre Bourdieu, diferentemente, ao buscar os mecanismos que geram tais campos, logrou descrever adequadamente sua estrutura

O campo se define pelos objetos de disputa e interesses que lhe são específicos a ponto de não se confundir com as disputas e interesses que são inerentes a outro campo. Logo, essas disputas e interesses sequer são reconhecidas pelos agentes que não se encontram familiarizados com as particularidades concernentes ao campo em questão, ou seja, pelos agentes que não são dotados do *habitus* para nele interagir. Desse modo, para que um campo funcione, é necessário que haja um cenário de disputas entre pessoas dotadas de um mesmo *habitus*, ou seja, pessoas que estejam familiarizadas com as regras naturais daquelas disputas. Neste contexto, muitas vezes, as pressões externas a um determinado campo são ignoradas por quem é dotado, estritamente, do *habitus* que é próprio daquele campo, já que, neste caso, os atores de tal campo não reconheceriam, no discurso dos agentes externos, as condições de legitimidade necessárias para que se produza uma relação de interação (ROCHA, 2015, p. 73).⁵⁹

No gradativo processo de construção que leva à autonomia de um campo social, exige-se dos agentes nele dispostos a ingressar um efetivo envolvimento com o jogo de forças produzido. Assim ocorrendo, o campo abre espaço a uma série de investimentos (de capital econômico, simbólico, cultural e social) àqueles pretendentes, mobilizando um conjunto de estratégias que visam ao reconhecimento, legitimação, conservação ou transformação do espaço de interação social (GIRARDI JR., 2007, p. 22).

Seguindo a tendência de especialização que caracteriza o mundo moderno, os campos, porquanto autônomos, são microcosmos sociais em uma sociedade na qual a diferenciação

e propriedades, evitando, assim, “o tratamento residual e pouco objetivo dado a essa noção pela maioria de seus antecessores” (ROCHA, 2015, p. 72).

⁵⁸ Da mesma forma que o conceito de *habitus*, o conceito de campo, na obra de Pierre Bourdieu também foi adotado com o objetivo de salientar o primado da razão prática, conferindo um direcionamento concreto à pesquisa científica. Para que tal noção fosse construída, mostrou-se necessário, conforme reconhecido por aquele autor, extrapolar uma primeira tentativa estrita de análise do campo intelectual como um “universo relativamente autônomo de relações específicas”, a partir da constatação de que, em diferentes universos de análise, havia posições objetivas ocupadas pelos diversos agentes, que se reproduziam na medida em eram reiteradas as interações sociais pertinentes à cada espaço social. Por outro lado, embora a teoria dos campos tenha colhido elementos oriundos do pensamento econômico – a partir da aplicação, nas relações de interação entre os agentes, de conceitos gerais como capital, investimento ou ganho -, não pode ser reduzida àquele último. Diferentemente, a teoria econômica consiste, ela própria, “em um caso particular da teoria dos campos que se constrói pouco a pouco, de generalização em generalização (...)” (BOURDIEU, 2011, p. 67/68).

⁵⁹ A iniciação dos pesquisadores de uma determinada área e, conseqüentemente, a consolidação da legitimidade do campo em que aqueles atuam passa pela conscientização de ditos agentes quanto aos mitos fundantes e rituais que são inerentes ao referido espaço de interação social, os quais, por sua vez, extraem sua dinâmica do próprio processo de lutas por meio dos quais se fundaram (GIRARDI JR. 2007, p. 24).

apenas se acentua. Com isso, adquirem uma dinâmica própria e se institucionalizam de modo a gerar espaços de interação relativamente autônomos, com regras próprias de funcionamento. Como cada campo produz jogos sociais que lhe são particulares, mostra-se necessário estar diretamente envolvido e familiarizado com aquele para que se participe dos jogos que produz (GIRARDI JR., 2007, p. 33).

Porquanto instrumento de síntese dos institutos abordados e sua correlação, cabe transcrever, ainda, a seguinte passagem da obra de Pierre Bourdieu (2011, p. 61):

Um campo, e também o campo científico, se define entre outras coisas através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos que são irredutíveis aos objetos de disputas e aos interesses próprios de outros campos (não se poderia motivar um filósofo com as questões próprias dos geógrafos) e que não são percebidas por quem não foi formado para entrar nesse campo (cada categoria de interesses implica a indiferença em relação a outros interesses, a outros investimentos, destinados assim a serem percebidos como absurdos, insensatos, ou nobres, ou desinteressados). Para que um campo funcione, é preciso que haja objetos de disputas, e pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de 'habitus' que impliquem no conhecimento e no reconhecimento das leis imanentes do jogo, dos objetos de disputas, etc.

A análise dos supracitados conceitos sociológicos de *habitus* e de campo consiste no ponto de partida para a compreensão das especificidades do modo de atuação adotado pelos operadores jurídicos e da resistência por aqueles últimos manifestada à aceitação do discurso praticado pelos agentes externos a este espaço estrito de atuação (o campo jurídico).

3.2 O campo jurídico e a sua pretensão de autonomia:

Mostra-se necessário estar familiarizado com as regras e costumes que são próprios de cada campo para se participar e ser aceito no âmbito do espaço em que ditas interações são realizadas. Há campos, todavia, em que a legitimidade da atuação do agente não é alcançada apenas mediante o reconhecimento interno de seus pares, mostrando-se imperativo que o discurso alcance e seja aceito por agentes externos ao campo de atuação. No campo político, os efeitos das exigências externas se fazem sentir a partir das relações que os mandantes estabelecem com os mandatários, mormente se considerada a dependência existente entre a

manutenção daqueles últimos no universo de atuação e sua aceitação pelos eleitores (BOURDIEU, 2011, p. 168).⁶⁰

O capital político pode ser caracterizado como uma forma de capital simbólico. Isso porque o poder simbólico consiste em uma relação de confiança estabelecida entre um agente e outro que o represente, ou seja, em um poder que aquele que lhe está sujeito confere àquele que o exerce. No caso, a delegação do capital político pressupõe a objetivação desta espécie de capital em instituições permanentes, inclusive para se viabilizar a mobilização e reprodução contínua dos jogos de forças, institucionalizando-se o campo político na forma de cargos a se conquistar e exercer. É um poder que, embora exercido em consonância com as regras que são familiares e próprias aos agentes que constituem o campo de atuação política, depende da aceitação de agentes que são externos a dito campo, encontrando-se submetido a tal relação de condicionamento (BOURDIEU, 2011, p. 200/201).

Justamente quanto a essa característica, mostra-se possível diferenciar a conduta dos atores dos campos jurídico e político. Isto porque, no que se refere ao primeiro, as pressões externas costumam ser ignoradas por quem é dotado do *habitus* jurídico, uma vez que existe a crença de que o discurso jurídico é autossuficiente, não necessitando extrair da mídia, sociedade ou outras ciências qualquer fundamento de legitimação; enquanto que, no campo político, diferentemente, as pressões externas (inclusive as midiáticas) são visualizadas como legítimas, uma vez que, em virtude do mecanismo criado para renovação e constituição dos integrantes do campo (sistema eleitoral), esta aceitação externa consiste em requisito para perpetuação da atuação (ROCHA, 2015, p. 73).⁶¹

É da essência do campo jurídico proclamar e acreditar na sua autossuficiência. Apoiando-se sobre os supostos interesses específicos dos juristas e na força institucional do Estado (cujo exercício de força é legitimado pelos esforços de racionalização do saber jurídico), o processo de concentração do capital jurídico acompanhou um processo de diferenciação que resultou na constituição de um campo jurídico autônomo. No caso, esta concentração do capital

⁶⁰ Ao depender de dito reconhecimento externo, o campo político é um espaço de concorrência pelo poder que se faz por intermédio de concorrência pelo direito de representação dos “profanos”, ou seja, pelo monopólio do direito de falar e de agir em nome de uma parte ou da totalidade dos agentes que são externos ao campo de atuação (BOURDIEU, 2011, p. 190).

⁶¹ Já o campo jornalístico, por sua vez, ostenta uma posição peculiar em relação aos campos jurídico e político: há uma oposição formada pelo reconhecimento técnico dos pares jornalistas em um polo e, em outro, de forma prevalente, pelo reconhecimento externo, consubstanciado pela necessidade (principalmente comercial) de reconhecimento do público destinatário das informações. Desse modo, as condutas são muito mais influenciadas pelas necessidades imediatas do público (apelo comercial, elevação de audiência, cultura do escândalo, etc.) que, propriamente, pela fidelidade jornalística e qualidade cultural da informação (ROCHA, 2015, p. 74).

jurídico pode ser qualificada como uma forma de manifestação de um processo mais amplo de concentração do capital simbólico, que constitui fundamento da autoridade do poder estatal (BOURDIEU, 1996, p. 109/110).

Ao qualificar o Estado como um “corpo de profissionais progressivamente burocratizado e gerador de interesses próprios”, Pierre Bourdieu afirma que o campo do Direito é controlado por profissionais que o concebem como “um sistema autônomo de relações juridicamente prescritivas”, que institui uma “verdade de Estado, constituída pela relação abstrata e pura entre o cidadão, concebido idealmente, e a lei, cega e igualitária” (CURTO, DOMINGOS e JERÓNIMO, 2011, p. XLIII).

A ciência jurídica, tal como a concebem os juristas e os historiadores do Direito, visualiza o conhecimento jurídico como inserido em um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua dinâmica interna (BOURDIEU, 2011, p. 217).⁶²

Neste contexto, “o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito”, concorrência esta que é travada entre agentes que são vistos pelos demais como investidos da competência especial de interpretar um corpo de regras dotados de uma linguagem técnica e específica, os quais, nos limites dos parâmetros hermenêuticos aceitos, refletem a única visão reputada como legítima da sociedade. A questão é que os integrantes do campo jurídico visualizam apenas em seus pares a aptidão e, conseqüentemente, a legitimidade para interpretar esta linguagem que seria própria e específica do Direito, daí resultando as razões “quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão de sua autonomia absoluta em relação às pressões externas” (BOURDIEU, 2011, p. 220/221).

⁶² A tentativa, por exemplo, de Hans Kelsen de criar uma teoria pura do Direito não passa de uma manifestação extrema desta concepção de que os juristas seriam capazes de construir um corpo de doutrinas e regras completamente independentes do meio social. Em um plano diametralmente oposto, o Direito consistiria em um reflexo direto das forças existentes, em especial aquelas de natureza econômica. São duas visões extremadas e antagônicas: uma internalista e outra externalista, sendo que ambas estas visões ignoram a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma de manifestação da violência simbólica cujo monopólio pertence ao Estado. Exsurge, então, deste contexto de independência relativa, uma visão que representa a síntese daquelas acima referidas, na qual as práticas e os discursos jurídicos são o produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada – por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência; e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas, que delimitam o espaço técnico aceito das soluções propostas para resolução dos problemas enfrentados (BOURDIEU, 2011, p. 218/219).

A concorrência interna do campo jurídico⁶³, desse modo, encontra-se limitada pelo fato das decisões judiciais só poderem se distinguir de simples atos de força políticos na medida em que se apresentam como o resultado necessário de uma interpretação regulada de textos reconhecidos. Esta interpretação, com efeito, não é livre, mas sim determinada, conforme a visão dos operadores jurídicos, pelos parâmetros que são aceitos de acordo com a lógica interna e própria do campo jurídico, o que corrobora, segundo aqueles, a autonomia do campo em relação às demais ciências sociais. Além disso, esta resistência à aceitação de parâmetros interpretativos externos ao campo jurídico nada mais que fortalece a coesão dos *habitus* dos operadores jurídicos, tudo potencializado “pela disciplina de um corpo hierarquizado o qual põe em prática procedimentos codificados de resolução de conflitos entre os profissionais da resolução regulada dos conflitos” (BOURDIEU, 2011, p. 222/223).

Ainda, o efeito da apriorização que é inerente ao raciocínio jurídico se revela a partir da linguagem jurídica, que, a partir de sua especificidade, se revela inacessível aos agentes externos ao campo jurídico. Esta linguagem, “ao acusar sinais de uma retórica da impersonalidade e da neutralidade”, concorre para produzir dois efeitos principais, quais sejam, a neutralização – que é obtida por um conjunto de características sintáticas, tais como o predomínio de construções passivas e de frases impessoais, que visam a acentuar a imparcialidade e objetividade do enunciado normativo; e a universalização, que é obtida a partir do emprego da retórica da atestação oficial, do uso de substantivos indefinidos e do presente intemporal (BOURDIEU, 2011, p. 224/225).⁶⁴

A instituição de um espaço de contraposição de forças que é inacessível aos agentes externos ao campo acaba por delimitar a imposição de uma espécie de fronteira que separa

⁶³ Pierre Bourdieu visualiza, nesta concorrência, uma clara divisão entre as posições que são assumidas pelos agentes na luta simbólica que é travada no interior do campo: de um lado, os teóricos, representados pelos juristas e/ou professores, que priorizam a sintaxe abstrata do direito; de outro, os práticos, representados pelos juízes e outros operadores, que priorizam o conhecimento aplicado. A partir deste aparente antagonismo, “pode-se compreender as diferenças sistemáticas que separam as tradições nacionais e, sobretudo, a grande divisão entre a tradição romano-germânica e a tradição anglo-americana”. De qualquer modo, o antagonismo é, repita-se, aparente (não prejudicando a coesão do *habitus*), já que as referidas visões acabam exercendo uma função complementar em relação a cada qual, servindo “a uma forma sutil de divisão do trabalho de dominação simbólica, na qual os adversários, objetivamente cúmplices, se servem uns aos outros. (...) É difícil, com efeito, não ver o princípio de uma complementariedade funcional dinâmica no conflito permanente entre as pretensões concorrentes ao monopólio do exercício legítimo da competência jurídica” (2011, p. 228/229).

⁶⁴ “Esta retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, que pode ser o princípio de uma autonomia real dos pensamentos e das práticas, está longe de ser uma simples máscara ideológica. Ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico (...). Com efeito, aquilo a que se chama 'o espírito jurídico' ou 'o sentido jurídico' e que constitui o verdadeiro direito de entrada no campo (...) consiste precisamente nesta postura universalizante” (BOURDIEU, 2011, p. 225).

aqueles que estão e não estão habilitados para atuar no “jogo” das relações jurídicas. Trata-se da distinção entre o leigo e o operador jurídico, sendo este último o condutor do primeiro a um universo que lhe seria inacessível sem a referida intermediação técnica. A constituição do campo jurídico é inseparável da instauração do monopólio dos profissionais que são considerados habilitados para declarar o conhecimento jurídico, monopólio este que não é acidental, mas sim inerente e constitutivo da relação de poder exercida pelo técnico em face do leigo (BOURDIEU, 2011, p. 235).

Há, de fato, um círculo restrito de profissionais que se qualifica como habilitado para interpretar e declarar o discurso jurídico, sem que nele, como regra, sejam autorizados a ingressar profissionais oriundos de outros campos do conhecimento, mesmo que provenientes de quaisquer das demais ciências humanas. Não suficiente, há, inclusive, como regra, evidente resistência dos agentes do campo jurídico à aceitação do discurso produzido pelos agentes oriundos dos campos das demais ciências humanas, mesmo quando concernentes a matérias cujos contornos técnicos afiguram-se como mais próximos do objeto científico de campos alheios ao universo jurídico, o que evidencia a carente interdisciplinaridade da visão jurídica dogmática tradicional.

O *habitus* que caracteriza cada campo é construído historicamente e não se mantém inativo, sendo constantemente renovado pela prática dos agentes em suas lutas simbólicas por ascensão e reconhecimento do grupo dentro de cada espaço social de interação. De qualquer modo, apesar dessa constante evolução, a essência que caracteriza o *habitus* jamais é modificada, o que se explica pelo ideal, consciente ou inconsciente, que os respectivos agentes possuem de preservação da autonomia do campo em relação a outras áreas do conhecimento, acarretando com que as divergências pontuais jamais extrapolem determinados limites de aceitação irrestrita dentre ditos agentes, limites estes que, justamente, caso extrapolados, comprometeriam, conforme esta posição epistemológica restrita, a especificidade do campo (ROCHA, 2015, p. 88).

Esta dinâmica, que é inerente às noções sociológicas de *habitus* e campo, associada a outras particularidades do universo jurídico, mostra-se essencial para a compreensão da resistência manifestada pelo discurso jurídico quanto à aceitação do discurso científico que lhe é externo.

Os agentes que operam no campo jurídico, em especial no que condiz aos juízes que atuam no subcampo judicial do campo jurídico, são exaustivamente treinados, desde as fases mais incipientes de sua formação, a crer no mito da neutralidade, indevidamente confundido com imparcialidade, como se houvesse a possibilidade de produção de um discurso jurídico

formal completamente insuscetível a qualquer pressão externa. Esta particularidade do subcampo judicial, associada à lógica de preservação que é inerente a qualquer campo, implica um distanciamento ainda maior do campo jurídico em relação a outras áreas do conhecimento, considerando que os operadores jurídicos, em especial os juízes, não raras vezes, avaliam a lógica que justifica a produção do conhecimento oriundo de outras ciências humanas como incompatível com a lógica jurídica, sendo insuscetível de se imiscuir no processo de silogismo puramente formal que caracterizaria a aplicação da lei ao caso concreto. Em síntese: o mito da aplicação da lei a partir de uma interpretação puramente objetiva (ROCHA, 2015, p. 89/90).

Desse modo, no âmbito do campo do Direito, a pressão externa que, eventualmente, possa ser produzida pelo discurso crítico oriundo de outras ciências humanas em relação a determinados institutos sedimentados pela cultura jurídica, mesmo quando insistentemente reproduzida pela mídia, costuma ser ignorada pelos agentes, os quais, simplesmente, não visualizam, naqueles atores externos, as condições de legitimidade exigidas pela lógica interna do campo jurídico para que um determinado discurso seja aceito (ROCHA, 2015, p. 93).

A estrutura interna de cada campo é que estabelece os valores e metas que devem ser considerados como de disputa entre os agentes, conforme os padrões de pensamento e formação que lhes são próprios, não havendo como se reduzir os valores de um campo aos valores de outro. Os respectivos agentes que atuam em cada espaço de interação social recebem, no contexto de sua formação científica, um treinamento próprio – maios ou menos receptivo, conforme o caso, à ideia de interdisciplinaridade – para que possam se localizar no interior do campo, reconhecendo os agentes que se encontram abaixo e acima de si no plano hierárquico. Ocorre que, no campo jurídico, encontra-se enraizada, no *habitus* de muitos agentes, muito em razão da formação dogmática tradicional recebida por cada qual, a concepção, decorrente do supramencionado mito da neutralidade, de que o conhecimento jurídico seria autônomo e autossuficiente, do que advém a resistência não apenas à aceitação de determinados institutos que não se encontrem taxativamente consagrados em uma lei expressa, como também do discurso crítico que, eventualmente emanado de atores que operam nos campos específicos de outras ciências humanas e sociais, possa questionar os

institutos que, estes sim, se encontrem consagrados em leis cuja obediência irrestrita e irrefletida seja inerente à lógica de preservação do *habitus* jurídico (ROCHA, 2015, p. 76).⁶⁵

3.3 O campo jurídico e a violência simbólica:

Tanto o campo jurídico quanto o campo político se inserem, em sentido amplo, no campo do Estado, mais precisamente na dinâmica da luta pelo exercício do poder simbólico creditado aos agentes (ROCHA, 2015, p. 86).⁶⁶ Assim, para a compreensão do poder simbólico do Estado, mostra-se necessário compreender a estrutura de funcionamento daqueles campos, especialmente no que condiz ao primeiro, considerando que a competência jurídica é uma forma particular de capital cultural predisposta a funcionar como capital simbólico (BOURDIEU, 1996, p. 121).⁶⁷

Em breve síntese, de acordo com a teoria de Pierre Bourdieu, a estrutura interna de cada campo estabelece os valores e metas a serem considerados como objeto de disputa entre os respectivos atores; os valores/metastas de um campo não se confundem com os de outro, uma vez que os atores, em cada campo, pelo seu padrão de formação e pensamento (*habitus*) diversos, visualizam diferentes valores/metastas (próprios para cada campo). A posição dos atores dominantes dentro de um determinado campo é apenas relativamente tranquila, pois a

⁶⁵ “O ponto central do esquema teórico de Pierre Bourdieu sobre o direito está ancorado na necessidade do reconhecimento social da autonomia e da neutralidade dos juristas e do trabalho jurídico como condição social de funcionamento de toda a mecânica simbólica que se desenvolve no campo jurídico” (AZEVEDO, 2010, p. 104).

⁶⁶ É inerente à construção do Estado a unificação cultural em torno de valores comuns. “A ordem simbólica apóia-se sobre a imposição, ao conjunto dos agentes, de estruturas cognitivas que devem parte de sua consistência e de sua resistência ao fato de serem, pelo menos na aparência, coerentes e sistemáticas e estarem objetivamente em consonância com as estruturas objetivas do mundo social. É nesse acordo imediato e tácito (oposto em tudo a um contrato explícito) que se apóia a relação de submissão dóxica que nos liga, por todos os liames do inconsciente, à ordem estabelecida. O reconhecimento da legitimidade não é, como acreditava Max Weber, um ato livre da consciência esclarecida. Ela se enraíza no acordo imediato entre as estruturas incorporadas, tornadas inconscientes, como as que organizam os ritmos temporais (por exemplo, a divisão em horas, inteiramente arbitrária, do emprego do tempo escolar), e as estruturas objetivas” (BOURDIEU, 1996, p. 118).

⁶⁷ As produções simbólicas, porquanto relacionadas com os interesses da classe dominante, são formas de universalização ideológica, podendo ser qualificadas como instrumento de dominação. As ideologias, com efeito, por oposição ao mito, enquanto produto coletivamente apropriado, servem interesses particulares que apenas aparentam ser universais, fazendo com que a cultura dominante, a partir de tais produções simbólicas, contribua para a integração real da classe dominante (BOURDIEU, 2011, p. 06/07).

luta constante por espaço tende a desestabilizar os valores de conservação; a crítica, porém, embora possua algum poder de transformação, jamais chega a colocar em risco a existência do campo, já que mesmo aqueles que divergem compartilham de valores comuns que jamais são questionados. Desse modo, para que se preserve a existência do campo, as modificações resultantes da crítica dialética jamais podem ultrapassar determinados limites. Consequentemente, todos os atores de um mesmo campo lutam em conjunto, mesmo que inconscientemente, por sua preservação (1996, p. 83).

Há, portanto, uma lógica de conservação que é inerente à noção de campo, da qual resulta, a partir de um processo de normalização, a violência simbólica que é própria do campo jurídico.

Explica-se. Os campos jurídico e político se inserem no campo do Estado, na dinâmica da luta pelo exercício e manutenção do poder simbólico creditado aos agentes.⁶⁸ Os magistrados atuam no subcampo judicial do campo jurídico: são, desde sua preparação, treinados a acreditar (*habitus*) na existência de um espaço mental e social de neutralidade (chamado de imparcialidade), que seria insuscetível a pressões externas. Além disso, a força do campo jurídico decorre, essencialmente, da noção de monopólio: apenas os agentes do campo jurídico podem “dizer” o direito. Ainda que haja divergências de entendimentos, todos os integrantes do campo compartilham de uma característica cultural comum: o conhecimento jurídico, de modo que a lógica de trabalho do campo jurídico se insere, muitas vezes, na lógica da conservação, se constituindo, num dos elementos fundadores mais importantes da ordem simbólica (ROCHA, 2015, p. 98/99).⁶⁹

No caso, esta transposição entre a lógica da conservação e o surgimento da força simbólica ocorre por meio de um processo de normatização: o discurso do direito abarca e reflete, no ordenamento, uma determinada visão de mundo (normalmente, a visão da classe dominante); então, com o tempo, pela lógica da conservação, esta visão deixa de ser questionada, passando a ser aceita como normal. Então, a partir desta normatização ou

⁶⁸ No confronto travado, internamente, pelos especialistas de cada campo, está em disputa o monopólio da produção legítima da violência simbólica. Não por acaso, o campo de produção simbólica pode ser qualificado como “*um microcosmos da luta simbólica entre as classes*” (BOURDIEU, 2011, p. 08).

⁶⁹ A cultura dos precedentes judiciais (*stare decisis*) pode ser qualificada como um instrumento de afirmação da autonomia do campo jurídico: “A regra que impede ir-se além das decisões jurídicas anteriores, *stare decisis*, para se decidir juridicamente é para o pensamento jurídico o que o preceito durkheimiano de 'explicar o social pelo social' é para o pensamento sociológico: apenas um modo diferente de afirmar a autonomia e a especificidade do raciocínio e do juízo jurídicos. A referência a um corpus de precedentes reconhecidos” (BOURDIEU, 2011, P. 240).

"normalização", surge a força simbólica que decorre da coerção jurídica – a violência simbólica (ROCHA, 2015, p 101).⁷⁰

O poder simbólico é um poder (econômico, político, cultural ou de outra natureza) que se apresenta em condições de se fazer reconhecido, mas que não se manifesta no plano da força física, mas sim nos planos do sentido e do conhecimento. É, ainda, um poder cujo fundamento de existência não é extraído de si próprio, mas sim daqueles sobre os quais é exercido. Assim como o poder das palavras só se exerce sobre aqueles que estão dispostos a escutá-las, são os destinatários do poder simbólico, a partir da sua postura, que condicionam e viabilizam a existência daquele último (GIRARDI JR., 2007, p. 129).⁷¹

Introduzida a noção de poder simbólico, há outro conceito trazido por Pierre Bourdieu cuja compreensão se afigura como importante para apreensão da gênese da chamada violência simbólica: o conceito de mercado simbólico. Rompendo com as lógicas interacionistas – que reduzem as trocas simbólicas às condições de interação entre os sujeitos -, o termo em questão foi cunhado por aquele autor com o objetivo de compreender o processo social de produção de sentido nas trocas simbólicas cotidianas. Ocorre que a produção social de sentido cotidiana depende da produção de um espaço que garanta as condições de sua própria eficácia simbólica, ou seja, de sua existência em ato. Quando Pierre Bourdieu analisa a capacidade que os seres humanos possuem para falar, observa que não é esta capacidade pura e simples que, por si só, caracteriza a experiência humana, mas sim a capacidade social específica de produzir um discurso socialmente reconhecido em um espaço delimitado, ou seja, em um mercado simbólico. A produção de sentido nos discursos depende, então, da relação dialética

⁷⁰ “O discurso do Direito representa, em grande parte, a opção por uma visão de mundo: a dos grupos sociais dominantes, a qual passa a se inscrever e a ser absorvida nas lógicas sociais, de tal sorte que não mais é questionada, tornando-se 'natural'. As leis, mesmo que inicialmente, sofram resistência, com o tempo acabam por ser reconhecidas como úteis e, assim, passam a fazer parte do patrimônio cultural da coletividade” (ROCHA, 2015, p. 100).

⁷¹ Estabelecida mais esta premissa conceitual, é de se dizer que os conceitos de *habitus*, campo e poder simbólico, no contexto do sistema de controle teórico da chamada “Economia das Trocas Simbólicas”, são instrumentos que permitem que se rompa com uma visão reificada e naturalizada dos mercados de bens simbólicos. Pensar, com efeito, autores e obras científicas no âmbito de campos de interação social implica objetivar esse espaço de tomada de posições, objetivando a dinâmica de disputa de espaço no âmbito da contraoposição entre as diferentes correntes internas de cada campo. “Com isso, torna-se possível imaginar o espaço de possíveis colocado em disputa no campo e a originalidade das ‘estratégias’ produzidas pelos agentes para imprimir à sua trajetória um estilo, uma marca diferencial no interior dessas lutas” (GIRARDI JR., 2007, p. 207).

entre o *habitus* e o mercado simbólico no qual aquele primeiro é chamado a operar como mediador (GIRARDI JR., 2007, p. 208).⁷²

A especificidade de um *campo* é determinada tanto pelo *habitus* que lhe é próprio quanto pelo espaço de consenso essencial em torno do qual gravitam os agentes, qualificado por Pierre Bourdieu como *doxa*. Essas ideias convergentes originam as leis que regem e regulam a luta pela dominação no interior do campo, denominadas de *nomos*. Por fim, o produto da adesão à *doxa* do campo é qualificada pelo referido sociólogo como *illusio*, que consiste no “encantamento do microcosmo vivido como evidente”, que faz com que os agentes, ao incorporar os valores inerentes ao respectivo *habitus*, sequer possuam a clara compreensão de que atuam conforme um modelo predeterminado de condutas (AZEVEDO, 2010, p. 88-90).

Por outro lado, é, em especial, no domínio da produção simbólica, que se faz sentir a influência do Estado, uma vez que as administrações públicas são grandes produtoras de “problemas sociais” que apenas são ratificados pela ciência social sob a forma de problemas sociológicos (BOURDIEU, 1996, p. 95). Não por acaso, a produção do conhecimento jurídico, porquanto monopolizada pelo Estado, não pode ser compreendida sem a devida elucidação do conceito sociológico de Estado (ROCHA, 2015, p. 110).

Afirma Pierre Bourdieu que a violência simbólica não pode deixar de, paralelamente à violência física, ser dissociada da definição de Estado. É conhecido, com efeito, o conceito de Estado trazido por Max Weber, segundo o qual aquele é “a comunidade humana que reivindica com sucesso o monopólio do uso legítimo da violência física em um território determinado”. No caso, o que propugna Pierre Bourdieu é que se compreenda o Estado como o ente que reivindica, com sucesso, o exercício legítimo não apenas da violência física, como também da violência simbólica, resultante da normalização do discurso jurídico que reflete a visão das classes dominantes (BOURDIEU, 1996, p. 97).

O Estado é resultado de um processo de concentração de diferentes espécies de capital: dentre outros, de força física ou de instrumentos de coerção (exército ou polícia), econômico, cultural e simbólico. A concentração do capital de força física foi privilegiada na maior parte dos modelos de gênese do Estado, sendo que dizer que as forças de coerção foram concentradas implica dizer que a violência física legitimada não pode mais ser aplicada senão

⁷² É consequência inerente à modernidade o fato de os agentes sociais, não raras vezes, serem obrigados a circular por mercados simbólicos diversos daqueles em que foram criados, sendo submetidos a situações de comunicação para as quais não foram preparados e nas quais não se reconhecem. Quanto mais o agente estiver ajustado ao “jogo”, ou seja, quanto mais ajustado estiver o *habitus* aos mercados simbólicos nos quais circula e quanto mais natural parecer este ajuste, maiores serão as chances de lucro simbólico do agente em ditas relações de interação (GIRARDI JR., 2007, p. 209/210).

por um grupo especializado. Ocorre que a concentração das forças armadas e dos recursos financeiros necessários para mantê-las não funciona sem a concentração de um capital simbólico de reconhecimento (BOURDIEU, 1996, p. 100-103).

A concentração de capital simbólico legitimamente reconhecida surge como condição para todas as demais formas de concentração de capital, de modo que se pode qualificar o capital simbólico como uma propriedade de qualquer tipo de capital percebida pelos agentes que são habilitados a reconhecê-las e lhes atribuir valor. Ou, em outras palavras, o capital simbólico viabiliza a aceitação social das demais formas de capital, conferindo-lhes legitimidade. Desse modo, é o Estado, por excelência, o lugar de concentração e exercício do capital simbólico, sendo que o capital jurídico, por sua vez, é a forma objetivada e codificada do capital simbólico. Esta é a razão pela qual o processo de concentração do capital jurídico segue sua lógica própria, que não se confunde com a concentração do capital militar ou financeiro (BOURDIEU, 1996, 107/108).

O pleito jurídico representa uma encenação paradigmática da luta simbólica que ocorre no mundo social, sendo que a decisão judicial que o resolve (o *nomos*, compreendido como princípio universal de divisão) é o expoente fundamental do monopólio quanto ao exercício da violência simbólica legítima, a qual, repita-se, tal qual a violência física legítima, é elemento fundante do conceito de Estado. O Direito, por meio da sentença judicial, consagra a ordem estabelecida garantida pelo Estado, constituindo-se na expressão, por excelência, do poder simbólico de nomeação, capaz não apenas de criar os objetos nomeados, como também de lhes atribuir legitimidade e, assim, permanência histórica. Exemplificativa acerca da função simbólica exercida pelo Direito e pela sentença judicial é a seguinte lição de Pierre Bourdieu (1996, p. 247-249).

O veredito do juiz, que resolve os conflitos ou as negociações a respeito de coisas ou de pessoas ao proclamar publicamente o que elas são na verdade, em última instância, pertence à classe dos atos de nomeação ou de instituição, diferindo assim do insulto lançado por um simples particular que, enquanto discurso privado que só compromete o seu autor, não tem qualquer eficácia simbólica. (...) Estes enunciados performativos, enquanto juízos de atribuição formulados publicamente por agentes que atuam como mandatários autorizados de uma coletividade e constituídos assim em modelos de todos os atos de categorização são atos mágicos que são bem sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto, de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão que eles impõem.

O direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão do Estado, garantida pelo Estado. (...) O direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas.

Quando a norma jurídica consagra regras oficiais e os princípios práticos do estilo de vida dominante, informa as práticas dos conjuntos de agentes para além das diferenças de condição e de estilo de vida entre cada qual. É o efeito de universalização, o qual, sendo diretamente decorrente da normalização proporcionada pelo poder simbólico, é um dos instrumentos mais importantes por meio dos quais se exerce a dominação simbólica em uma sociedade, ou seja, a imposição da legitimidade de uma ordem social. O Direito, por sua vez, é o instrumento de normalização por excelência (BOURDIEU, 2011, p. 258-261).

Desse modo, pode-se afirmar que as condições sociais necessárias para o exercício da violência simbólica se fazem presentes a partir do referido processo de normalização, o qual é inerente à lógica de conservação do campo jurídico.

Estas condições para o exercício da violência simbólica se fazem presentes quando as estruturas mentais subjetivas dos indivíduos estão de tal modo adaptadas às estruturas mentais objetivas que tais estruturas são reputadas como naturais, como se fossem os únicos valores aceitáveis em uma dada realidade social. Como consequência deste processo de naturalização, a violência simbólica acaba não sendo percebida como uma forma de violência por quem a exerce ou quem a ela é submetido, o que inclui os juristas, mormente quanto mais estiverem familiarizados ao *habitus* e mais bem estiverem inseridos no campo jurídico. Conforme acima se disse, o Direito é um exemplo claro de ordem simbólica, sendo evidente que a concorrência que os juristas travam entre si para definir o Direito válido consiste no motor da lógica de produção e conservação da ordem social e jurídica. Consequentemente e em sendo o Direito fonte de produção da violência simbólica, mostra-se possível afirmar que estes agentes do campo jurídico “são formados crendo na autonomia do Direito e, assim, no desconhecimento da arbitrariedade da luta simbólica que define objetivamente o seu trabalho” (ROCHA, 2015, p. 114).

Cabe destacar que este estado de ignorância dos juristas quanto à lógica de formação e conservação do campo no qual se encontram inseridos acaba se constituindo em fator decisivo para obstar a complementação do conhecimento jurídico com o saber oriundo de outras ciências, contribuindo para a reprodução e manutenção da ordem simbólica estabelecida, fruto da visão dominante da sociedade. Especialmente elucidativa, neste sentido, é esta última lição de ROCHA (2015, p. 115):

(...) O problema é que, ao denegar esse fato (arbitrariedade da luta simbólica que define objetivamente o trabalho dos juristas), esses agentes caem no risco de ser pensados (ou conduzidos) por um Estado que acreditam pensar (ou

conduzir), tornando-se, inconscientemente, simples instrumentos de reprodução da ordem simbólica escolhida anteriormente, arbitrariamente, para determinados fins.

(...). Cada vez que um jurista defende o que considera ser uma tese jurídica pura, sem referência a causas ou a consequências éticas, econômicas ou políticas, está agindo segundo um mecanismo que não criou e que não compreende em toda a sua extensão, a partir de uma racionalidade de Estado, que se acredita transcendental, mas que foi simbolicamente imposta.

Os conceitos sociológicos acima estudados contribuem para a compreensão das causas da divergência entre os discursos do Direito e da Psicologia quanto à exigência de exame criminológico como condição para a progressão de regime. Cumpre, então, a seguir, em consideração ao problema de pesquisa proposto, examinar a relação daquelas causas de natureza sociológica com os modelos históricos de justificação da pena e com o papel exercido pelos operadores jurídicos, em especial os magistrados, na legitimação ou contenção do poder punitivo.

4 A correlação entre as causas sociológicas que explicam as divergências entre os discursos do Direito e da Psicologia quanto à exigência de exame criminológico e os modelos históricos de justificação da pena:

4.1 Identificação e análise crítica dos focos de divergência entre os discursos do Direito e da Psicologia a partir do exame dos resultados do questionário aplicado:

De acordo com os dados enunciados no Capítulo 2.5 do presente trabalho, são divergentes entre si as visões adotadas majoritariamente por juízes e psicólogos que operam no Estado do Rio Grande Sul com execução penal no que tange à conveniência do condicionamento da progressão da pena privativa de liberdade à prévia realização de exame criminológico, assim como no que condiz a outros aspectos relacionados ao mesmo problema. Neste contexto, o que se buscará realizar, nos capítulos subsequentes (Capítulos 4.1.1, 4.1.2 e 4.1.3), é, inicialmente, identificar o foco e amplitude de ditas divergências, examinando-se até que ponto e em que medida elas se relacionam com o discurso que é dominante no âmbito dos campos do Direito e da Psicologia. A seguir, buscar-se-á realizar um contraponto entre a respectiva visão dominante oriunda de cada campo e os conceitos sociológicos extraídos da obra de Pierre Bourdieu, estudados no capítulo retro (Capítulo 3), mormente para se compreender as razões pelas quais o discurso adotado pelos magistrados quanto ao problema estudado se mostra alheio e indiferente ao discurso dos psicólogos.

4.1.1 A correspondência entre a posição dos juízes e psicólogos que atuam no Estado do Rio Grande do Sul e o discurso dominante no âmbito dos campos do Direito e da Psicologia - a crença ou a descrença de que a prisão “funciona”:

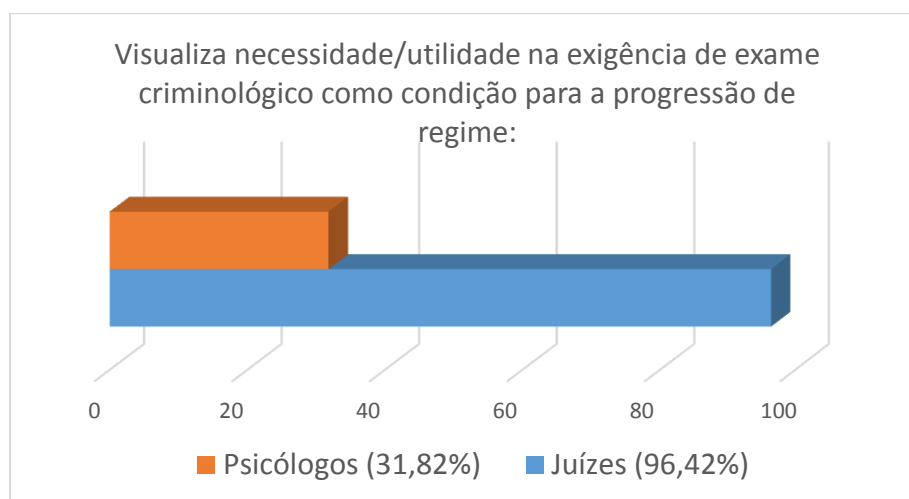
Recapitulando o questionário aplicado aos magistrados e aos psicólogos com atuação na área de execução penal no Estado do Rio Grande do Sul, a primeira indagação formulada a ambos os grupos foi de natureza mais ampla, servindo para evidenciar, naquele momento inicial da pesquisa, qual era a impressão geral predominante dos agentes de cada campo quanto à conveniência da exigência de exame criminológico voltado a instruir pedidos de

progressão de regime prisional: respectivamente, se o exigiam ou se concordavam com dita exigência.

Então, 96,42% dos magistrados ouvidos responderam que exigiam sempre ou eventualmente o exame criminológico, enquanto que 3,58% afirmaram que nunca o exigiam. Por outro lado, 68,18% dos psicólogos declararam concordar ou com as vedações ou com as limitações constantes, respectivamente, nas Resoluções nº 009/2010 e 012/2011 do CFP, o que, em última análise, equivale a dizer que não reputavam conveniente a exigência judicial de dito exame como condição para a concessão de algum benefício concretamente relacionado à execução da pena do avaliado.

Das respostas a estas primeiras perguntas formuladas a ambos os grupos, podem ser entabulados e comparados os seguintes dados: em um contexto normativo em que a possibilidade de exigência da realização do exame criminológico para fins de progressão de regime foi suprimida do texto legal e não há nenhum dispositivo expresso, senão fontes jurisprudenciais, que faculte sua realização, 96,42% dos magistrados manifestaram visualizar alguma utilidade em dita exigência para o aludido fim, posição acompanhada por apenas 31,82% dos psicólogos.

Gráfico 16 – Comparativo entre a posição dos juízes e psicólogos quanto à exigência de exame criminológico



É clara, efetivamente, a divergência entre os discursos dominantes nos campos do Direito (subcampo judicial) e da Psicologia quanto ao ponto. Já se apontara, no Capítulo 3 do presente trabalho, que o discurso dos atores jurídicos, mesmo quando da análise de problemas que são comuns a outras ciências humanas, costuma ser incompatível com o discurso

produzido pelos atores que constituem aqueles últimos campos, o que não decorre de circunstâncias aleatórias (ROCHA, 2015, p. 67).

Há divergência porque o discurso jurídico é próprio e específico, seja em razão das peculiaridades da formação dos atores que o professam, seja em decorrência de sua menor suscetibilidade a sofrer influência externa. O que se demonstrará, a seguir, inclusive a partir do exame comparativo entre os demais dados extraídos das respostas às perguntas subsequentes do questionário, é que a constatada especificidade do discurso jurídico dominante no que tange ao problema do exame criminológico encontra-se diretamente atrelada à concepção que, no âmbito do mesmo campo, prepondera no que condiz aos modelos racionais de justificação positiva da pena e à tendência hodierna ao punitivismo desenfreado, as quais, por sua vez, guardam relação direta com a formação essencialmente inquisitorial recebida pelos atores do campo jurídico (em especial do subcampo judicial), tudo a influenciar na constituição dos valores comuns (*doxa*) que irão determinar o *habitus* da categoria.

Paralelamente, demonstrar-se-á que este discurso conservador que é inerente à formação do ator jurídico apresenta-se especialmente protegido em face de eventuais questionamentos críticos que possa receber dos atores de outras ciências humanas, o que se explica em razão das especificidades sociológicas do campo do Direito, especialmente no que condiz à propagada crença quanto à autossuficiência do discurso jurídico e sua tendência à conservação, com a consequente normalização das posições assumidas.

No que tange à extensão da divergência entre os discursos do Direito e da Psicologia, impende apontar, inicialmente, que a posição amplamente convergente dos magistrados com atuação na área de execução penal no Estado do Rio Grande do Sul quanto à conveniência da exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime (96,42%) reflete não apenas o entendimento dos Tribunais Superiores quanto ao tema, como também o discurso majoritário adotado pelo subcampo doutrinário do campo jurídico, do qual, conforme se destacou, são expoentes as visões, dentre outros, de Sídio Mesquita Júnior (2015, p. 397) e Luis Régis Prado et al. (p. 133/134).

A posição preponderante externada pelos agentes do campo da Psicologia quanto à inconveniência da exigência (68,18%), por sua vez, além de se compatibilizar com a posição majoritária da doutrina especializada no âmbito daquela ciência, reflete a posição crítica adotada pelo CFP, formalizada por meio das supracitadas Resolução 009/2010 e Resolução nº 012/2011. Pode-se afirmar, portanto, que o questionário aplicado na presente pesquisa confirmou que a divergência existente entre as visões dominantes no âmbito dos campos do

Direito (nos Tribunais Superiores e no subcampo da doutrina jurídica) e da Psicologia (no órgão representativo de classe e no subcampo da doutrina da Psicologia) no que condiz aos limites da atuação do profissional psicólogo no ambiente prisional visando a instruir a atividade jurisdicional encontra-se retratada nas posições adotadas pelos atores de ambos os campos que, no plano concreto, operam com execução penal no Estado do Rio Grande do Sul.

Conforme a visão crítica do CFP e da doutrina da Psicologia, em breve síntese, além das instituições penitenciárias, em razão do estado de degradação a ela inerentes, não cumprirem com a função ressocializadora a elas atrelada, o exame criminológico não possui a potencialidade de fornecer um prognóstico confiável quanto ao comportamento psicológico futuro do apenado, o que decorre tanto das limitações intrínsecas à referida avaliação, quanto daquelas condições de degradação do cárcere, que comprometem a higidez do exame (MAGALHÃES, SOUZA e LÂMEGO, 2015, p. 277).

Já consoante a visão dominante dos Tribunais Superiores e da doutrina do Direito, também em breve síntese, a progressão de regime é reputada como o mais importante instrumento da execução penal para fins de individualização da sanção e promoção da ressocialização do apenado. Entende-se, ademais, que o exame criminológico possui a potencialidade de se constituir em um instrumento idôneo para aferição da perspectiva de reinserção social do preso. Desse modo, consistiria tal avaliação, quando associada à progressão de regime, também em instrumento de promoção da ressocialização do apenado (FRANCO, 2013, p. 140).

A adoção da pena privativa de liberdade como centro do modelo punitivo na Modernidade coincide com a adoção do regime progressivo, cuja essência consiste em distribuir, a partir do mérito atribuído ao comportamento do apenado, o tempo de duração da condenação em períodos (BITENCOURT, 2011, p. 97/98). Logo, as construções racionais dogmáticas de justificação do regime progressivo e dos instrumentos de sua efetivação, dentre os quais o exame criminológico a ele assessório, encontram-se diretamente atreladas aos modelos racionais modernos de justificação da pena privativa de liberdade. Tanto assim o é que, no Brasil, o modelo de progressividade adotado foi o inspirado no sistema clássico, mas com adaptações visando a ajustá-lo aos modelos tradicionais e contemporâneos de justificação positiva da pena (AVENA, 2014, p. 224).

É nítida a relação entre o modelo de progressividade adotado pelo sistema brasileiro e os modelos positivos de justificação da pena, sobretudo se considerado o ideal de ressocialização que é inerente à prevenção especial positiva. Em suma: a opção pelo sistema progressivo está diretamente relacionada ao ideal de efetivação do princípio da individualização da pena, uma

vez que, por meio de um processo contínuo de avaliação da adaptação aos parâmetros normativos da convivência social, visa à concretização da reintegração social do apenado (BITENCOURT, 2011, p. 97/98).

Não suficiente, além da correlação dogmática entre os esforços racionais filosóficos de justificação dos institutos, é nítida a correlação entre a posição dominante adotada pelos atores dos subcampos da magistratura do campo jurídico e um dos pilares que caracteriza o modelo punitivista da atualidade: um dos elementos essenciais que caracterizam as políticas hodiernas de hiperencarceramento é a crença de que a prisão “funciona”, ou seja, de que se mostra capaz de cumprir as finalidades positivas de prevenção geral e especial que lhe são atribuídas (GARLAND, 2008, p. 59); inseridos neste contexto, os atores do campo jurídico justificam sua posição majoritária quanto à conveniência da exigência de exame criminológico como condição para a progressão de regime, alegando acreditar na potencialidade de dito exame fornecer um prognóstico criminológico confiável quanto à perspectiva futura de reiteração delitiva do apenado, concepção esta que se encontra atrelada à crença de que o período de segregação que antecedeu a avaliação se mostrou potencialmente suficiente para incutir, no preso, noções de cidadania que aumentariam suas chances de reinserção social. Ou seja, em síntese, acredita-se que o exame criminológico “funciona” porque, em última análise, se acredita que a prisão “funciona”.⁷³

O discurso majoritário dos atores do campo jurídico de que a prisão “funciona” é concomitante, no tempo e no espaço, à visão crítica preponderante dos atores das demais ciências humanas e sociais no sentido de que a prisão degrada. Deve ser salientado que esta é, justamente, a perversidade do discurso jurídico-penal dominante: apoiado na crença da neutralidade e no mito da autossuficiência, adota a premissa de que consistiria em um modelo não apenas independente da realidade social transmitida pelo conhecimento sociológico, como também esgotado, porquanto impassível de qualquer questionamento externo (AMARAL e GLOECKNER, 2013, p. 202).

⁷³ Salo de Carvalho critica o neocorrecionalismo que é próprio de alguns modelos contemporâneos de justificação da pena, argumentando que o apego à autoridade científica tradicional impede o surgimento de novas alternativas para o enfrentamento dos complexos problemas da pós-modernidade, e, também, porque reforça a crença, por ele qualificada como equivocada, de que a estrutura das instituições de reclusão, quando suficiente, possibilitaria o alcance das finalidades positivas atribuídas à pena. Ou seja, a crença de que a prisão “funciona” (2013, p. 95).

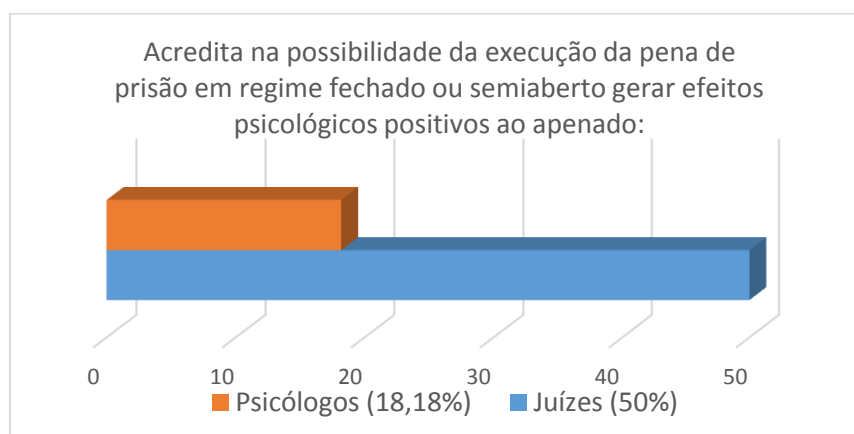
4.1.2 O contraponto entre as razões que fundamentam o discurso de cada campo – a divergência quanto à potencialidade do exame criminológico de antever as perspectivas de reinserção social do apenado e a relação da posição jurídica com os modelos dogmáticos de justificação positiva da pena:

O conjunto seguinte de indagações formuladas procurou, em linhas gerais, extrair dos juízes e psicólogos com atuação no sistema prisional do Rio Grande do Sul as razões pelas quais concordavam ou discordavam da exigência de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime.

O que se mostra especialmente relevante para a presente pesquisa é constatar, a partir do cruzamento entre as respostas apresentadas pelos juízes e pelos psicólogos, que a contraposição entre as razões predominantes invocadas por cada grupo serve para corroborar o quadro de divergência entre os discursos majoritários correspondentes a cada campo.

De fato, 50% dos magistrados questionados declararam acreditar na possibilidade da execução da pena privativa liberdade em regime fechado ou semiaberto gerar efeitos psicológicos positivos ao apenado passíveis de ser retratados no exame e/ou acreditar que a personalidade desenvolvida pelo apenado antes da experiência no cárcere poderia ser retratada no exame e evidenciar uma maior ou menor probabilidade de reinserção social. Diferentemente, apenas 18,18% dos psicólogos questionados afirmaram crer na existência de eventuais efeitos psicológicos positivos decorrentes da experiência no cárcere e/ou elementos pretéritos de personalidade que pudessem ser passíveis de diagnóstico em um exame criminológico e evidenciar uma maior ou menor probabilidade de reinserção social.

Gráfico 17 – Comparativo entre a posição dos juízes e psicólogos quanto à possibilidade da prisão gerar efeitos psicológicos positivos ao apenado

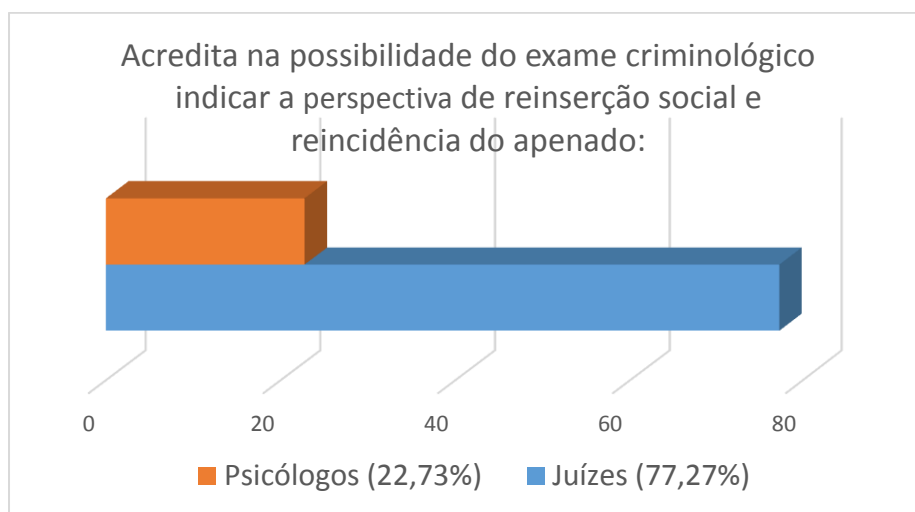


Outro dado relevante de comparação é o concernente aos magistrados e psicólogos que declararam acreditar ou não na potencialidade prognóstica do exame criminológico quanto ao risco de reiteração delitiva, ou seja, cujas respostas expressaram ou não alguma forma de crença na possibilidade dos dados retratados no exame evidenciar que, em razão de uma cogitada menor perspectiva de reinserção social, maior seria a perspectiva de reiteração delitiva.

Um total de 85,71% dentre os magistrados questionados afirmaram acreditar que o risco de reiteração delitiva poderia ser retratado em um exame realizado no ambiente prisional, decorrendo ou dos efeitos psicólogos que a experiência no cárcere geraria ao apenado, ou de sua personalidade pretérita, ou da combinação destes dois últimos elementos, partindo-se da premissa, neste caso, de que haveria fatores de cunho biológico e psicológico que determinariam o comportamento criminoso, possibilitando que este viesse a ser antevisto com razoável margem de segurança científica. Por outro lado, apenas 14,29% dos magistrados questionados, ao justificar porque exigiam ou deixavam de exigir o exame, não relacionaram suas respostas à apontada crença na potencialidade prognóstica da avaliação.

Já no âmbito dos psicólogos, é clara a inversão no que condiz a esta proporção. Um total de 77,27% dentre os psicólogos questionados afirmaram não acreditar que o exame realizado no ambiente prisional pudesse constituir um indicativo seguro quanto a uma maior ou menor propensão de reiteração do comportamento criminoso, ou porque afirmaram não acreditar que a experiência no cárcere gerasse algum efeito positivo que acarretasse uma maior perspectiva de reinserção social, ou porque discordavam da possibilidade da personalidade do apenado – independentemente de ter se formando anterior ou concomitantemente à experiência no cárcere – evidenciar aquela perspectiva, ou porque, simplesmente, em quaisquer dos casos, não visualizam, na avaliação psicológica em si – seja em decorrência das limitações epistemológicas inerentes a tal instrumento de produção do conhecimento científico, seja em decorrência da excepcionalidade dos *loci* de sua realização – a possibilidade concreta de antever o comportamento futuro do indivíduo sob avaliação. Por outro lado, apenas 22,73% dos psicólogos questionados declararam acreditar que, do ponto de vista científico, a avaliação realizada no ambiente prisional poderia retratar indicativos seguros quanto à perspectiva de reiteração do comportamento criminoso.

Gráfico 18 – Comparativo entre a posição dos juízes e psicólogos quanto à potencialidade prognóstica do exame criminológico



Essa discrepância entre a visão dos atores da magistratura e da psicologia que atuam com execução penal no Estado do Rio Grande Sul guarda perfeita correlação com a divergência entre as posições doutrinárias que preponderam em cada um dos respectivos campos, cada qual a influenciar a formação dos seus respectivos operadores.

É majoritária, no subcampo doutrinário do campo jurídico, a concepção etiológica que visualiza, no exame criminológico, não apenas a potencialidade de projetar o comportamento futuro do apenado, como também a aptidão do exame para indicar as próprias causas do comportamento que ensejou a penalização originária (COSTA, 1972, p. 152). Da mesma forma, conforme acima se viu, acreditam os magistrados que atuam com execução penal no Estado do Rio Grande do Sul, em sua maioria, que o comportamento delitivo é influenciado por fatores de cunho biológico e psicológico, razão pela qual teria o exame criminológico, ao analisar a presença de ditos fatores em cada indivíduo analisado, o condão não apenas de explicar as causas da conduta criminosa, como também de antever e probabilidade de sua repetição.

Esta concepção majoritária, ao associar a progressão de regime à necessidade de individualização da execução e ao alcance da finalidade positiva, atribuída à pena, de ressocialização do condenado, defende que se condicione a concessão do benefício à demonstração, por meio do exame criminológico (concebido enquanto instrumento concreto de prognose comportamental), que o apenado apresenta condições de se adaptar socialmente ao regime menos rigoroso (AVENA, 2014, p. 224).

Há, de fato, um ponto de convergência entre todas as narrativas penalógicas, tanto aquelas puramente absolutas ou relativas quanto os modernos discursos de retribuição: atribuem virtudes civilizatórias à sanção penal (ou seja, uma finalidade positiva) e, em consequência, projetam instrumentos para concretização de tais objetivos. Neste contexto é que são concebidas a progressão de regime e o exame criminológico que lhe é auxiliar: instrumentos de prevenção e/ou retribuição e neutralização (CARVALHO, 2013, p. 146/147).

É natural, nesse plano de análise, que os magistrados, tal qual apontam Cláudio Araújo e Marco Antônio Menezes, visualizem o exame criminológico como um instrumento auxiliar na fundamentação de suas decisões, considerando, repita-se, a crença que possuem no fato de que o comportamento criminoso poderia ser objetiva e cientificamente explicado (justificado e antevisto) pelos atores das demais ciências que compõem o feixe criminológico (2003, p. 03).

No entanto, o que os operadores do campo jurídico parecem ignorar é que estes atores oriundos das outras ciências humanas, seja no âmbito do subcampo da doutrina científica, seja no subcampo da ciência aplicada, não acreditam neste poder de clarividência comportamental que lhes é atribuído pelos atores jurídicos.

A mesma visão que é majoritária quanto aos psicólogos que atuam com execução no Estado do Rio Grande Sul no que condiz à imprestabilidade do exame criminológico como instrumento de prognose de comportamentos futuros é, em franca divergência com a postura dos doutrinadores e operadores do campo jurídico, partilhada pela visão majoritária da doutrina oriunda da Psicologia, segundo a qual a exposição ao degradante ambiente prisional é fator gerador de instabilidade emocional a inviabilizar não apenas o diagnóstico da personalidade do apenado, como também o prognóstico de seu comportamento futuro, sobretudo se considerado o fato de que tal comportamento será exteriorizado em ambientes completamente diversos da realidade do cárcere (LÂMEGO, MAGALHÃES e SOUZA, 2015, p. 291-294).

Contudo, o que as divergências doutrinárias e o questionário aplicado na presente pesquisa retratam é que os operadores do campo jurídico se mostram completamente alheios e indiferentes a essa visão crítica dos psicólogos, assim como a eventuais questionamentos outros que sejam externos ao universo jurídico, o que se explica, conforme o ângulo de visão da teoria sociológica de Pierre Bourdieu, pelo fato dos atores jurídicos não visualizarem, neste discurso crítico externo, a condição de legitimidade necessária para que se produzam as interações que são próprias do campo jurídico. Os atores jurídicos, do que não se dissociam os magistrados, são, desde a sua formação, instados a desenvolver o *habitus* tanto de que são

capazes de construir uma visão imparcial de justiça insuscetível a pressões externas quanto de que apenas os legítimos integrantes do campo jurídico possuiriam legitimidade para declarar o teor das normas jurídicas, o que não deixa de estar inserido na própria lógica de conservação do campo jurídico.

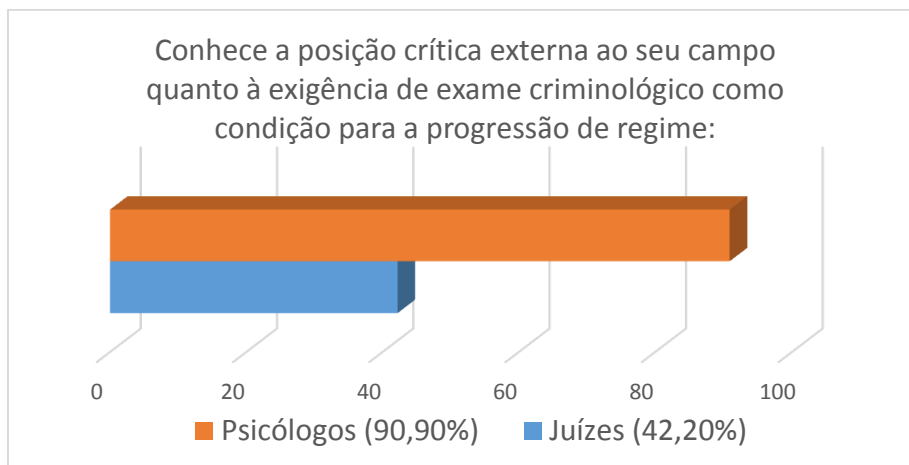
4.1.3 O contraponto quanto à predisposição de cada campo à interdisciplinaridade – a crença dos magistrados quanto à autossuficiência do discurso jurídico:

O último conjunto de indagações formuladas procurou aferir o nível de conhecimento e a curiosidade dos atores de um campo em relação ao objeto do outro, bem como a disponibilidade de cada qual para se deixar influenciar por argumentos que fossem externos ao seu campo de origem, tudo com o objetivo de apurar o nível de predisposição de ditos operadores a uma maior ou menor interdisciplinaridade na abordagem de seu objeto de estudo.

O que merece destaque, neste contexto, é a contraposição entre as respostas apresentadas pelos magistrados e psicólogos, a demonstrar que aqueles primeiros se mostram menos receptivos, em relação aos últimos, ao discurso crítico externo ao seu campo.

Cabe enfatizar, inicialmente, que apenas uma minoria dos magistrados que atuam com execução penal no Estado do Rio Grande do Sul (42,20%) afirmou conhecer a posição crítica adotada pelos psicólogos quanto à exigência de exame criminológico relacionado à progressão de regime (embora dita questão seja especialmente sensível às atribuições funcionais daqueles primeiros e embora a polêmica tenha sido reiteradamente ventilada pela imprensa especializada e debatida pela doutrina científica de ambos os lados desde a publicação, em 2010, da Resolução 009 do CFP). Por outro lado, diferentemente, a grande maioria dos psicólogos (90,9%) afirmou ter conhecimento do entendimento dos juízes quanto ao ponto, mesmo divergindo tal posicionamento, na essência, da compreensão daqueles primeiros quanto ao tema.

Gráfico 19 – Comparativo entre o nível de conhecimento de juízes e psicólogos quanto ao saber crítico externo ao seu respectivo campo



Já no que pertine à curiosidade quanto à compreensão das razões que motivam o entendimento alheio e à predisposição a sua absorção em sua própria conduta funcional, as diferenças entre os campos da magistratura e da psicologia são menos acentuadas, mas, ainda assim, significativas. Os juízes demonstraram menos interesse que os psicólogos por se inteirar acerca dos fundamentos que justificam a posição divergente do campo externo (73,68% e 86,33% respectivamente), bem como demonstraram menos predisposição a revisar seu posicionamento em virtude do discurso crítico externo (10,52% e 27,77% respectivamente).

Gráfico 20 – Comparativo entre o nível de curiosidade de juízes e psicólogos quanto ao conhecimento do saber crítico externo ao seu respectivo campo

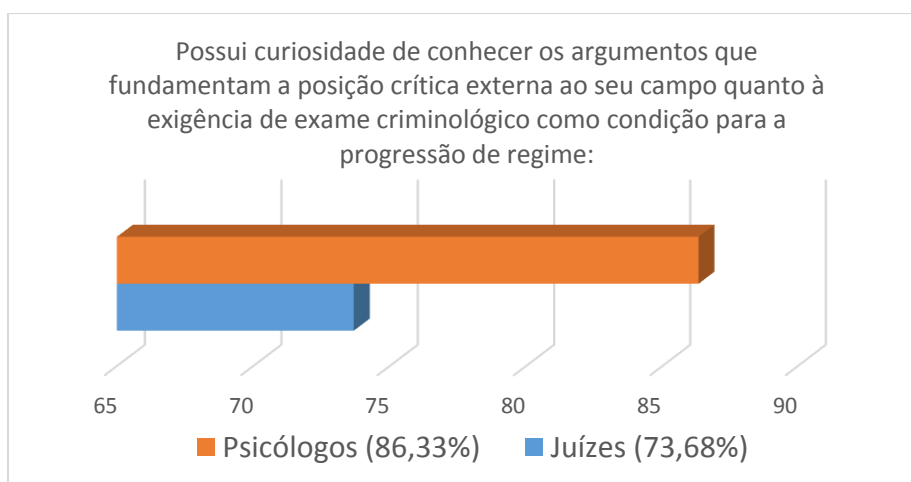
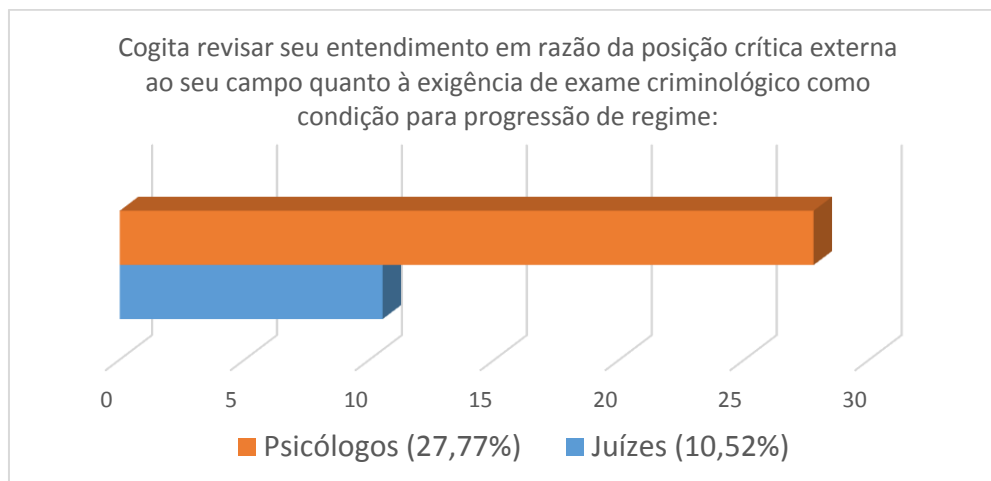


Gráfico 21 – Comparativo entre a disposição de juízes e psicólogos quanto à modificação de seu entendimento em razão da posição crítica produzida externamente a seu respectivo campo



É de se notar que os psicólogos demonstraram, também, embora em níveis menos expressivos, alguma resistência à valoração da visão divergente que é majoritária no discurso jurídico, o que, igualmente, dentre outros fatores, pode ser explicado a partir da teoria dos campos sociológicos de Pierre Bourdieu, uma vez que aqueles, em virtude da natureza técnica específica de sua formação e de uma tendência natural à conservação de tal especificidade, também podem demonstrar certa dificuldade em reconhecer condições de legitimidade no discurso que lhe for externo. De qualquer forma, na comparação com o Direito, é um campo mais predisposto à interdisciplinaridade, o que, em verdade, apenas contribui para acentuar a dificuldade de compreensão quanto a uma visão tão monológica quanto a jurídica.

O campo do Direito, em especial no que condiz ao subcampo judicial constituído pela magistratura, possui peculiaridades que o tornam, em comparação ao campo concernente às demais ciências humanas e sociais, ainda mais resistente à aceitação do discurso crítico que lhe é externo. Essas peculiaridades advêm, em essência, da violência simbólica que é produzida pelo Direito e da lógica própria de conservação que é inerente a tal manifestação social – a partir dos atributos da normalização e universalização –, bem como da formação especialmente conservadora recebida pelos operadores jurídicos, aos quais, desde os bancos da universidade, são incorporados valores inquisitoriais cuja função, em última análise, ao reforçar a lógica punitivista na seara penal, é perpetuar a conservação de dita violência simbólica.

As pressões externas costumam ser ignoradas por quem é dotado do *habitus* jurídico, uma vez que existe a crença de que o discurso jurídico é autossuficiente, não necessitando extrair da mídia, sociedade ou outras ciências qualquer fundamento de legitimação, tanto que os

integrantes do campo jurídico visualizam apenas em seus pares a aptidão e, conseqüentemente, a legitimidade para interpretar a linguagem que seria própria e específica do Direito (ROCHA, 2015, p. 73). Apoiando-se sobre os interesses específicos dos juristas e na força institucional do Estado, o processo de concentração do capital jurídico resultou na constituição de um campo jurídico autônomo, concentração esta de capital jurídico que pode ser qualificada como uma forma de manifestação de um processo mais amplo de concentração do capital simbólico, que constitui fundamento da autoridade do poder estatal (BOURDIEU, 1996, p. 109/110).

Os agentes do campo jurídico, em especial os magistrados, são, desde a sua formação, instados a crer no mito da neutralidade, como se fosse possível produzir um discurso jurídico independente de qualquer pressão externa (ROCHA, 2015, p. 76). Com efeito, os respectivos agentes que atuam em cada campo recebem, no contexto de sua formação científica, um treinamento próprio que pode ser mais ou menos receptivo à ideia de interdisciplinaridade. Ocorre que, no campo jurídico, se encontra enraizada, no *habitus* que formata a conduta dos atores, em razão da formação dogmática tradicional por eles recebida, a concepção de que o conhecimento jurídico seria autônomo e autossuficiente, do que advém a resistência ao discurso externo. Além disso, esta formação dogmática tradicional encontra-se permeada por valores que são próprios do modelo inquisitorial, o que não apenas explica a tendência punitivista que é prevalente dentre os atores do subcampo judicial, como também se insere na sobredita lógica de conservação do discurso jurídico dominante. São estas as particularidades do campo jurídico, em especial do subcampo judicial, que, associadas à lógica de preservação que é inerente a qualquer campo, implicam um distanciamento ainda maior daquele em relação a outras áreas do conhecimento.

Vejamos, no capítulo a seguir, de modo mais detido, a genealogia e a síntese teórica desta visão dogmática que é dominante no discurso jurídico, com ênfase à natureza inquisitorial da formação dos atores jurídicos, à lógica de conservação desta natureza a partir da teoria dos campos sociológicos e às conseqüências de tal formação na postura dos magistrados que operam com a execução da pena privativa de liberdade: a ausência de resistência à expansão do poder punitivo.

4.2 Da síntese da posição dominante no campo jurídico: a formação inquisitorial dos atores, a lógica de conservação de tal postura e os reflexos da combinação destes fatores na conduta dos magistrados que atuam como agentes legitimadores da expansão do poder punitivo:

No capítulo anterior, buscou-se, a partir da análise comparativa dos dados obtidos com o questionário aplicado, depois de identificada a amplitude da divergência entre os discursos dominantes nos campos do Direito e da Psicologia quanto à exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime, fazer um contraponto inicial entre a visão jurídica e os conceitos sociológicos extraídos da obra de Pierre Bourdieu, sobretudo para que se compreendesse as razões pelas quais o discurso dos magistrados quanto ao problema estudado é indiferente às ressalvas críticas dos psicólogos. Identificada a crença na autossuficiência do discurso jurídico como fator preponderante para tal resistência, o que se propõe, agora, é não apenas aprofundar a análise sociológica desta característica do campo jurídico, como também identificar a gênese de tal compreensão na formação da cultura jurídica dos magistrados, possibilitando, por fim, que se examine a relação existente entre dita crença e a postura dela resultante com os modelos positivos de justificação da pena e a expansão do poder punitivo.

4.2.1 A Sociologia da Administração da Justiça Penal como campo sociológico adequado para a pesquisa do papel exercido pelos operadores jurídicos na expansão do poder punitivo – a responsabilidade dos magistrados quanto ao fenômeno do hiperencarceramento:

De acordo com a perspectiva do consenso, que predominou na sociologia norte-americana na primeira metade do século XX, o controle penal é visto como um instrumento de integração social, consistindo em uma reação às condutas que desviam do modelo padronizado de agir. Conseqüentemente, a pesquisa empírica predominante naquele período visava a, sobretudo, obter explicações causais de dito comportamento desviante. É o caso do enfoque estrutural-funcionalista, no qual se destacam os trabalhos de Robert Merton e Talcott Parsons, mormente a partir da contribuição de David Durkheim ao estudo do crime e do controle social. De acordo com essa visão, a pena exerce uma função integradora, simbolizando a reação social contra o delito (AZEVEDO, 2010, p. 121).

Diferentemente, a partir da década de 1960, surge uma nova perspectiva sociológica de análise do crime e do controle social, a qual, ao priorizar os mecanismos políticos, sociais e culturais de exercício do poder, dentre os quais o ordenamento normativo e as instituições de controle, centra sua análise na forma como a autoridade se mantém em sociedades permeadas por conflitos sociais. A chamada “sociologia do conflito” inverte a premissa de Talcott Parsons de que o controle social é uma reação à transgressão, expressando, contrariamente, que o controle é que leva à transgressão. Com a emergência deste novo foco de análise, a pesquisa sociológica, paulatinamente, deixa de abranger apenas o comportamento desviante em si considerado para também se concentrar no exame do processo dinâmico de funcionamentos dos aparelhos estatais de justiça e no processo sociocultural e político que permeia a elaboração das normas jurídicas. Ou seja, não apenas os comportamentos dos indivíduos cuja conduta está sujeita às normas penais, mas também o comportamento dos operadores do sistema, aqueles que editam e fazem cumprir ditas normas. É o que aponta Rodrigo de Azevedo (2010, p. 143):

A superação do paradigma estático do estrutural-funcionalismo, promovida pelo ‘labeling approach’, abre a possibilidade de uma visão e abordagem dinâmica e contínua do sistema penal, na qual é impossível individualizar segmentos que vão desde o legislador até os órgãos judiciais e prisionais.

(...) O interesse científico é definitivamente deslocado das causas individuais do comportamento criminal em direção aos processos de definição e de seleção dos comportamentos sobre os quais incide o controle penal, e é em torno desse objeto que se desdobram os principais embates nas arenas políticas de elaboração, decisão e execução do poder de punir do Estado.

Inserida neste contexto, a Sociologia da Punição ou Sociologia da Administração da Justiça Penal é um campo próprio de pesquisa no âmbito da Sociologia do Direito, cujo mérito é, por meio da apresentação de evidências empíricas, proporcionar uma visão crítica acerca dos efeitos colaterais deliberados e, eventualmente, imprevistos que são decorrentes da atuação das organizações da justiça criminal e contribuir para a desconstrução da legitimidade de orientações de política criminal edificadas não sob à égide do devido processo legal, mas sim do controle do crime (AZEVEDO, 2014, 398/399).

Nesse plano de análise, que é próprio da sociologia da violência e da conflitualidade, é que se tenciona examinar o papel exercido pelos atores do campo jurídico na expansão do poder punitivo, considerados aqueles como agentes da Administração da Justiça Penal. Dentre esses, porquanto encarregados de aplicar a lei e julgar os casos concretos, destacam-se os juízes como atores centrais do sistema de justiça, sendo, efetivamente, fértil o campo de pesquisa sociológica concernente ao subcampo judicial do campo jurídico, considerando os

recentes estudos científicos indicativos de que as decisões judiciais são influenciadas por diversas variáveis, tais como a formação técnica, a posição na hierarquia social e profissional e a ideologia política dos magistrados (AZEVEDO, 2014, p. 397).

É desta linha de pesquisa sociológica que advém a tese desenvolvida por Salo de Carvalho, segundo a qual o diagnóstico do fenômeno do hiperencarceramento verificado nas duas últimas décadas não pode ficar adstrito ao âmbito dos Poderes Legislativo e, eventualmente, Executivo, porquanto a responsabilidade dos atores que atuam nas diversas redes do sistema de justiça penal, considerando sua potencialidade para agir como instrumentos de contenção ou legitimação do poder punitivo, não pode ser eximida (2010, p. 59).

É, de fato, perfeitamente possível afirmar, por exemplo, que a postura que os magistrados adotarem em relação a uma determinada alteração normativa que vise a, eventualmente, conter o poder o punitivo irá condicionar, diretamente, a efetividade do ideal de mudança de paradigma. Não raras vezes, os obstáculos que são concretamente apostos a reformas dos institutos ou instituições de administração da justiça se vinculam a lógicas hegemônicas (entenda-se heterocompositivas) de resolução de conflitos e a hierarquias estruturantes que são próprias do subcampo judicial, fazendo com que a aplicação prática das alterações seja a tal ponto desvirtuada de modo a descaracterizar a intenção originária do legislador (AZEVEDO, 2010, p. 119).

4.2.2 A natureza inquisitorial da formação recebida pelos operadores jurídicos no Brasil e sua relação com a postura conservadora dos magistrados de legitimação do poder punitivo:

A crise do sistema de justiça brasileiro advém da ineficiência no desempenho de três funções básicas: a instrumental, relativa à capacidade de resolução de conflitos; a política, relativa ao papel das instituições como mecanismos de controle social e efetivação de direitos; e a simbólica, relativa às expectativas sociais de aplicação equânime da justiça. No caso, o que impende destacar é que as causas principais dessa crise não são contemporâneas, sendo originárias da formação histórica das instituições de justiça luso-brasileiras, seja em consideração à tradição inquisitorial que se encontra enraizada naquelas instituições, seja em consideração ao fato do referido modelo de justiça ter sido concebido para operar em uma sociedade relativamente estável e com níveis equitativos de distribuição de renda, integrada por normas fruto do consenso coletivo. É esse diagnóstico importante instrumento para a

compreensão do sistema de justiça penal brasileiro contemporâneo, uma vez que as técnicas repressivas moldadas no sistema inquisitório, mormente quando incorporadas à mentalidade do operador jurídico, se infiltram no modelo acusatório, descaracterizando a sua essência (CARVALHO, 2010, p. 73/74).

No plano dogmático do direito material, é característica basilar do sistema inquisitório a potencialização de modelos de direito penal do autor, nos quais a responsabilização visa a alcançar, precipuamente, comportamentos individuais ou condições pessoais. Já no plano processual penal, é característica básica do sistema em questão a concentração de poderes em torno do magistrado, na medida em que a resolução do caso se vincula à técnica daquele operador de descobrir a verdade, cujo único detentor, por sua vez, é o acusado. O modelo acusatório é regido pelo princípio dispositivo, no qual o magistrado é sujeito passivo tanto da iniciativa da ação penal quanto da gestão da prova e cuja decisão final é moldada pelo princípio do livre convencimento. No modelo inquisitório, diferentemente, o juiz possui livre iniciativa probatória, lançando sua decisão final após procedimento instrutório escrito e sigiloso. Atrelado a essa concepção, o que também distingue os modelos inquisitório e acusatório é o fato de que, no primeiro, as funções de acusar, defender e julgar estão distribuídas igualmente entre três órgãos distintos, enquanto que, no último, as referidas funções estão concentradas na figura do juiz (CARVALHO, 2010, p. 79/80).

É perceptível, na cultura judiciária brasileira, a incorporação, mormente em decorrência da formação conservadora recebida por significativa parte dos operadores jurídicos, de determinadas formas de produção da verdade que remontam ao modelo inquisitório, apesar de serem suavizadas por institutos que ostentam a aparência de se coadunarem com o modelo acusatório e com o devido processo legal.

A moldura dos sistemas judiciários se define a partir da forma como a sociedade visualiza a natureza do conflito e as alternativas para a sua resolução, ou seja, se o conflito é percebido como fonte de desordem e ruptura com a harmonia social – daí advindo a necessidade de sua repressão; ou se é percebido como algo inevitável no convívio social – razão pela qual consistiria em fonte de ordem quando solucionado. Estas diferentes formas de compreensão do conflito instituem diferentes sistemas ou regimes de produção da verdade, os quais, por sua vez, caracterizam os diferentes sistemas judiciários (CARVALHO, 2010, p. 85/86).

Dois são os sistemas possíveis de produção da verdade: o sistema de decisão consensual, próprio dos países da *common law* e no qual o regime de verdade é baseado na ideia de decisão como resultado de um processo de negociação entre as partes; e o sistema de decisão conflitiva, também chamado de dissonância cognitiva. A característica fundamental daquele

primeiro é a resolução do caso por meio do seu debate no espaço público, local onde as “verdades parciais” apresentadas pelas partes são negociadas com o objetivo de que se estabeleça uma “nova verdade”, partilhada entre os envolvidos e o público. No sistema em questão, não interessa a tentativa, ordinariamente falha, de reconstrução da “verdade real” que é própria do sistema conflitivo, razão pela qual a verdade que se busca é a “possível”. A estrutura acusatória deste modelo negocial é moldada pelos princípios da publicidade, oralidade e contraditório, uma vez que “serão as falas das partes no espaço público que possibilitarão representar e significar as inúmeras verdades possíveis” (CARVALHO, 2010, p. 86/87).

Como forma de manifestação oposta, Roberto Kant de Lima, ao interpretar o sistema processual penal brasileiro, visualiza quatro procedimentos distintos de produção da verdade: o inquérito policial, o processo judicial, o tribunal do júri e os juizados especiais criminais. Inquisitorial por excelência – porquanto instrumento de busca pela verdade substantiva, conduzido de ofício pelo Estado e tendente a imputar a autoria a partir de um quadro de suficiência indiciária, sem que seja possível ao investigado refutar a hipótese cogitada –, o inquérito policial é o principal mecanismo de produção da verdade na persecução penal brasileira, já que, apesar da sua natureza supostamente secundária em relação à ação penal, se constitui no *input* do sistema persecutório, considerando que as hipóteses de imputação nele produzidas possuem o condão de influenciar todos os atos processuais posteriores, condicionado a atuação dos atores do Ministério Público e do Poder Judiciário a buscar aquela verdade pré-constituída na fase inquisitorial (CARVALHO, 2010, p. 87-89).

Estabelecidas essas premissas, é de se dizer que, apesar da concentração exclusiva da iniciativa de proposição da ação penal pública no Ministério Público e dos princípios relativos ao devido processo legal consagrados pela Carta Magna de 1988 demarcarem a opção constitucional pela estrutura processual acusatória, a preservação de dispositivos anteriores do Código de Processo Penal – CPP que centralizam o processo na figura do juiz, especialmente no que condiz à gestão da prova, mantém acesa, inclusive em sede judicial, ao desvirtuar o protagonismo das partes que seria próprio do modelo negocial, a chama inquisitória da persecução penal brasileira.⁷⁴ Neste contexto, a sentença judicial, que deveria declarar a solução do caso negociada diretamente entre as partes ou entre estas e a sociedade

⁷⁴ Também como característica do modelo inquisitório, o processo penal brasileiro, mormente no âmbito do rito comum, privilegia a forma escrita e a interpretação, diferentemente da oralidade e literalidade que, constituindo-se em princípios basilares do sistema negocial de busca pela verdade possível, caracterizam recentes reformas legislativas, sobretudo no âmbito do rito especial (CARVALHO, 2010, p. 91).

personificada no júri popular, representa, contrariamente, a força do Estado centralizada na figura do juiz, visto como ator qualificado para, a partir do exame das provas produzidas, enunciar a verdade substantiva que é almejada desde a fase policial (CARVALHO, 2010, p. 91/92).

Portanto, embora a bipartição do procedimento persecutório brasileiro em duas fases com natureza jurídica distintas, administrativa/policial e jurisdicional, possa induzir a percepção de que o processo penal pátrio esteja orientado por sistemas processuais distintos e incomunicáveis, sem que a herança do inquérito inquisitório contamine a natureza acusatória da ação penal, a lógica que orienta a ação dos atores na fase jurisdicional, sobretudo em razão da incorporação sistemática de dispositivos do CPP de 1942 que concentram poderes probatórios na figura do juiz, é em muito influenciada por vetores incompatíveis com o modelo acusatório puro. Essa mentalidade inquisitorial encontra-se tão enraizada na cultura dos operadores jurídicos brasileiros⁷⁵ que, em virtude da postura resistente por estes manifestada, comprometeu a efetividade de reformas processuais que visavam a amenizar o aspecto adversarial do processo penal nacional, o que se visualiza, por exemplo, a partir dos resultados alcançados após duas décadas de implementação dos juizados especiais criminais.⁷⁶

Em síntese, é a derradeira lição de Salo de Carvalho quanto ao ponto (2010, p. 94/95):

Possível concluir, portanto, que o sistema brasileiro de justiça criminal opera através de técnicas eminentemente inquisitoriais de revelação da verdade, incorporadas na formação cultural dos atores jurídicos. Centralizada na figura de autoridade (Juiz ou Delegado), os procedimentos, apesar de distintos, (...) fomentam o enfrentamento entre as partes a partir da imposição da sua verdade sobre o caso, situação que reforça o decisionismo e o protagonismo judicial.

⁷⁵ De forma relacionada, o paradigma etiológico e a consequente estereotipização do assim chamado criminoso habitual encontram-se enraizados não apenas na cultura dos operadores jurídicos, como também de toda a sociedade, constituindo o senso comum concernente ao fenômeno criminal (ELBERT, 2000, p. 32).

⁷⁶ A Lei 9.099/95, ao criar os juizados especiais criminais, propôs a implementação de um sistema alternativo de produção da verdade eminentemente consensual, pautado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, tudo com o objetivo de fomentar a autocomposição do conflito, seja a partir da composição civil entre a vítima e o autor do fato, seja a partir da transação penal entre aquele último e o Ministério Público. Contudo, estudos recentemente realizados demonstraram que a falta de familiaridade dos atores processuais brasileiros com aqueles princípios obstou a efetiva criação de um espaço público para mediação de decisões, transpondo, para o universo dos crimes de menor potencial ofensivo, a mesma lógica adversarial e conflitiva que pauta o processo penal comum. “A formação decisionista-inquisitorial dos operadores jurídicos, sobretudo dos Juízes, revela sua profunda incapacidade de escuta para apreender as angústias das partes envolvidas na causa, fato que obstaculiza qualquer possibilidade de mediação razoável de conflitos” (CARVALHO, 2010, p. 94).

Dotados desta formação essencialmente inquisitorial, os atores que constituem o campo do Direito no Brasil operam, atualmente, em um contexto de pós-modernidade cujas consequências sociais, no que se refere ao enfrentamento da criminalidade, evidenciam tentativas cada vez mais claras de substituição dos ideais tradicionais utilitaristas de prevenção e ressocialização por um ideal essencialmente retributivista de punição ou, até mesmo, de neutralização, trazendo como consequência a inflação penal e o processo penal de emergência, os quais visam à adaptação do sistema às novas necessidades de controle social. “Face à insegurança gerada pelo processo de globalização, nota-se um aumento da utilização do sistema punitivo, tanto no plano simbólico (novas leis penais, penas mais severas) quanto instrumental (aumento das taxas de encarceramento).” O Estado neoliberal, diferentemente do Estado social, não busca, no campo do controle do crime, a prevenção, correção ou ressocialização, mas sim a punição ou simples segregação do condenado (AZEVEDO, 2010, p. 156).^{77 78}

Esse diagnóstico aplica-se plenamente ao cenário brasileiro das últimas duas décadas: uma política de encarceramento massivo, implementada mormente a partir da edição da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), a qual, no entanto, não serviu para impedir o crescimento dos índices de crimes violentos no país; um constante clamor midiático e, conseqüentemente, popular quanto ao incremento de rigor das políticas punitivas, sobretudo em períodos imediatamente subsequentes à comoção pública causada por um determinado crime bárbaro que envolva, como vítima, algum representante dos setores mais abastados da população; e, como resultado do sobredito clamor, a adoção de políticas públicas populistas no âmbito do controle do crime, muitas vezes na forma de leis penais emergenciais, sem

⁷⁷ David Garland procura relacionar o fenômeno punitivo da atualidade a causas profundas e múltiplas, que fundam suas raízes no modelo social que vem se desenvolvendo nas últimas décadas. Afirma que as mudanças quanto à cultura do controle do crime não foram motivadas apenas por questões criminológicas, mas também por forças históricas que transformaram a vida social e econômica na segunda metade do século XX, processo no qual podem ser identificados dois grandes grupos de forças transformadoras: a) as mudanças sociais, econômicas e culturais que são características da pós-modernidade; b) as iniciativas e realinhamentos políticos desenvolvidos em relação àquelas mudanças e à percepção da crise do Estado do bem-estar social, tudo a fomentar uma conveniente combinação entre neoliberalismo econômico e conservadorismo social (2008, p. 181).

⁷⁸ A tese central da obra de Loïc Wacquant, por sua vez, consiste no apontamento da vinculação entre a reestruturação do Estado neoliberal e a política do castigo ou, em outras palavras, na demonstração quanto à correlação existente entre a intervenção necessária do “punho de ferro” do Estado penal para viabilizar a livre atuação da “mão invisível” do mercado, processo este que, em consequência, ao tempo em que gera a hipertrofia do Estado penal, acarreta a atrofia do Estado social (2013, p. 204).

qualquer embasamento técnico quanto à perspectiva de eficácia instrumental da medida como meio de redução da criminalidade (AZEVEDO, 2010, p. 217-219).

Cabe salientar que é, justamente, nesse contexto de descontrole punitivo, imediatismo e ausência de reflexão criminológica que os agentes dotados de capacidade técnica para fazê-la e da prerrogativa de atuar como protagonistas da construção do processo penal pátrio poderiam (ou deveriam) se valer de sua aptidão e oportunidade para atuar concretamente como instrumentos de contenção do poder punitivo exacerbado.⁷⁹

Não se trata, porém, repita-se, do papel que, majoritariamente, vem sendo exercido pelos atores do campo jurídico no Brasil. Embora, em outras áreas do sistema de administração da justiça, o cenário posterior à CF de 1988 seja o de importantes alterações estruturais como resultado da efetiva implementação de princípios consagrados na citada Carta Constitucional, os resultados alcançados no âmbito criminal foram opostos, conforme apontam diversos estudos sociológicos realizados nas duas últimas décadas, cujos diagnósticos sinalizam não apenas a manutenção de padrões hierárquicos, como também um quadro de resistência oferecido por operadores e suas respectivas instituições quanto à aceitação da necessidade de enfrentamento da criminalidade em um contexto de redemocratização. Estes mesmos diagnósticos ainda apontam que a formação cultural inquisitória dos atores da persecução penal brasileira representa o principal fator de obstáculo à democratização do sistema punitivo nacional, facilitando a aceitação sem resistência das medidas punitivas populistas que, como resultado do clamor midiático e social, são constantemente impostas pelos atores do campo político (CARVALHO, 2010, p. 97/98).⁸⁰

Por intermédio do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo – IDESP, Rogério Arantes promoveu estudo junto ao Ministério Público daquele Estado, visando a avaliar o impacto das mudanças legais e institucionais havidas no órgão a partir da ampliação de suas atribuições com a CF de 1988, mormente quanto à atuação da instituição

⁷⁹ “O direito penal e processual penal e o sistema de justiça penal constituem, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, mecanismos normativos e institucionais para minimizar e controlar o poder punitivo estatal, de tal forma que o objetivo de proteção dos cidadãos contra o crime seja ponderado com o interesse de proteção dos direitos fundamentais do acusado. É tarefa, pois, do Direito Penal e do Direito Processual Penal estabelecer freios capazes de atenuar os riscos inerentes ao desequilíbrio de poderes entre Estado e cidadão, acusador e acusado” (AZEVEDO, 2010, p. 205).

⁸⁰ “A impressão inicial (...) é a de que os atores processuais, notadamente a Magistratura – com principal ênfase nos Juízos monocráticos de primeiro grau (Juízes singulares) -, são reticentes em efetivar as mudanças determinadas pela Constituição de 1988, fundamentalmente em razão desta formação inquisitória. Desta forma, a postura conservadora dos atores jurídicos opera como canal de expansão da criminalização (e em especial do encarceramento), quando, conforme os parâmetros constitucionais, seu papel deveria ser o de criar, incrementar ou potencializar filtros processuais de resistência à demanda punitiva” (CARVALHO, 2010, p. 98).

no crescente contexto de judicialização da atividade política e juridificação da sociedade brasileira. O que o pesquisador constatou, contudo, foi que, embora a mencionada ampliação de prerrogativas possuísse o condão de legitimar o MP como o mais importante agente de defesa dos direitos difusos e coletivos, a visão predominante entre os membros da instituição acerca da sociedade e política brasileira era extremamente conservadora. Em pesquisa semelhante, mas voltada às concepções de política criminal dos promotores e procuradores de justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rodrigo de Azevedo constatou que 54% dos entrevistados possuíam maior afinidade com programas de combate à criminalidade associados à política de “tolerância zero”, enquanto que apenas 8% dos entrevistados manifestou possuir preocupação com a preservação das garantias processuais do acusado que são próprias do modelo garantista (2010, p. 221/222).

Ocorre que, apesar da CF de 1988 ter fortalecido os instrumentos de atuação do MP para que se constituísse no principal agente de tutela dos direitos coletivos e transindividuais da sociedade civil, a mentalidade inquisitorial predominante entre os membros ainda faz com que a atuação da instituição seja por eles visualizada como predominantemente punitiva. Com efeito, pesquisa realizada pela Procuradoria-Geral de Justiça – PGJ/RS em convênio com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS acerca do perfil dos membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul constatou que 30,8% dos entrevistados declararam haver ingressado na carreira ministerial com o objetivo de “combater a criminalidade”, ao passo que 20,2% declararam que visavam à tutela dos direitos difusos e coletivos. No que tange à análise do funcionamento do sistema penal, 83,8% declararam considerar a legislação brasileira excessivamente branda, com penas curtas e demasiados benefícios ao réu. Já quanto às questões processuais, 83,8% foram contrários à possibilidade de contraditório e ampla defesa no inquérito policial e 71,6% demonstraram desacordo com a ampliação do princípio da oportunidade da ação penal, de modo a criar novas possibilidades de negociação entre a acusação e o imputado. Por fim, no que concerne à execução penal, houve relativa resistência às penas restritivas de direitos (34%), sendo que 97,6% dos entrevistados se posicionaram favoravelmente à exigência de exame criminológico como condição subjetiva para a progressão de regime prisional.

Este último dado concernente aos membros do MP guarda perfeita correlação com o que restou apurado por meio da pesquisa desenvolvida no presente estudo, segundo a qual 96,42% dos magistrados que atuam no âmbito da execução penal no Estado do Rio Grande do Sul exigem sempre ou eventualmente o exame criminológico para o mesmo objetivo acima referido. Pode-se, efetivamente, afirmar que a supracitada pesquisa aplicada pela PGJ/RS em

convênio com a UFRGS retratou, de parte dos membros do MP gaúcho, a mesma postura conservadora e voltada ao punitivismo que, na pesquisa desenvolvida no presente estudo, foi identificada em relação aos magistrados deste Estado.

Cabe enfatizar, a título de síntese dessa visão conservadora que é dominante dentre os agentes do subcampo judicial do campo jurídico, que outros estudos recentes acerca do perfil da magistratura e da atividade judicial têm servido para indicar que as decisões judiciais são diretamente influenciadas pela natureza da formação técnica, ideologia política e posição hierárquica profissional do magistrado, tudo a apontar para a existência de uma dupla seletividade na atividade jurisdicional: na aplicação da lei, com maior possibilidade de punição para representantes de setores sociais mais desfavorecidos econômico e culturalmente; e na interpretação da lei, com margem para que o magistrado se sirva do seu poder discricionário conforme suas posições políticas e ideológicas, o que, repita-se, no cenário penal, tende a refletir maior inclinação ao punitivismo (AZEVEDO, 2010, p. 223).

Tanto assim o é que estes mesmos estudos expressam a predominância da visão de que a pena privativa de liberdade em regime fechado consistiria na resposta instrumental mais importante ao fenômeno do crime, o que nada mais é que um desdobramento consequente e previsível da tendência político-criminal conservadora manifestada pela magistratura, considerando ser a centralidade da pena de prisão, no sistema de controle, elemento cerne que caracteriza os modelos tradicionais de justificação da pena (CARVALHO, 2010, 103/104).⁸¹

Essa política conservadora e punitivista que predomina na magistratura, a qual é decorrente da formação inquisitorial recebida pelos atores que constituem o campo e encontra um ambiente propício de sustentação e potencialização nas reminiscências inquisitoriais que descaracterizaram a propagada natureza acusatória do processo penal brasileiro, se reflete, como não poderia deixar de ser, na própria forma adotada pelos juízes para condução do processo, mormente em sede decisória.

⁸¹ Para o fim de exemplificar esta visão conservadora e punitivista que é dominante no subcampo judicial do campo jurídico, cabe mencionar, ainda, estudo realizado, no ano de 2007, pelo Núcleo de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCRIM, denominado “Visões de Política Criminal entre Operadores da Justiça Criminal de São Paulo”, o qual foi efetuado por meio de entrevistas com defensores públicos e juízes que atuavam perante o Complexo Jurídico Mário Guimarães, onde está situado fórum da capital paulista que centraliza 34 varas criminais de primeiro grau de jurisdição. Neste estudo, no que condiz aos magistrados, demonstrou-se que possuem tendência “a ser mais ‘rigorosos’ na defesa de estratégias de política criminal baseadas na penalização/criminalização de condutas, quando concordam, no todo ou em parte, que a legislação penal é excessivamente branda, dificultando a contenção da criminalidade (61,9% dos respondentes), e que o direito penal deve expandir seu campo de abrangência para novos bens jurídicos ameaçados, cuidando de novos riscos sociais (85,4% dos respondentes), referendando assim posições de governo penal da sociedade, seja pela sua matriz punitivista mais clássica (defesa social), seja em suas atualizações pelas doutrinas penais do risco” (CARVALHO, 2010, 108-110).

O art. 93, IX, da CF estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade. Trata-se de princípio que, na estrutura do direito penal e processual penal romano-germânico, consiste na única forma de controle do arbítrio judicial. Desse modo, se a exigência de motivação fundamentada das decisões judiciais consiste em importante instrumento de contenção de eventuais excessos do poder punitivo sob à ótica de um modelo que busque a efetivação das garantias processuais conferidas constitucionalmente ao acusado, é vista, por outro lado, como um “formalismo incômodo” de acordo com a lógica dos modelos inquisitoriais. Ao relacionar essa constatação com a acima apontada postura punitivista da magistratura, Fauzi Hassan Choukr diagnosticou, no cenário brasileiro, um quadro de “pauperização da garantia da motivação das decisões, provocando, em relação à aplicação da pena, incompreensão sobre o significado e o alcance do princípio constitucional da individualização” (CARVALHO, 2010, p. 149).

4.2.3 A posição majoritária dos juízes quanto à exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime como reflexo da lógica de conservação do campo jurídico e da formação inquisitorial recebida pelos magistrados – o juiz tecnocrata que abdica da prerrogativa concreta de julgar:

Mostra-se possível estabelecer um evidente paralelo entre este quadro de insuficiência de motivação das decisões judiciais que a concepção inquisitorial faz refletir no universo da execução penal, a posição majoritária adotada pela magistratura quanto à exigência de exame criminológico como condição subjetiva da progressão de regime (sobretudo quanto à forma como esta posição é justificada) e a lógica de normalização e conservação da qual emanam a universalização das posições defendidas pelos juízes, independentemente de sua aceitação pelos atores das ciências humanas afins.

Foi declarado, em dado momento, pelos Tribunais Superiores, que o exame criminológico pode ser exigido para fins de progressão de regime, apesar da ausência de dispositivo legal expresso facultando tal possibilidade. Esta declaração, conforme se depreende da análise dos precedentes que originaram os respectivos enunciados de súmula do STF e do STJ, passa pela constatação de que o exame criminológico possuiria a aptidão de avaliar o nível do impacto positivo que a experiência do cárcere, sob o prisma psicológico, estaria gerando ao apenado, evidenciando a conveniência ou não de se lhe autorizar, ainda que de forma parcial, a retornar

a conviver em sociedade, fora do regime prisional integralmente fechado. Ou seja, a declaração enunciada pelas súmulas dos Tribunais Superiores adota a premissa de que a experiência do cárcere pode gerar algum efeito psicológico positivo ao apenado.

A questão a se destacar é que essa declaração sumulada, desde que publicizada, passou a ser seguida cegamente pela maior parte dos agentes inseridos no campo jurídico, como se fosse inadmissível a ela direcionar qualquer ressalva crítica, mesmo as mais evidentes delas, quais sejam, as posições amplamente majoritárias no âmbito do campo da Psicologia de que o cárcere, dadas as condições de absoluta degradação que permeiam a execução da pena privativa de liberdade no Brasil, não se mostra possível de gerar qualquer efeito psicológico favorável ao apenado e que a avaliação psicológica realizada no ambiente prisional, dados os efeitos daquelas condições degradantes e consideradas as próprias limitações técnicas inerentes ao exame, não se presta ao prognóstico do comportamento futuro do apenado.

Cabe, aliás, diante dessa questão, retomar o seguinte dado estatístico extraído do questionário aplicado na presente pesquisa. Indagados, em um universo de cinco respostas possíveis e no qual mais de uma delas poderia ser assinalada, acerca da razão pela qual exigiam sempre ou eventualmente a realização do exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime, 32,14% dos magistrados afirmaram que o faziam porque a posição jurisprudencial majoritária sinalizava que a exigência pode ser realizada. Além disso, quase a metade destes, em um total 14,28%, apontaram a posição dos Tribunais Superiores como o único e exclusivo fator que justificava sua opção pela exigência do exame.

Esse fenômeno de observância irrefletida e sua disseminação podem ser explicados tanto a partir da teoria dos campos sociológicos de Pierre Bourdieu em consideração às especificidades da lógica de conservação do campo jurídico, quanto, de forma diretamente relacionada a esta primeira, a partir da visão punitivista que predomina dentre os atores do campo jurídico, atentando-se, neste caso, também em consideração aos demais fatores invocados para justificar a exigência do exame, para a essência inquisitorial da formação recebida por aqueles atores e para a posição conservadora que deles se espera em um contexto de justificação positiva da pena em que não se busca a contenção, mas a legitimação do controle punitivo.

Com relação à teoria sociológica de Pierre Bourdieu, mostra-se possível apontar que, com o tempo, pela lógica de conservação que é inerente ao discurso jurídico, aquela visão enunciada pelo STF e STJ passou a ser aceita como normal sem qualquer reflexão crítica, ou seja, sem qualquer esforço de reflexão acerca do cabimento atual dos fundamentos que determinaram a formação dos precedentes que originaram os enunciados. Então, a partir da

normatização ou normalização da ausência de reflexão crítica sobre os enunciados, surgiu a força simbólica da qual emana a coerção jurídica que fundamenta a exigência de exame criminológico.⁸² Ademais, a ausência de sensibilidade aos discursos críticos que são externos ao campo e a rigidez interpretativa que é inerente a esta condição também contribuem para o processo de normalização. É certo que esta resistência que os operadores jurídicos, em geral, manifestam de analisar interdisciplinarmente as questões essenciais que lhes são submetidas ajuda a compreender o aludido fenômeno, contribuindo para explicar a passividade com que são aceitas as noções impostas pelo discurso oficial racional e articulado.

Por outro lado, no que tange à relação existente entre a postura passiva, conservadora e punitiva que predomina na magistratura, em subserviência irrefletida ao discurso oficial que lhe é imposto, e os modelos de justificação positiva da pena, cabe enfatizar ser próprio das agências judiciais, em um contexto de legitimação do controle penal, atuar como “máquinas de burocratização”, cujo objetivo é despersonalizar os atores individualmente considerados em busca da perpetuação do campo em sua acepção coletiva, o que se alcança a partir da submissão daqueles operadores a um processo de treinamento que deteriore sua identidade (ZAFFARONI, 2015, p. 141/142).

Mostra-se necessário atentar, efetivamente, para a tendência atual de ascensão do juiz tecnocrata que, em nome da obediência irrestrita a um discurso utilitarista que é imposto ao seu campo, observa precedentes (aplicando enunciados de súmulas) sem qualquer reflexão crítica, abdicando, desse modo, do seu poder concreto de julgar (ou pensar). A entidade julgadora anonimizada na obra de Franz Kafka sendo refletida na figura do juiz que é própria e conveniente à pós-modernidade burocrática e administratizada (AMARAL e GLOECKNER, 2013, p. 43-46).⁸³ Como se não bastasse, essa gradativa perda do senso de responsabilidade da magistratura – decorrente da abdicação da prerrogativa concreta de julgar

⁸² As condições para o exercício da chamada violência simbólica se fazem presentes quando as estruturas mentais subjetivas dos indivíduos estão de tal modo adaptadas às estruturas sociais objetivas que as consideram como normais/naturais, como se houvesse uma amnésia coletiva acerca da luta histórica que levou à institucionalização da estrutura objetiva. Em resumo, a violência simbólica consiste no poder de fazer estabelecer estas estruturas duráveis e fazê-las ser respeitadas por serem consideradas naturais (ROCHA, 2015, p. 114).

⁸³ “O sistema punitivo, na alegoria da máquina da colônia penal, dirige-se por recursos e estratégias próprias. Descentraliza-se a figura do julgador, de forma que o peso da balança não precisa mais ser carregado por si próprio. A autonomia dos enunciados científicos – aí estão as súmulas vinculantes, os precedentes judiciais, a jurisprudência dominante para esvaziar o juízo – representam já não mais o princípio da castração, mas todo o seu oposto(...). A máquina de julgar ‘kafkaesca’ denuncia a burocratização das rotinas judiciais, afastando o juiz que jamais se mostra para evitar qualquer sorte de contato com o submetido ao processo.” (AMARAL e GLOECKNER, 2013, p. 44/45).

– não apenas convive como potencializa a radicalização do mito fundante do sistema inquisitorial, consubstanciado na objetividade da resposta que é impassível de questionamento (AMARAL e GLOECKNER, 2013, p. 297).

É cômoda, de fato, ao magistrado a assunção do papel de mero homologador de laudos técnicos criminológicos, uma vez que atribui uma conotação impessoal a sua decisão, tornando-a, em verdadeiro exercício de transferência de responsabilidade, insuscetível de questionamentos (LOPES JR. e MORAIS DA ROSA, 2017, p. 04). Os laudos criminológicos “funcionam como travesseiros para que os operadores da execução penal tenham o 'sono dos justos'” (SCHMIDT, 2004, p. 02).

4.3 Da posição do campo jurídico em um cenário de compreensão da pena em sua concepção agnóstica – a relação entre o discurso crítico quanto à exigência de exame criminológico como condição para a progressão de regime, a predisposição à interdisciplinaridade e o ativismo judicial que visa à redução de danos:

4.3.1 A valoração da realidade como condição de legitimidade do discurso – as contribuições das ciências humanas e sociais quanto à questão prisional e ao exame criminológico que não podem ser ignoradas pelos atores jurídicos:

É condição da preservação da legitimidade do Poder Judiciário que os magistrados abandonem a postura passiva que lhes é majoritária frente ao caos penitenciário e assumam a responsabilidade social que é inerente ao seu cargo (CARVALHO, 2010, p. 237).

Ocorre que o abandono desta passividade não demanda apenas uma simples modificação de postura anímica, mas também de percepção da realidade, impondo-se, com urgência, a desmistificação da crença, construída ao longo de séculos de articulação racional, de que a sociedade é igualitária e consensual, fazendo com se ignore as condições concretas dos indivíduos e instituições a que se destina a aplicação dos institutos jurídicos.

Não se trata de afirmar que o Direito Penal deva ser reduzido à Sociologia, o que corresponderia a evidente equívoco epistemológico. Mas sim de reconhecer que o Direito Penal não pode ignorar a realidade social na qual são aplicadas as regras jurídicas e nem lastrear as premissas de sua construção teórica a dados falsos de realidade. É o que se verifica, neste último caso, quando se tenciona construir o Direito Penal sem levar em consideração o

comportamento real das pessoas, suas motivações, sua inserção social, suas relações de poder e o efetivo ambiente socioeconômico onde vivem (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 65/66).⁸⁴

A legitimidade do sistema penal deve ser compreendida como a característica que é outorgada por sua racionalidade, mas não deve ser considerada apenas em sua acepção formal de logicidade (coerência), devendo implicar, necessariamente, compatibilidade do discurso com a realidade social que lhe constitui objeto. Desse modo, o discurso só será racional (e, portanto, legítimo) quando for coerente – lógico – e verdadeiro – compatível com a realidade social (ZAFFARONI, 2015, p. 16-18).⁸⁵

No que tange ao problema prisional, considerado em sentido amplo, são dois os dados fundamentais de realidade, fornecidos pelas ciências sociais e humanas alheias ao Direito, que são solenemente ignorados pelos esforços de articulação dogmática, puramente racionais, que atribuem à pena privativa de liberdade uma finalidade positiva de prevenção geral ou ressocialização do apenado: a) as condições concretas para a execução da pena de prisão no Brasil são especialmente calamitosas; b) de qualquer modo, mesmo que, eventualmente, não o fossem, não cabe cogitar do idealizado efeito de regeneração, uma vez que a restrição de liberdade, por essência, independentemente das condições estruturais em que aplicada, é nociva ao ser humano (LYRA, 1971, p. 102).⁸⁶

Já no que condiz, especificamente, ao problema da exigência de exame criminológico como condição subjetiva para a progressão de regime, o dado elementar de realidade, fornecido pela Psicologia, que é ignorado pelo discurso majoritário no campo do Direito é o seguinte: não se mostra possível, por meio de uma avaliação psicológica inserida em um exame criminológico efetuado no ambiente prisional, prever qual será o comportamento futuro do apenado quanto retomar sua liberdade integral ou parcial e, assim, aferir, com uma margem científica razoável de segurança, quais serão as perspectivas de reinserção social e reiteração delitiva daquele apenado (MAGALHÃES, SOUZA e LÂMEGO, 2015, p. 291).

⁸⁴ “O que se andou fazendo na dogmática tradicional, sob pretexto de preservar sua pureza jurídica e conjurar o risco do reducionismo, foi mera invenção de dados sociais cujo valor de verdade científica é falso. O mais curioso foi que não se considerou sociologia estes dados cientificamente falsos, mas sim direito penal” (ZAFFARONI *et al.*, 2015, p. 65/66).

⁸⁵ “O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do 'ser' e refugiar-se ou isolar-se no 'dever ser', porque para que esse 'dever ser' seja um 'ser que ainda não é' deve considerar o 'vir a ser possível do ser', pois, do contrário, converte-se em um 'ser que jamais será', isto é, num embuste” (ZAFFARONI, 2015, p. 19).

⁸⁶ Roberto Lyra enfatiza que a prisão não atende a nenhuma das finalidades que a dogmática tradicional atribui à pena: “(...) seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimada, nem regenera. Embrutece e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza e desambienta. Priva de funções. Inverte a natureza. Gera cínicos ou hipócritas” (1971, p. 111).

É latente a falta de embasamento empírico (respaldo científico) de determinadas premissas que são adotadas pelo discurso jurídico para, sob a aparência de dados objetivos da realidade, fundamentar a dogmática atrelada à pena, mormente no que condiz a certas assertivas com maior predisposição de cair no gosto midiático e social e, desse modo, passar a constituir a agenda do discurso político populista, tais como “a criminalização reduz o crime”; a “execução ressocializa” e a “pena intimada”. O que importa salientar é que esse equívoco metodológico de incorporação, ao sistema, de dados falsos da realidade, acarreta não apenas a normalização (aceitação social) da criminalização secundária – sem que sejam considerados os mecanismos seletivos a ela inerentes –, como também a potencialização da ilusão de que tal criminalização seria capaz de solucionar os complexos conflitos de uma sociedade desigual (ZAFFARONI, 2015, p. 67).

Apesar dessa desconexão entre o discurso formal e a realidade do sistema prisional⁸⁷, os atores do campo jurídico e, em especial, os magistrados, insistem em conferir prevalência àquele primeiro – hipótese confirmada objetivamente por meio do presente estudo –, ignorando a posição que poderiam assumir de reduzir os danos que são inerentes à aplicação da pena privativa de liberdade (AMARAL, 2012, p. 91).

4.3.2 A reconciliação do Direito com ética – o protagonismo que, com a Constituição Federal de 1988, deve ser assumido pelos atores jurídicos no Brasil como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais:

Não se pode deixar de reconhecer que, com a entrada em vigor da CF de 1988, o Poder Judiciário, apesar da posição conservadora ainda predominante entre seus membros, foi alçado à condição de instrumento direto de efetivação de direitos fundamentais, tendo sido qualificado como instância final idealizada tanto para deslocar determinadas disputas políticas

⁸⁷ Carlos Alberto Elbert traça um paralelo entre o racionalismo progressista que tantos desastres humanos provocou na primeira metade do século XX, igualmente indiferente aos efeitos sociais dos dogmas construídos, e a insensibilidade do discurso jurídico quanto às críticas sociológicas que lhe são externas quanto à questão prisional. Aponta que aqueles discursos progressistas da modernidade não eram abalados pelas críticas, atribuindo os fracassos do homem a questões transitórias ou circunstanciais, impassíveis de comprometer a logicidade que decorreria da essência puramente racional do discurso. Paralelamente, segundo expoentes reprodutores do discurso jurídico majoritário, os resultados desastrosos concretamente verificados quanto à execução penal para o fim de reduzir a violência não decorreriam da inaptidão do sistema de controle em si considerado, mas sim de um quadro transitório de carência estrutural das instituições penitenciárias (2000, p. 154).

de seus espaços originários para uma arena mais estável, quanto para garantir a realização de direitos sociais à revelia dos caminhos institucionais já desacreditados. O que merece reflexão, contudo, é que é a partir deste protagonismo conferido ao Poder Judiciário como instrumento de efetivação da cidadania que se pode cobrar de seus membros a adoção de uma postura que se mostre compatível com o aludido desiderato, sobretudo porquanto foram aqueles devidamente instrumentalizados para tanto, em especial a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 (ROCHA, 2015, 11/12).

Otfried Höffe adota as premissas de que (a) a ideia de justiça política é elementar à ordem jurídica; (b) que nem toda a ordem de Estado e de Direito pode ser considerada legítima e (c) que a legitimidade de uma ordem política deriva de princípios de justiça que ultrapassam os limites de uma simples definição jurídica. Então, adotando estas premissas, propõe “reconciliar” o Direito com o Estado e ambos com a ética. Para tanto, visa a delimitar os poderes estatais, afirmando não se afigurar como sustentável qualquer forma de coerção social que prescindia de princípios de justiça. Como estratégias para efetivação deste ideal, propõe, inicialmente, que os princípios fundamentais de justiça sejam positivados no ordenamento de cada país, o que, no Brasil, com a CF de 1988, ao menos no plano formal, já se alcançou com razoável nível de universalização. Propõe ainda, que tal efetivação se dê por meio de “tarefas de “julgamento e avaliação, pelas quais as formas jurídicas devem ser reconhecidas como não estáticas, podendo sempre ser redefinidas a partir da verificação de critérios médios de justiça”, tarefa esta que, no Brasil, de forma diversa, justamente em decorrência da postura conformista adotada pelos atores com o intuito de conservar o *status quo*, ainda carece de implementação (ROCHA, 2015, p. 62/63).

No plano punitivo, esta reconciliação do Direito com a Estado e de ambos com a ética passa, inicialmente, passa pela constatação de que a pena privativa de liberdade, inevitável ou evitável, é uma forma de violência de natureza institucional (legítima ou ilegítima) que, ao invés de agregar valores, gera danos ao condenado; e, a seguir, pela constatação de que apenas uma postura ativa e comprometida dos atores do campo jurídico possibilitará que tal pena seja evitada quando ilegítima ou que, ao menos, tenha os danos a ela inerentes atenuados quando sua aplicação for inevitável.⁸⁸

⁸⁸ Afigura-se como imperativo, igualmente, que os atores do campo jurídico logrem identificar a função de controle social que o punitivismo exerce enquanto política de Estado. No âmbito da formulação teórica do modelo garantista, Luigi Ferrajoli qualificava como ideal em um plano de efetivação da democracia substancial e do Estado constitucional de direito um quadro de “direito penal mínimo e direito social máximo”. Contrariamente, no atual contexto de ruptura com as bases do Estado de bem-estar social e renovação de práticas econômicas ultra-liberais (neoliberalismo), o que se verifica é uma inversão da máxima proposta por Luigi

Portanto, as inflexões críticas ao punitivismo não podem se limitar ao plano da criminalização primária, como se os atores do campo político ou, especificamente, o legislador fossem os únicos responsáveis pela expansão irrefletida do Direito Penal⁸⁹. Possuem os operadores jurídicos, em especial os magistrados, também um dever a cumprir, o qual é inerente à posição privilegiada que a sua condição no campo do Direito lhes proporciona. São estes atores que, conforme a sua postura, ou seja, a partir da forma com que aplicam os preceitos normativos aos casos concretos, ou garantem a efetividade ou constroem barreiras de contenção ao ânimo punitivo do legislador (CARVALHO, 2011, p. 232).^{90 91}

4.3.3 O papel que deve ser exercido pelos magistrados no contexto de uma dogmática consequente e não justificante do poder punitivo – a valoração dos dados de realidade fornecidos pelas ciências humanas em geral na avaliação da pertinência do exame criminológico para fins de progressão de regime:

Ferrajoli, de modo que o direito social passou a ser mínimo e o direito penal passou a ser máximo, exercendo este último função de controle social com o objetivo de sustentar a política econômica liberal, neutralizando os efeitos de desigualdade social dela decorrentes (CARVALHO, 2011, p. 239).

⁸⁹ Embora os esforços de racionalização do discurso jurídico-penal pareçam justificar seus limites e garantias, o exercício de poder dos sistemas penais, atrelado à concepção de irrefreado punitivismo que prepondera na atualidade, é incompatível com a ideologia dos direitos humanos. Mas não se pode cogitar de igualdade formal no contexto de um sistema em que impera a seletividade: “Enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador de igualdade de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração da desigualdade de direitos na sociedade.”. Na América Latina, este quadro de desigualdade é ainda mais acentuado em comparação com a realidade dos centros mundiais de poder. Portanto, ser juiz ou jurista na América Latina confere ao operador jurídico um dever ainda mais significativo de lutar pela contenção do poder punitivo, o que, nas palavras de Eugenio Zaffaroni, equivale a um verdadeiro “imperativo ético” (2015, p. 152-154).

⁹⁰ Quando perguntado, em histórica entrevista conduzida por Loïc Wacquant, qual deveria ser o papel da sociologia crítica em um contexto de existência de um campo de poder com capacidade de se reproduzir e perpetuar, Pierre Bourdieu qualificou como “ingênuo” a postura usualmente adotada pelos intelectuais (mesmo aqueles a quem se atribui algum viés crítico), porquanto correspondente ao próprio papel que aquele último atribui ao capital intelectual no âmbito do campo das relações de poder, o que acabaria por legitimar a preservação de dito campo nos moldes como se encontra estruturado. Pierre Bourdieu defende, assim, que os intelectuais assumam consciência de sua posição, “não jogando o ambíguo jogo refletido por sua posição no campo de poder”, âmbito no qual acabam atuando a serviço do poder dominante (BOURDIEU e WACQUANT, 2013, p. 444-446).

⁹¹ De acordo com Carlos Alberto Elbert, uma das principais causas da falta de efetividade do discurso crítico, mormente nos países periféricos, consiste no abismo existente entre ciência e sociedade, ou seja, entre o saber teórico, mesmo quando crítico, e a sua aplicação prática. Defende, conseqüentemente, que, no plano punitivo, não apenas os juristas como também os operadores jurídicos cuja formação teórica seja de viés crítico saibam transcender o plano acadêmico e mesclar o saber por eles produzido com a realidade fática, “abandonando o refúgio do puro teoricismo” (2000, p. 207).

O sistema penal é uma forma de manifestação do poder estatal, de modo que não se visualiza sentido em se realizar um esforço de articulação racional para explicar a natureza ontológica da pena quando ela nada mais que é uma forma de exteriorização daquela manifestação de poder. Simplesmente, um ato de poder por meio do qual o Estado pune (retribui) com um mal o mal que por alguns foi praticado ou, até mesmo, neutraliza/segrega aqueles cujo convívio social não é reputado como conveniente pelos setores dominantes da sociedade. Tanto não há falar na possibilidade de justificação racional da pena de modo atrelado a quaisquer das finalidades associadas aos modelos dogmáticos de Direito Penal que, embora, historicamente, a principal forma de sancionamento conhecida (pena privativa de liberdade) jamais tenha se constituído em um instrumento hábil para solução de conflitos, nunca deixou de representar o centro punitivo daqueles modelos. Não se pune porque a punição faz sentido no contexto das construções dogmáticas justificantes, mas em decorrência de circunstâncias de natureza política (ZAFFARONI, 2015, p. 202).

A dogmática, então, cuja teorização se afigura como mais relevante para os juristas e cuja aplicação se mostra mais necessária para os operadores do direito não é aquela que justifica a natureza ontológica da pena (dogmática justificante), mas aquela que, pressupondo a natureza da pena como simples e inevitável ato de poder estatal, se concentra nas consequências da sua aplicação, minorando, em observância aos princípios e garantias consagrados na Constituição Federal – dentre os quais a necessidade de proporcionalidade entre fato e sanção –, os danos que são inerentes ao exercício de poder (dogmática consequente). Ocorre que é, justamente, neste contexto de dogmática consequente e não justificante – ou seja, de valoração da pena em sua concepção agnóstica e não de justificação racional positiva – que adquire especial relevância a acima destacada atuação dos atores do campo jurídico, em especial dos magistrados (atores do subcampo judicial do campo jurídico), como instrumentos de contenção do poder punitivo.⁹²

Este poder punitivo é, enquanto dado objetivo da realidade, inevitável, porquanto diretamente atrelado à legitimação do Estado Moderno. Além de inevitável, este poder punitivo, dadas as já destacadas consequências sociais da pós-modernidade e as tentativas do Estado de a elas se adaptar, encontra-se em contínua expansão, razão pela qual, sob pena de se tornar desproporcional e injustificável (deslegitimado), necessita ser contido. É daí que advém

⁹² Esta função limitadora que deve ser exercida pelas agências jurídicas é a única, segundo Eugenio Raul Zaffaroni, que poderia dar base a uma “reetização” do Direito Penal, de natureza republicana e humanista (ELBERT, 2009, p. 235).

a famosa figura de linguagem trazida por Eugenio Raúl Zaffaroni, cuja clareza e poder de síntese dispensam a necessidade de comentários adicionais: as agências jurídicas, representadas por seus atores, devem fazer as vezes de um “dique de contenção” do poder punitivo.⁹³

É muito clara a ênfase que o ilustre penalista e criminólogo argentino atribui ao papel que deve ser exercido pelos atores processuais na redução do poder punitivo. Soa, portanto, quase que como uma provocação ou um chamamento à responsabilidade, porquanto visível é o caminho sugerido, os dilemas que Eugenio Raúl Zaffaroni *et al.* visualizam como enfrentados pelos operadores jurídicos diante das políticas punitivas da atualidade (2015, p. 74/75):

2. Torna-se indispensável decidir: a) se se continua com as generalizações não-verificadas, optando-se por uma proposição diretamente não-verificável e proclamando-se qualquer uma das funções da pena como verdade demonstrada (teorias absolutas, preventivas especiais ou gerais, positivas ou negativas); b) ou, ao contrário, se se reconhece que a pena, na grande maioria dos casos, não pode cumprir nenhuma das funções manifestas que lhe são atribuídas, e que suas funções latentes não são conhecidas em sua totalidade, aderindo-se então a uma teoria negativa ou agnóstica da pena e do poder punitivo.

3. É inevitável optar entre: a) escolher os dados sociais que não afetem a legitimidade do poder punitivo e excluir os outros; afirmar como jurídicos falsos dados sociais e negar a seletividade criminalizante ou assumi-la e considerá-la positiva; ou b) reconhecer a seletividade, a incapacidade para resolver os conflitos, o efeito deteriorante sobre as vítimas e os criminalizados e a enorme dimensão do poder punitivo subterrâneo, paralelo e configurador positivo ou de vigilância.

4. Não é possível furta-se à opção: a) por construir uma teoria do direito penal que pautas as decisões das agências jurídicas, consoante a um fim previamente atribuído à pena e a todo o poder do sistema penal, com base numa causalidade social falsa ou na verdadeira assumida como positiva; ou b) por construir uma teoria que pautas apenas o poder das agências jurídicas do sistema penal, consoante às regras de redução ao mínimo da violência, com base em dados sociais verdadeiros.

5. É ineludível decidir entre: a) legitimar discursivamente o exercício do poder punitivo por parte de todas as agências do sistema penal (legitimar a criminalização); ou b) limitar a legitimação ao poder de redução e demarcação das agências jurídicas do sistema (legitimar restrições à criminalização). Tal decisão implica outra, anterior, sobre: a) se, por respeito à criminalização, cabe legitimar a redução do poder das agências jurídicas; ou b) se, por respeito à restrição da criminalização, cabe legitimar o aumento do poder das mesmas.

⁹³ “Zaffaroni *et al.* partem de um enfoque em que destacam a função jurídico-política do direito penal e, por desdobramento, do ator jurídico. Desde um limiar claramente ‘foucaultiano’, definem o direito penal como saber (pressupondo, logo, poder), que não deve ser confundido com a mera legislação e nem com o próprio poder punitivo, mas designa o discurso dos juristas. Ramo do saber jurídico, este, que deve formar um sistema com a mais óbvia função de contenção/redução do puro impulso punitivo conduzido pelas demais agências (empregado o termo no sentido amplo de entes ativos, sejam executivos ou políticos). De outro modo, segundo os autores, estaríamos degradando o próprio estado de direito. Para isso, desde Merkl, utilizam-se dois tipos ideais: ‘estado de direito’ versus ‘estado de polícia’, ambos conservados nos estados históricos (reais), em que aquele funciona (à medida que não existem em estado puro) como uma barreira para ‘represar o estado de polícia que invariavelmente sobrevive em seu interior’” (AMARAL e GLOECKNER, 2013, p. 65/66).

São de diferentes ordens as razões apontadas pelos autores para justificar a imposição de escolha da segunda das opções acima delineadas, todas, de qualquer modo, sinalizando a necessidade de retorno a um direito penal fundamentado em novas bases, cuja premissa é uma atuação decisória de cunho limitativo e redutor de parte dos magistrados (ZAFFARONI et al., 2015, p. 75):

7. São várias as razões que parecem impor-se para uma decisão em favor das segundas opções em todos os níveis assinalados, razões essas de natureza: a) ética (geral e particular); b) científica; c) política (jurídica e geral); d) de sobrevivência ou pragmáticas. Pretender conservar um poder exercido mediante um discurso falso, quando se sabe que este legitima – e sustenta – um poder diverso exercido por outros, que custa vidas humanas, que degrada um grande número de pessoas (tanto aquelas que o sofrem quanto as que o exercem) e que se trata de uma constante ameaça aos âmbitos sociais de autorealização, é, a todas as luzes, eticamente reprovável.

Na presente pesquisa, por meio do questionário aplicado, logrou-se apurar, em breve síntese, o seguinte: (a) há clara divergência entre os juízes e psicólogos que atuam perante o sistema prisional do Estado do Rio Grande do Sul no que tange à conveniência da exigência de exame criminológico como condição para a progressão de regime; (b) as razões majoritárias invocadas pelos juízes para justificar a conveniência da exigência evidenciam não apenas que aqueles atores do campo jurídico se alinham a concepções dogmáticas de justificação positiva da pena – porquanto visualizam um viés utilitário na pena privativa de liberdade e na progressão de regime prisional, mormente enquanto instrumentos de ressocialização (finalidade de prevenção especial) –, como também que os magistrados concebem o exame criminológico como um instrumento hábil para prever o comportamento futuro do apenado caso colocado em liberdade, neste caso, em flagrante divergência com o discurso dos psicólogos, que, majoritariamente, consideram o exame cientificamente inapto para qualquer prognose comportamental; e (c) os magistrados, em comparação aos psicólogos, demonstram menor inclinação à atuação interdisciplinar, mostrando-se ou ignorantes quanto ao teor ou resistentes à aceitação do discurso crítico que é externo ao seu campo de atuação, o que se expressa tanto pelo desconhecimento e/ou contrariedade demonstrados quanto às restrições científicas apontadas pelos psicólogos no que condiz à referida aptidão prognóstica do exame criminológico, quanto pela indiferença manifestada à possibilidade de passar a se valer, futuramente, da contribuição crítica das demais ciências humanas para instruir decisões no âmbito da execução penal.

No caso, o que se mostra mais relevante destacar é que, uma vez contrapondo-se as constatações acima sintetizadas com base nos dados coletados com os dilemas que Zaffaroni

et al. visualizam como enfrentados pelos atores jurídicos na atualidade, mostra-se clara a inclinação dos magistrados do Estado do Rio Grande do Sul que atuam com execução penal para a primeira das opções de resposta delineadas, demonstrando que prepondera, no campo em questão, um discurso conservador de legitimação, sem ressalvas, do poder punitivo estatal.

Restou evidente a crença majoritária dos magistrados quanto às finalidades que o discurso dogmático tradicional atribui à pena, autoproclamadas como verdades demonstradas, apesar da ausência de pesquisas científicas empíricas que retratem o efetivo alcance dos objetivos de prevenção geral e especial idealizados. Essa postura dos magistrados se descortina não como meio de limitação, mas de legitimação do discurso punitivo, sobretudo porquanto a progressão de regime é concebida como instrumento de ressocialização do apenado, adotando a premissa de que a experiência no ambiente prisional, independentemente do estado de degradação do cárcere, possuiria o condão de transformar o comportamento do apenado, transformação esta que seria passível de aferição objetiva por meio exame criminológico. Já a crença majoritária dos juízes, por sua vez, de que este exame possuiria a aptidão de prever o comportamento futuro do apenado, apesar das ressalvas em sentido contrário da doutrina científica especializada da Psicologia, exemplifica a característica também apontada por Zaffaroni *et al.* de que o discurso conservador de legitimação do poder punitivo tende a, arbitrariamente, qualificar como jurídicos e naturalmente irrefutáveis dados falsos da realidade, ignorando, por outro lado, quando conveniente for, dados objetivos fornecidos pelas demais ciências humanas.

4.4.4 As alternativas dos juízes visando à contenção do poder punitivo – o abandono do mito da autossuficiência do discurso jurídico para se buscar formas alternativas de solução dos conflitos penais ou, ao menos, valorar a pena de prisão em consideração a dados concretos de realidade:

Contudo, apesar do quadro que restou retratado nesta e em outras pesquisas recentemente realizadas, é possível visualizar um caminho para a transformação, o qual, inclusive, embora minoritariamente, já se encontra sendo trilhado por magistrados espalhados por todo o território nacional, os quais não apenas têm buscado conter os excessos punitivos relacionados à pena privativa de liberdade quando a aplicação desta for reputada inevitável, como também reduzir este espectro de inevitabilidade para a menor amplitude possível, o que implica ampliar a incidência de formas alternativas, em oposição à prisão, de composição do

conflito resultante da afronta da norma penal. Há, ainda, uma característica comum a todas estas iniciativas: a convicção de que o discurso jurídico só será, de fato, legítimo quando não se dissociar da realidade social que lhe constitui objeto, o que implica uma maior predisposição à atuação interdisciplinar, com a consequente aceitação e incorporação, ao campo jurídico, dos dados de realidade fornecidos pelas ciências sociais e humanas em geral.

É de se dizer, inicialmente, que os atores do campo jurídico já dispõem de mecanismos processuais protetivos contra as demandas punitivistas que lhes permitem julgar casos concretos em observância aos direitos e garantias individuais, mecanismos estes, no Brasil, fornecidos quase que à plenitude pela CF de 1988. A aplicação efetiva destes instrumentos possibilita, inclusive, que se potencialize a prevalência do sistema acusatório e, em consequência, se reduza ou elimine a incidência do sistema inquisitório, ainda impregnado tanto em dispositivos não revogados do CPP quanto na própria cultura jurídica conservadora dos operadores. Para tanto, de qualquer modo, mostra-se indeclinável que os magistrados, no exercício concreto da jurisdição, adotem uma postura ativa e comprometida, iniciativa esta relacionada não à apropriação exclusiva da gestão probatória, mas sim à necessidade de observância incondicionada dos direitos e garantias do acusado. Em síntese, o garantismo penal pode e deve ser compreendido como um discurso e prática voltado à instrumentalização da contenção do poder punitivo (CARVALHO, 2011, p. 247-250).

Mostra-se possível, ademais, tanto no plano intradogmático quanto extradogmático, estabelecer formas de atuação crítica voltadas à redução dos danos que são inafastáveis do punitivismo. No primeiro caso, por meio da utilização das lacunas e contradições da lei penal não em prejuízo do réu mas para ampliar os espaços de liberdade; no segundo, por meio do incentivo a práticas que reduzam o protagonismo do Estado (juiz) e o transfiram às próprias partes envolvidas, o que implica, quando possível, a priorização de práticas autocompositivas, em detrimento das heterocompositivas, de resolução do conflito (CARVALHO, 2011, p. 265).

A realidade atual é de encarceramento em massa, sem que tal, no entanto, esteja se refletindo na redução dos índices de criminalidade. Diante desse quadro, seja em consideração às consequências sociais que resultam da exposição de um grande número de pessoas às mazelas do cárcere (muitas delas desnecessariamente), seja em atenção ao fato de que esta violência institucionalizada promovida em larga escala sequer está se mostrando efetiva para justificar a intervenção punitiva do Estado, impende que se busquem soluções alternativas para a resolução do problema criminal, mormente em oposição à pena privativa de liberdade, cujo cabimento deve ser limitado a hipóteses excepcionais. A questão cerne é que a transitabilidade por este caminho de busca de soluções alternativas depende da conduta dos

operadores jurídicos, cuja postura dominante atual deve ser transformada para que se perceba que há outros discursos possíveis além daquele produzido pela dogmática jurídica pura (AZEVEDO, 2010, p. 232).

Há outros discursos possíveis, da mesma forma como há outras soluções possíveis para a questão criminal, diversas da segregação de liberdade.

A crise dos projetos puramente racionais de modernidade e a conseqüente consciência da necessidade de uma mudança paradigmática para a análise do problema social conduzem ao questionamento do monopólio da produção do direito pelo Estado e ao reconhecimento da existência de uma pluralidade de ordens jurídicas nas complexas formas sociais da atualidade. Entenda-se: uma pluralidade de alternativas para resolução dos conflitos sociais, as quais podem e devem ser qualificadas como jurídicas (produtoras de direito), independentemente de serem reconhecidas ou praticadas pelo Estado (AZEVEDO, 2010, p. 271).⁹⁴

É deste quadro que resulta o último exercício de reflexão que se tenciona efetuar no âmbito do presente estudo: a crença no mito da autossuficiência do discurso jurídico, ao ensejar a adoção de premissas racionais de verdade autoproclamadas e insuscetíveis de comprovação empírica, sustenta os modelos dogmáticos puros de justificação positiva da pena. Esse mito, advindo da conservadora formação jurídica recebida pela maior parte dos operadores, encontra-se, majoritariamente, enraizado na cultura jurídica dos atores processuais brasileiros, o que resulta na preservação da aplicabilidade de institutos de natureza inquisitorial, mesmo quando contrários ao novo quadro constitucional. O mesmo mito, ainda, examinado a partir dos fatores sociológicos que explicam a resistência manifestada pelos atores jurídicos ao reconhecimento da legitimidade do discurso crítico externo, se insere na lógica de preservação do campo jurídico trazida pela teoria dos campos sociológicos de Pierre Bourdieu.

O que, no caso, importa enfatizar é que o questionário aplicado no âmbito do presente estudo não apenas confirmou que os magistrados que atuam com execução penal no Estado do Rio Grande Sul, majoritariamente, creem na autossuficiência do discurso jurídico, como também demonstrou que o mito em questão se encontra, efetivamente, atrelado aos fatores de natureza jurídico-dogmática e sociológica acima elencados. De fato, os magistrados, ao tempo em que invocaram, para justificar a posição por eles defendida quanto à conveniência da

⁹⁴ Neste contexto de compreensão pluralista do fenômeno criminal e de busca por alternativas à prisão para resolução do conflito criminal, devem ser destacadas as medidas que fomentam a busca por uma solução autocompositiva e não heterocompositiva para solução do conflito entre autor e vítima, dentre as quais práticas de justiça restaurativa e de mediação em matéria penal (AZEVEDO, 2010, p. 272).

exigência de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime prisional, explicações dogmáticas próprias dos modelos de justificação racional positiva da pena, demonstraram não atribuir relevância significativa às posições técnicas oriundas da Psicologia quanto à inaptidão do exame quanto ao objetivo almejado, em que pese as primeiras, diferentemente das últimas, sejam completamente carentes de respaldo empírico. Esta resistência à valoração de dados concretos da realidade objetiva se explica pela formação conservadora dos atores e pela lógica sociológica de preservação da autonomia do campo do Direito.

Essa ausência de sensibilidade aos discursos externos e a rigidez interpretativa que lhe é inerente ajudam a compreender a ênfase que o discurso jurídico majoritário atribui ao exame criminológico para fins de progressão de regime, mormente para explicar a passividade com que são aceitas as noções impostas pelo discurso oficial racional e articulado, o qual acaba normalizado porquanto impassível de questionamento. Considerada essa circunstância, o equívoco mais comum praticado pelos atores do campo jurídico consiste em confundir o Direito com o *corpus* jurídico, isto é, com a norma, doutrina ou jurisprudência, esquecendo-se que o Direito é fruto de uma convergência muito mais ampla de relações, inclusive compreendendo (ou devendo compreender) elementos alheios ao campo jurídico, como os fatores sociais, políticos e econômicos. Diante dessa visão distorcida, a Sociologia contribui para desmistificar a autodeclarada pureza do Direito, expondo o fato de que ele é produto de uma dinâmica social (ROCHA, 2015, p. 114-116).

Ao permanecerem alheios à realidade, ignorando o discurso crítico oriundo da Sociologia e da Psicologia quanto aos efeitos nocivos da “prisionalização” e quanto à inaptidão do exame criminológico atrelado à progressão de regime para realizar um prognóstico confiável quanto às perspectivas de retorno do reeducando ao convívio social, os juízes operam, consciente ou inconscientemente, como instrumentos de manutenção de uma ordem de violência simbólica impassível de resolver, com efetividade, os conflitos penais. Diferentemente, ao reaproximar, por meio da interdisciplinaridade, o Direito da realidade social, os juízes não apenas projetam a construção de uma dogmática jurídica fundamentada em premissas objetivas passíveis de verificação empírica, como também trilham um caminho mais condizente com a pluralidade de ordens normativas que é própria das complexas relações sociais da pós-modernidade, o que servirá – sem prejuízo, quando possível, da busca por formas alternativas e mais efetivas para resolução dos conflitos criminais – para que o processo de formação da decisão judicial no âmbito da execução penal seja sempre lastreado pelo princípio de contenção dos danos inerentes à execução da pena privativa de liberdade.

CONCLUSÃO

O que se buscou por meio da presente pesquisa foi, essencialmente, compreender quais são os fatores sociológicos que justificam a crença, existente no campo do Direito, quanto à autossuficiência da visão jurídica pertinente ao problema da exigência de exame criminológico para fins de progressão de regime, a ponto de ignorar a contribuição que uma disciplina científica autônoma, como a Psicologia, poderia fornecer quanto a uma matéria tão diretamente atrelada ao seu respectivo âmbito de atuação. E, ainda, especificamente no plano da Penologia, se buscou compreender qual a relação existente entre aqueles fatores sociológicos e o discurso de justificação do poder punitivo que é predominante no campo do Direito.

Antes que se proceda à análise das respostas possíveis ao problema formulado, cabe discorrer, brevemente, sobre as principais conclusões alcançadas a partir da pesquisa realizada nos quatro capítulos que constituem objeto da presente dissertação.

No primeiro capítulo, um primeiro aspecto a ser salientado é a clara concatenação existente entre o modelo de progressividade adotado pelo sistema brasileiro e os modelos dogmáticos positivos de justificação da pena, mormente em relação ao ideal de ressocialização que é inerente à prevenção especial positiva. Isso porque a opção pelo sistema progressivo está diretamente relacionada ao ideal de efetivação do princípio da individualização da pena, considerando que, a partir da ideia de progressividade, a reintegração paulatina do apenado à sociedade se dará na medida em que for apresentando sinais positivos de reação em relação ao plano de correção/recuperação que lhe é individualmente previsto, sinais estes que, por sua vez, são aferíveis por meio de avaliações meritórias periodicamente realizadas, sendo, a principal delas, o exame criminológico.

Ainda neste primeiro capítulo, outro aspecto a se destacar é contraponto dogmático entre a chamada concepção agnóstica da pena e aqueles tradicionais modelos de justificação positiva da sanção criminal. Aquela visão, a partir das premissas de que o direito penal não pode se abster de conhecer os dados que as outras ciências humanas lhe proporcionam e nem, tampouco, distorcer a realidade visando a adotar dados falsos como pressupostos de sua dogmática, questiona a possibilidade concreta da sanção criminal alcançar as finalidades positivas que lhe são atribuídas (prevenção geral ou especial). Neste cenário e adotando também a premissa de que, ao invés daquelas funções manifestas, a pena possui funções latentes que, em verdade, sequer são conhecidas em sua totalidade, Eugenio Raúl Zaffaroni

concebe a pena não como uma construção oriunda do saber jurídico, mas sim como uma manifestação de força oriunda do poder político. Em síntese, uma definição que é negativa por não reconhecer nenhuma função positiva passível de atribuição à pena e é agnóstica porque admite não conhecer as funções efetivas da pena em sua integralidade.

Uma vez compreendidas as diferenças entre os modelos de justificação positiva e negativa da pena, o mais relevante é destacar a discrepância entre o papel que cada qual atribui à respectiva narrativa jurídica no âmbito da Penalogia: de um lado, a visão tradicional de que a dogmática deve servir para justificar o exercício do poder punitivo (dogmática justificante); de outro, a constatação de que, sendo a pena um ato político e, não raras vezes, inevitável, a dogmática deve ser empregada para amenizar os danos que são inerentes à sanção criminal (dogmática consequente). É esta última concepção, no caso, que permite que se projete uma reformulação quanto ao papel passível de ser exercido pelos atores jurídicos, mormente pelos juízes, no plano concreto: não sendo possível deixar de aplicar a pena ou substituí-la por outra menos gravosa, que, ao menos, se resguarde os direitos e garantias constitucionais do acusado na maior medida possível, a fim de que os danos indissociáveis da prisão sejam reduzidos para a menor escala possível.

Já no segundo capítulo, inicialmente, demonstrou-se que, mesmo após a entrada em vigor da Lei 10.792/03, que suprimiu a possibilidade de exigência do exame criminológico como condição para a progressão de regime, os Tribunais Superiores, no Brasil, entendem que aquela exigência pode seguir sendo realizada pelo juiz da execução, desde que seja devidamente justificada por meio de decisão fundamentada. Demonstrou-se, também, que a premissa fático-jurídica que constitui fundamento para o aludido entendimento – a concepção de que o exame criminológico possuiria a potencialidade de antever a perspectiva futura de reinserção social do apenado – é compartilhada, majoritariamente, pela doutrina especializada oriunda do campo do Direito, a qual, desse modo, visualiza o exame criminológico como um instrumento indispensável para aferição do requisito subjetivo concernente ao benefício da progressão de regime.

Paralelamente, corroborando o quadro de divergência entre os discursos, retratou-se a posição assumida pelo CFP, seja quanto à Resolução 009/2010, que vedava a atuação do psicólogo em qualquer exame criminológico que fosse exigido no curso da execução penal como condição para a concessão de um determinado benefício; seja no que condiz à Resolução 012/2011, que, embora limitando os efeitos daquela primeira, seguiu restringindo a atuação de psicólogo em exame criminológico a que se atribuisse alguma intenção prognóstica. Demonstrou-se, ademais, que o discurso majoritário oriundo da doutrina

científica da Psicologia converge com as posições do CFP, podendo ser assim sintetizado: (a) mesmo que a estrutura física e de pessoal das prisões no Brasil fosse, em média, adequada, as consequências psicológicas nocivas que decorrem da pura e simples restrição de liberdade, associadas às diferenças naturalmente existentes entre a convivência social interna e externa ao ambiente do cárcere, dificultam a projeção do comportamento futuro que o apenado adotará quando for colocado em liberdade; (b) de qualquer modo, em sendo as condições estruturais médias das prisões no Brasil especialmente calamitosas, mostra-se ainda mais prejudicada a efetividade da potencialidade prognóstica que se tencione atribuir a qualquer forma de avaliação psicológica no ambiente prisional.

Este quadro de flagrante divergência discursiva entre, de um lado, as fontes jurisprudenciais e doutrinárias do universo do Direito e, de outro, a posição do órgão federal de classe e as fontes doutrinárias do universo da Psicologia restaram perfeitamente retratadas no espaço específico da execução da pena privativa de liberdade no Estado do Rio Grande do Sul. Conforme demonstrou o questionário aplicado, a posição dos juízes de direito que operam com aquela modalidade sancionatória neste Estado convergiu com a posição dos Tribunais Superiores e com a visão majoritária da doutrina jurídica, enquanto que a posição dos psicólogos que atuam no sistema prisional gaúcho convergiu, predominantemente, com a posição assumida pelo CFP e com a visão crítica majoritária na doutrina especializada da Psicologia. Não suficiente, o mesmo questionário retratou que os magistrados do Rio Grande do Sul se mostraram especialmente resistentes à valoração das ressalvas críticas tecidas pelos psicólogos, mesmo quando pertinentes a questões correspondentes aos limites técnicos cognitivos da atuação daqueles últimos profissionais.

No terceiro capítulo, procurou-se analisar, a partir da contribuição da teoria sociológica de Pierre Bourdieu, os fatores que justificam esta resistência do campo jurídico à valoração do discurso crítico que lhe é externo. Neste contexto, o que se extrai, em breve síntese, da obra daquele sociólogo é que a noção de *habitus* pode ser definida como o sistema interno de referências que permite a um agente se inserir nas disputas pertinentes ao ambiente de ação ao qual se encontra integrado, enquanto que o “campo” consiste, justamente, naquele ambiente de ação, compreendendo as disputas e interesses que são específicos de uma determinada categoria. Desse modo, as pressões externas a um determinado campo são ignoradas por quem é dotado, estritamente, do *habitus* que é próprio daquele campo, já que, neste caso, os atores de tal campo não reconhecem, no discurso dos agentes externos, as condições de legitimidade necessárias para que se produza uma relação de interação com aqueles primeiros. Além disso, a posição dos atores dominantes dentro de um determinado campo é apenas

relativamente tranquila, pois, como regra, há uma luta constante por espaço. De qualquer modo, esta luta jamais chega a colocar em risco a existência do campo, já que mesmo os atores que divergem entre si compartilham de valores comuns que jamais são questionados, constituindo a chamada lógica de conservação do espaço de interação, observada, consciente ou inconscientemente, por seus agentes.

Consideradas essas premissas teóricas, o que importa salientar é que os agentes que operam no campo jurídico, em especial os juízes, são especialmente treinados, desde a sua formação, a crer no mito da neutralidade, como se houvesse a possibilidade de produção de um discurso jurídico formal completamente insuscetível a qualquer pressão externa. Esta característica, associada à supracitada lógica de preservação que é inerente a qualquer campo, implica um isolamento ainda maior do campo jurídico em comparação a outras áreas do conhecimento. Por outro lado, a violência simbólica que é própria do campo jurídico é resultado desta lógica de conservação. Em síntese: o discurso do direito reflete, no ordenamento, uma determinada visão de mundo (normalmente, a visão da classe dominante); então, com o tempo, pela lógica da conservação, essa visão deixa de ser questionada, passando a ser aceita como normal. Como resultado, então, desse processo de normalização, surge a força simbólica que decorre da coerção jurídica (a chamada violência simbólica).

No quarto capítulo, por derradeiro, procedeu-se à comparação direta entre as respostas apresentadas pelos juízes e psicólogos ao questionário aplicado, buscando-se compreender a extensão das divergências constatadas por meio do cotejo crítico entre os referenciais teóricos explorados nos três capítulos anteriores. Nesse exercício comparativo, o primeiro dado estatístico a se destacar é o seguinte: mesmo após a supressão legal da possibilidade de exigência do exame criminológico para fins de progressão de regime, 96,42% dos juízes o seguem exigindo, enquanto que apenas 31,82% dos psicólogos concordam com dita exigência.

É nítida, neste caso, a correlação entre a posição dos juízes e um dos pilares que caracteriza o modelo punitivista da atualidade, qual seja, a crença de que a prisão “funciona”, isto é, de que é capaz de cumprir as finalidades positivas que lhe são atribuídas. Assim se conclui porque justificar a realização de um exame tendo como substrato o período cumprido no cárcere, acreditando na potencialidade de dito exame fornecer um prognóstico quanto à perspectiva de reiteração delitiva do apenado, implica crer que o período de segregação que antecedeu a avaliação se mostrou potencialmente suficiente para incutir, no preso, noções de cidadania que aumentariam suas chances de reinserção social.

Outro contraponto relevante que se extrai do questionário é o obtido mediante a comparação entre as razões predominantes invocadas por cada grupo para justificar sua posição quanto à exigência do exame: 50% dos juízes declararam acreditar na possibilidade de a execução da pena de prisão gerar efeitos psicológicos positivos ao apenado e/ou acreditar que a personalidade desenvolvida antes do cárcere poderia ser retratada no exame, enquanto que apenas 18,18% dos psicólogos o fizeram. Já entre os que declararam acreditar na potencialidade prognóstica do exame criminológico quanto ao risco de reiteração delitiva, a diferença é ainda mais relevante: 85,71% dos juízes partilham daquela crença, sendo que apenas 22,73% dos psicólogos o fazem.

No caso, essa discrepância de visões guarda perfeita correlação com a divergência entre as posições doutrinárias que preponderam em cada um dos respectivos campos: de um lado, a visão majoritária no universo jurídico, que concebe etiologicamente a gênese do comportamento criminoso, visualizando, no exame criminológico, a potencialidade de projetar o comportamento futuro do apenado e a aptidão para indicar as causas do comportamento desviante; de outro lado, a visão técnica dos pesquisadores na área da Psicologia, que não crê neste poder de clarividência comportamental atribuído pelos atores jurídicos ao exame criminológico, com ênfase no fato de que a degradação do ambiente carcerário é fator gerador de instabilidade emocional a inviabilizar, inclusive, o diagnóstico da personalidade do apenado.

Ademais, tal qual a abordagem teórica da obra sociológica de Pierre Bourdieu já permitira antever, os resultados comparativos do questionário também retrataram que os operadores do campo jurídico, em comparação aos psicólogos, se mostraram bastante mais indiferentes ao discurso crítico divergente da sua visão dominante, ou ignorando-o ou não lhe atribuindo relevância: apenas 42,20% dos magistrados afirmaram conhecer a posição crítica adotada dos psicólogos, enquanto que 90,9% daqueles últimos afirmaram conhecer a posição crítica dos juízes; 76,68% dos magistrados demonstraram possuir interesse em conhecer as razões que motivam a visão crítica dos psicólogos, enquanto que 86,33% daqueles últimos o manifestaram em relação à dos juízes; e 10,52% dos magistrados cogitaram rever sua posição em consideração à crítica dos psicólogos, enquanto que 27,77% daqueles últimos o cogitaram em relação à dos juízes.

Por fim, procurou-se aprofundar a análise da gênese inquisitorial da formação dos atores jurídicos, para que, relacionando-a à lógica de conservação do campo jurídico, se examinasse a postura dos magistrados que operam com a execução da pena privativa de liberdade. Em tal plano de análise, apontou-se, inicialmente, ser próprio da Sociologia da Punição ou

Sociologia da Administração da Justiça Penal buscar examinar o processo dinâmico de funcionamento dos aparelhos estatais de justiça e sua influência no controle do crime, objeto no qual se encontra inserido o papel exercido pelos atores do campo jurídico na expansão do poder punitivo. Mencionou-se, no caso, advir da referida linha de pesquisa sociológica a tese desenvolvida por Salo de Carvalho no sentido de que a responsabilidade pelo fenômeno do hiperencarceramento não pode ser adstrita aos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, porquanto a responsabilidade dos juízes, na condição de agentes dotados da instrumentalidade necessária para contenção do poder punitivo, não pode ser eximida.

A seguir, abordou-se a tese, citada por Salo de Carvalho como complementar àquela primeira, de que a causa da incapacidade do sistema pátrio para bem resolver os conflitos de natureza criminal está vinculada, dentre outros fatores, à formação histórica das instituições de justiça luso-brasileiras, mormente em consideração à tradição inquisitorial a elas atrelada. Nessa análise, constatou-se ser próprio, efetivamente, da cultura judiciária brasileira a incorporação de formas de produção da verdade que remontam ao modelo inquisitório, desvirtuando o protagonismo das partes que é característica do modelo negocial e consensual de resolução de conflitos.

Finalmente, ainda sob o mesmo enfoque, destacou-se que a postura conservadora e punitivista predominante na magistratura se reflete, não raras vezes, na fase decisória dos processos, em flagrante inobservância da exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Transpondo este diagnóstico para o objeto da presente pesquisa, mostra-se possível questionar a forma como, sem maiores esforços de fundamentação, o Enunciado nº 26 da Súmula Vinculante do STF passou a ser seguido automaticamente pelos juízes brasileiros, inclusive ensejando a sua aplicação a casos que extrapolam seu âmbito originário de incidência, tudo de forma indiferente às ressalvas críticas tecidas pelo discurso da Psicologia quanto à potencialidade prognóstica do exame. Esse quadro, aliás, também restou retratado pelo questionário aplicado na presente pesquisa, considerando que 14,28% dos magistrados ouvidos apontaram que a única razão pela qual exigiam a realização de exame criminológico como condição para a progressão de regime consistia no fato da posição jurisprudencial dos Tribunais Superiores sinalizar que tal exigência poderia ser realizada.

Trata-se, no caso, de exemplificação prática do processo de normalização antes descrito com a abordagem da teoria sociológica de Pierre Bourdieu, potencializado pela particular resistência dos operadores jurídicos às críticas externas: com o tempo, pela lógica de conservação que é inerente ao discurso do campo do Direito, aquela visão enunciada pelo STF e STJ passou a ser aceita como normal sem qualquer reflexão crítica, sobretudo porque

não se atribui aos psicólogos legitimidade para questionar o entendimento jurídico; então, como fruto da normatização, surgiu a força simbólica da qual emana a coerção jurídica que fundamenta a exigência de exame criminológico.

É desse processo de normalização subserviente que advém a crítica concernente à despersonalização dos atores processuais, contexto no qual se afigura como possível invocar a figura do juiz tecnocrata que abdica do poder concreto de julgar, transferindo a responsabilidade que é inerente ao cargo exercido. No caso, o que importa destacar é que existe uma clara correlação entre o contraveneno a esta postura letárgica da magistratura e a dogmática consequente voltada à redução de danos que a visão agnóstica da pena atribui como de necessária observância pelos operadores jurídicos: a assunção de uma postura ativa pelos juízes frente ao caos penitenciário.

Adotada essa premissa, o abandono da postura passiva dos juízes não demanda apenas uma simples modificação de postura anímica, mas também de percepção da realidade, impondo-se a constatação de que o Direito Penal não pode ignorar a realidade social na qual são aplicadas as regras jurídicas e nem lastrear as premissas de sua construção teórica a dados falsos de realidade. São três os dados empíricos fundamentais, fornecidos pelas ciências humanas e sociais em geral, que não podem ser desconsiderados pela dogmática jurídica: (a) as condições concretas para a execução da pena de prisão no Brasil são especialmente calamitosas; (b) de qualquer modo, não cabe cogitar do idealizado efeito de regeneração do apenado, uma vez que a restrição de liberdade, por essência, independentemente das condições estruturais em que aplicada, é nociva ao ser humano; e (c) não se mostra possível, por meio de uma avaliação psicológica inserida em um exame criminológico efetuado no ambiente prisional, prever qual será o comportamento futuro do apenado quando vir a retomar sua liberdade integral ou parcial e aferir, com uma margem científica razoável de segurança, quais serão as perspectivas de reinserção social e reiteração delitiva daquele apenado.

Em resumo, o contraponto realizado entre os resultados do questionário aplicado e os referenciais teóricos analisados possibilitou a confirmação das principais hipóteses cuja formulação motivara a presente pesquisa:

a) a exigência de exame criminológico como condição para progressão de regime encontra fundamento racional nos modelos penais dogmáticos que visualizam finalidades positivas passíveis de atribuição à pena, em especial no que tange ao objetivo de prevenção especial;

b) os discursos dominantes entre os magistrados e os psicólogos que atuam no âmbito da execução penal no Estado do Rio Grande do Sul quanto à exigência de exame criminológico

como condição para progressão de regime correspondem, respectivamente, às posições prevalentes, de um lado, nos Tribunais Superiores e na doutrina do campo do Direito; e, de outro, no CFP e na doutrina do campo da Psicologia;

c) as causas concretamente invocadas pela maioria dos juízes gaúchos para justificar a exigência de exame criminológico como condição para a progressão de regime, partindo de uma concepção etiológica do crime, encontram fundamento racional naqueles modelos dogmáticos que visualizam finalidades positivas na pena;

d) os juízes, majoritariamente, ao justificar a exigência do exame, desconsideram as condições objetivas de degradação que permeiam a execução da pena privativa de liberdade no Brasil;

e) as causas invocadas, majoritariamente, pelos psicólogos gaúchos para apontar a inconveniência da exigência de exame criminológico quanto como condição para a progressão de regime encontram fundamento na concepção de que o referido exame não possui a potencialidade de fornecer um prognóstico seguro quanto às perspectivas de reinserção social do apenado;

g) os psicólogos, majoritariamente, ao justificar a exigência do exame, consideram as condições objetivas de degradação que permeiam a execução da pena privativa de liberdade no Brasil;

h) em comparação aos psicólogos, os magistrados gaúchos se mostram mais resistentes à aceitação do discurso crítico externo ao seu campo;

i) o discurso dominante entre os juízes gaúchos questionados se mostra compatível com o papel de legitimação da expansão do poder punitivo que, de forma majoritária, é atualmente desempenhado pelos operadores jurídicos em geral, mostrando-se, conseqüentemente, incompatível com o papel de contenção de danos que é próprio da dogmática conseqüente atrelada à concepção agnóstica.

A partir da síntese entre essas hipóteses que foram objeto de confirmação, pode-se afirmar ter se mostrado possível a resolução do problema científico que fora proposto.

Indagara-se quais eram os fatores sociológicos que explicavam as diferenças entre os discursos dos campos do Direito e da Psicologia quanto à exigência de exame criminológico como condição para a progressão de regime e de que forma tais fatores se relacionavam com os modelos dogmáticos de justificação da pena e com o papel exercido pelo juiz da execução penal ou de legitimação ou de contenção do poder punitivo.

Concluiu-se, então, em síntese, que a resistência manifestada pelos atores do campo jurídico à aceitação do discurso crítico externo (sobretudo em decorrência da crença quanto à

autossuficiência do discurso jurídico), associada à lógica de conservação do campo jurídico e à natureza inquisitorial da formação dos operadores jurídicos, contribuem para explicar a maior predisposição dos magistrados a se alinhar aos modelos dogmáticos que visualizam finalidades positivas na pena e a, conseqüentemente, assumir uma postura de legitimação quanto à expansão do poder punitivo.

Esta, indubitavelmente, é a postura majoritária da magistratura na atualidade. Contudo, visualiza-se um caminho para a transformação, o qual, inclusive, já se encontra sendo trilhado por diferentes juízes mais atentos à necessidade de reaproximação da dogmática jurídica à realidade social: (a) a busca por formas alternativas à prisão para composição do conflito criminal; e (b) a redução dos danos inerentes à prisão, quando as alternativas se mostrarem impossíveis no caso concreto, ao menor espectro possível.

Impende que se reconheça a existência de uma pluralidade de alternativas para resolução dos conflitos jurídicos em geral, não, necessariamente, atrelados à órbita penal, mormente por meio do incentivo a práticas que reduzam o protagonismo do Estado (juiz) e o transfiram às próprias partes envolvidas. Cumpre, ainda, que, em se mostrando inafastável a tutela penal, se potencialize, no plano processual, a observância do sistema acusatório em detrimento do modelo inquisitório, reduzindo ao mínimo possível o espectro danoso da pena privativa de liberdade. Mostra-se também impositivo, em quaisquer dos casos, que a magistratura abandone o mito da autossuficiência do discurso jurídico e, sem qualquer reducionismo epistemológico que decorra de eventual relação de assessoriedade entre as disciplinas, se abra à perspectiva de valoração da contribuição das demais ciências humanas em geral, não apenas retomando a faculdade de julgar casos concretos, como também reaproximando a judicância de um caminho mais condizente com a pluralidade que é própria das complexas relações sociais da pós-modernidade. Ocorre que, ao permanecerem alheios à realidade social, os juízes, consciente ou inconscientemente, atuam como instrumentos de manutenção de uma ordem de violência simbólica impassível de resolver, com efetividade, os conflitos penais.

APÊNDICES

A – Questionário aos juízes de direito do Estado do Rio Grande do Sul com atuação em vara com atribuição sobre execução da pena privativa de liberdade – 1ª parte (aplicado no período compreendido entre 01/05/2017 e 15/05/2017):

1) Você exige a realização de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime da pena privativa de liberdade? (marcar apenas uma opção)

a) Sempre exijo ()

b) Nunca exijo ()

c) Exijo eventualmente conforme o caso concreto ().

2) Caso a exigência seja eventual, o critério que justifica, em cada caso concreto, a opção pela exigência do exame criminológico decorre: (pode-se marcar mais de uma opção)

a) do regime para o qual a progressão está sendo postulada ()

b) das condições subjetivas do apenado ()

c) das condições objetivas do fato praticado ().

d) prejudicado caso sempre ou nunca exija o exame ().

e) outros (). Quais? _____

3) Se você exige sempre ou eventualmente a realização de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime, por que razão o faz? (pode-se marcar mais de uma opção)

a) porque a posição jurisprudencial majoritária sinaliza que a exigência pode ser realizada ();

b) porque acredito na possibilidade da execução da pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto gerar um efeito psicológico positivo que, uma vez constatado no exame criminológico, indicaria uma maior probabilidade de reinserção social do apenado e uma menor possibilidade de reiteração delitiva ();

c) porque acredito que a personalidade desenvolvida pelo apenado antes da experiência no cárcere poderia ser retratada no exame criminológico, indicando uma maior ou menor probabilidade de reinserção social e reiteração delitiva ().

d) prejudicado caso nunca exija o exame ().

e) outros motivos (). Quais? _____

B – Questionário aos juízes de direito do Estado do Rio Grande do Sul com atuação em vara com atribuição sobre execução da pena privativa de liberdade – 2ª parte (aplicado no período compreendido entre 01/06/2017 e 15/06/2017):

1) Você tem conhecimento de que a Resolução nº 009/2010 do Conselho Federal de Psicologia veda aos psicólogos que atuam nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico para fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado? (marcar apenas uma opção)

a) Sim ();

b) Não ().

2) Se você exige sempre ou eventualmente a realização de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime, possui curiosidade profissional ou científica de pesquisar as razões pelas quais o Conselho Federal de Psicologia veda aos psicólogos que atuam nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico para fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado? (marcar apenas uma opção)

a) Sim ();

b) Não ().

c) Prejudicado caso nunca exija o exame ().

3) Se você exige sempre ou eventualmente a realização de exame criminológico como condição subjetiva para progressão de regime, cogita revisar seu entendimento em virtude do fato do Conselho Federal de Psicologia vedar aos psicólogos que atuam nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico para fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado? (marcar apenas uma opção)

- a) Sim ();
- b) Não ().
- c) Prejudicado caso nunca exija o exame ().

C – Questionário aos psicólogos vinculados à Superintendência de Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul – SUSEPE e com atuação junto a estabelecimentos prisionais deste mesmo Estado (aplicado no período compreendido entre 01/06/2017 e 30/06/2017):

1) *Você concorda com a vedação constante na Resolução nº 009/2010 do Conselho Federal de Psicologia quanto à realização, pelos psicólogos que atuam nos estabelecimentos prisionais, de exame criminológico e/ou psicossocial, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica, para subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado? (marcar apenas uma opção)*

- a) Sim ()
- b) Não ()

2) *Você concorda com a disposição constante na Resolução nº 012/2011 do Conselho Federal de Psicologia que, revogando os efeitos da ampla vedação que fora trazida pela Resolução nº 009/2010 do CFP acima referida, autorizou os psicólogos que atuam nos estabelecimentos prisionais a elaborar perícia psicológica a partir de quesitos apresentados pelo solicitante, mas proibiu os psicólogos de, em ditas perícias, elaborar “prognóstico criminológico de reincidência” ou promover “a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexos causal a partir do binômio delito-delinquente”? (marcar apenas uma opção)*

- a) Sim ()
- b) Não ()

3) *Se você discorda da vedação da Resolução nº 009/2010 do CFP ou da limitação trazida pela Resolução 012/2011 do CFP, por que razão o faz? (pode-se marcar mais de uma opção)*

a) *porque acredito na possibilidade da execução da pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto gerar um efeito psicológico positivo que, uma vez constatado em exame criminológico, psicossocial e/ou avaliação psicológica, indicaria uma maior*

probabilidade de reinserção social do apenado e uma menor probabilidade de reiteração quanto à prática de crimes, contribuindo para subsidiar a decisão judicial de progressão de regime prisional ();

b) porque acredito que a personalidade desenvolvida pelo apenado antes da experiência no cárcere poderia ser retratada no exame criminológico, psicossocial e/ou avaliação psicológica, indicando uma maior ou menor probabilidade de reinserção social e reiteração delitiva ().

c) por outros motivos (). Especificar quais: _____

d) prejudicado caso concorde com a vedação trazida pela Resolução nº 009/2010 do CFP ou com a limitação estabelecida pela Resolução nº 012/2011 do CFP ().

4) Se você concorda com a vedação ou com a limitação trazidas pelas Resoluções 009/2010 e 012/2011, por que razão o faz? (pode-se marcar mais de uma opção)

a) porque não acredito que a execução da pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto possa gerar um efeito psicológico positivo que pudesse, eventualmente, ser constatado no exame criminológico, psicossocial e/ou avaliação psicológica e, assim, indicar uma maior probabilidade de reinserção social do apenado e uma menor probabilidade de reiteração quanto à prática de crimes ();

b) porque não acredito que a personalidade desenvolvida pelo apenado antes da experiência no cárcere possa ser retratada no exame criminológico, psicossocial e/ou avaliação psicológica, assim, indicar uma maior ou menor probabilidade de reinserção social e reiteração quanto à prática de crimes ().

c) porque, independentemente de acreditar na possibilidade da personalidade desenvolvida pelo apenado antes da experiência no cárcere poder ser retratada no exame criminológico, psicossocial e/ou avaliação psicológica, entendo não haver possibilidade de que tal personalidade se constitua em um indicativo seguro quanto a uma maior ou menor probabilidade de reinserção social e reiteração quanto à prática de crimes ().

d) por outros motivos (). Especificar quais: _____

e) prejudicado caso discorde da vedação acima referida ().

5) *Você tem conhecimento de que os juízes que atuam na área da execução e fiscalização da pena privativa de liberdade, majoritariamente, entendem que o exame criminológico, inclusive quando realizado exclusivamente por psicólogo, deve ser exigido como condição para progressão de regime da pena privativa de liberdade? (marcar apenas uma opção)*

a) *Sim ()*;

b) *Não ()*.

6) *Você possui curiosidade profissional ou científica de pesquisar as razões pelas quais os juízes que atuam na área da execução e fiscalização da pena privativa de liberdade, majoritariamente, entendem que o exame criminológico, inclusive quando realizado apenas por psicólogo, deve ser exigido como condição para progressão de regime da pena privativa de liberdade? (marcar apenas uma opção)*

a) *Sim ()*;

b) *Não ()*.

7) *Se você concorda com a vedação constante na Resolução nº 009/2010 do CFP ou com a limitação estabelecida pela Resolução nº 012/2011 do CFP, cogita revisar seu entendimento em virtude do fato dos juízes que atuam na área da execução e fiscalização da pena privativa de liberdade, majoritariamente, entenderem que o exame criminológico, inclusive quando elaborado exclusivamente por psicólogo, deve ser exigido como condição para progressão de regime da pena privativa de liberdade? (marcar apenas uma opção)*

a) *Sim ()*;

b) *Não ()*;

c) *Prejudicado porque discordo da vedação ou da limitação ()*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Criminologia e(m) Crítica**. (Coleção Sul). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

AMARAL, Augusto Jobim; CARVALHO, Juliano. **(Re)Encontrando o cemitério dos vivos ou quebrando a barreira do silêncio: a experiência no Presídio Estadual de Camaquã**. In: ÁVILLA, Gustavo Noronha; POZZEBON, Fabrício Dreyer (orgs.). *Crime e Interdisciplinaridade – estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 79-98.

ARANTES, Esther Maria Magalhães. **Direitos Humanos e a Prática da Avaliação**. In: SILVA, Marcus Vinícius de Oliveira. *Os Direitos Humanos na Prática Profissional dos Psicólogos*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2003, p. 20-23.

ARAÚJO, Cláudio Th. Leotta; MENEZES, Marco Antônio. **Em Defesa do Exame Criminológico**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 11, nº 129, ago. 2003.

ARGIMON, Irani Iracema de Lima; SÁ, Samantha Dugubras; WERLANG, Blanca Suzana Guevara. **Avaliação psicológica com propósitos clínicos**. In: BARROSO, Sabrina Martins; NASCIMENTO, Elizabeth; SCORSOLINI-COMIN, Fábio (org). *Avaliação psicológica: da teoria às aplicações*. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 187-216.

AVENA, Norberto. **Execução Penal Esquemático**. 2.ed. São Paulo: Método, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Sociologia e Justiça Penal: teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Sociologia da administração da justiça penal**. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; LIMA, Renato Sérgio; RATTON, José Luiz (orgs.) *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

BARROS, Carmen Sílvia; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Exame criminológico: hora de por fim ao equívoco**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 18, nº 215, out. 2010.

BARROS, Vanessa Andrade. **Para que servem as prisões?** In: MATTOS, Virgílio; OLIVEIRA, Rodrigo Tôres (org). *Estudos de Execução Criminal: Direito e Psicologia*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009, p. 95-114.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas Sobre a Teoria da Ação**. Tradução Mariza Corrêa. São Paulo: Papirus Editora, 1996.

_____. **O Poder Simbólico**. Tradução Diogo Ramada Curto. Lisboa: Edições 70, 2011.

BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. **De la classe dominante al campo de poder**. In: SANCHEZ, Ignacio Gonzáles (Editor). *Teoria social, marginalidade urbana y estado penal: aproximaciones al trabajo de Loïc Wacquant*. Madrid: Editorial Dykinson, 2013. p. 423-453.

BRASIL, Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/07/2017.

_____, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/07/2017.

_____, Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. **Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/07/2017.

_____, Conselho Federal de Psicologia. Resolução nº 007, de 14 de junho de 2003. **Institui o Manual de Elaboração de Documentos Escritos produzidos pelo psicólogo, decorrentes de avaliação psicológica, e revoga a Resolução CFP 17/2012**. Disponível em: <www.cfp.org.br>. Acesso em: 01/07/2017.

_____, Conselho Federal de Psicologia. Resolução nº 009, de 29 de junho de 2010. **Regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional**. Disponível em: <www.cfp.org.br>. Acesso em: 01/07/2017.

_____, Conselho Federal de Psicologia. Resolução nº 019, 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**. Disponível em: <www.cfp.org.br>. Acesso em: 01/07/2017.

_____, Conselho Federal de Psicologia. Resolução nº 019, 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**. Disponível em: <www.cfp.org.br>. Acesso em: 01/07/2017.

_____, Conselho Federal de Psicologia. Nota sobre a Resolução 009/2010, publicada em 05/09/2010. **CFP suspende os efeitos da Resolução nº 009/2010 por seis meses; Resolução nº 010 é mantida**. Disponível em: <www.cfp.org.br/suspende-efeitos-da-resolucao-cfp-n-0092010>. Acesso em: 01/07/2017.

_____, Senado Federal, Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. **Reforma do Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 01/07/2017.

_____, Senado Federal, Projeto de Lei do Senado nº 513/2013. **Altera a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 01/07/2017.

CAMPOS, Florianita Coelho Braga; ZUZA, Elizabete Gonçalves. **Direitos Humanos e a Atuação na Área da Saúde**. In: SILVA, Marcus Vinícius de Oliveira. *Os Direitos Humanos na Prática Profissional dos Psicólogos*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2003, p. 18/19.

CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: Fundamentos e Aplicação Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O Papel da Perícia Sociológica na Execução Penal**. In: BRANDÃO, Eduardo Ponte; GONÇALVES, Hebe Signorini. *Psicologia Jurídica no Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2014, p. 175-195.

COIMBRA, Cecília Maria B. **Direitos Humanos e a Atuação na Área Jurídica**. In: SILVA, Marcus Vinícius de Oliveira. *Os Direitos Humanos na Prática Profissional dos Psicólogos*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2003, p. 07-09.

COSTA, Álvaro Mayrink. **Exame Criminológico**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

_____. **Execução Penal**. São Paulo: GZ Editora, 2014.

CUOZZO, Maristela Gomes. **Promoção de saúde no trabalho em ambiente prisional: um viés da licenciatura em psicologia**. In: NERY, Tânia Regina Armani (org). *Da ética à poética do ser servidor penitenciário*. Porto Alegre: CORAG, 2012, p. 309-346.

CURTO, Diogo Ramada; DOMINGOS, Nuno; JERÔNIMO, Miguel Bandeira. **O poder simbólico e o projeto sociológico de Pierre Bourdieu**. In: BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Lisboa: Edições 70, 2011.

ELBERT, Carlos Alberto. **Criminologia Latino-Americana: teoria e propostas sobre o conflito social do terceiro milênio**. Tradução de Ney Fayet Júnior. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Novo manual básico de criminologia**. Tradução de Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42.ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

_____. **A Sociedade Punitiva: Curso no Collège de France (1972-1973)**. Tradução de Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Funções da Pena e Individualização: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** (Coleção Pensamento Criminológico). Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GAUER, Gabriel José Chittó; NETO, Alfredo Cataldo; PICKERING, Viviane Leal. **Realidade do indivíduo na prisão: considerações sobre violência.** In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 89-105.

GIRARDI JR., Liráucio. **Pierre Bourdieu: questões de sociologia e comunicação.** São Paulo: Annablume, 2007.

GUZZO, Raquel Souza Lobo; PASQUALI, Luiz. **Laudo psicológico: a expressão da competência profissional.** In: PASQUALI, Luiz (org). *Técnicas de Exame Psicológico – TEP – Vol. I: fundamentos das técnicas de exame psicológico*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001, p. 155-193.

KARAM, Maria Lúcia. **A privação da liberdade: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena.** (Coleção Escritos Sobre a Liberdade). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LÂMEGO, Márcia Campos de Arruda; MAGALHÃES, Vilene Eulálio; SOUZA, Rodrigo Ribeiro. **Avaliação psicológica no contexto prisional: compartilhando saberes e fazeres.** In: BARROSO, Sabrina Martins; NASCIMENTO, Elizabeth; SCORSOLINI-COMIN, Fábio (org). *Avaliação psicológica: da teoria às aplicações*. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 271-304.

LIMA, Ana Paula. **Loucura na Prisão.** In: NERY, Tânia Regina Armani (org). *Da ética à poética do ser servidor penitenciário*. Porto Alegre: CORAG, 2012, p. 347-358.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais. **Como o experimento de Rosenhan explica os laudos criminológicos.** Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-mar-24/limite-penal-experimento-rosenhan>. Acesso em: 12/05/2017.

LYRA, Roberto. **Novo Direito Penal: Processo e Execuções Penais – Volume 3.** Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1971.

MARCÃO, Renato. **O exame criminológico e a equivocada Resolução nº 009/2010 do Conselho Federal de Psicologia.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, nº 37, ago/set. 2010.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa. **Execução Criminal: teoria e prática.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.** 9.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORRISON, Wayne. **Criminología, civilización y nuevo orden mundial.** Tradução de Alejandro Piombo. Barcelona: Anthropos Editorial, 2012.

PASQUALI, Luiz. **Testes psicológicos: conceitos, história, tipos e usos.** In: PASQUALI, Luiz (org). *Técnicas de Exame Psicológico – TEP – Vol. I: fundamentos das técnicas de exame psicológico*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001, p. 13-51.

PELLINI, Maria Cristina Barros Maciel. **Elaboração de documentos escritos com base em avaliação psicológica: cuidados técnicos e éticos**. In: BARROSO, Sabrina Martins; NASCIMENTO, Elizabeth; SCORSOLINI-COMIN, Fábio (org). *Avaliação psicológica: da teoria às aplicações*. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 44-57.

PRADO, Luiz Regis et al. **Direito de Execução Penal** – 2ª edição atualizada, ampliada e reformulada da obra Execução Penal. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. **Violência simbólica: o controle social na forma da lei**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SALUM, Maria José Gontijo. **Entre culpa e reparação**. In: MATTOS, Virgílio; OLIVEIRA, Rodrigo Tôres (org). *Estudos de Execução Criminal: Direito e Psicologia*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009, p. 115-125.

SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Crônica acerca da extinção do exame criminológico**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 11, nº 134, jan. 2004.

SILVA, Haroldo Caetano. **O exame criminológico e a oportuna Resolução nº 009/2010 do Conselho Federal de Psicologia**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, nº 37, ago/set. 2010.

SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos Graziano. **A progressão de regime no sistema prisional do Brasil: a interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado**. (Coleção Pensamento Crítico). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Tradução de André Telles. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Classe, raça e hiperencarceramento na América revanchista**. In: BATISTA, Vera Malaguiti (Diretora). *Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Reva, 2012. p. 2031-250.

_____. **La tormenta global de la ley y orden: sobre neoliberalismo y castigo**. In: SANCHEZ, Ignacio Gonzáles (Editor). *Teoría social, marginalidad urbana y estado penal: aproximaciones al trabajo de Loïc Wacquant*. Madrid: Editorial Dykinson, 2013. p. 203-227.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume** – Teoria Geral do Direito Penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br