

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS - MESTRADO

LISANDRO LUÍS WOTTRICH

**O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL MODERNO:
A EFICÁCIA DO LAUDO CRIMINOLÓGICO**

Porto Alegre
2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

LISANDRO LUÍS WOTTRICH

**O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL MODERNO:
A EFICÁCIA DO LAUDO CRIMINOLÓGICO**

Porto Alegre
2007

LISANDRO LUÍS WOTTRICH

O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL MODERNO:
A EFICÁCIA DO LAUDO CRIMINOLÓGICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

PROF. DR. FABRÍCIO DREYER DE ÁVILA POZZEBON

ORIENTADOR

Porto Alegre
2007

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

W936p Wottrich, Lisandro Luís

O Processo de construção do direito penal moderno : a eficácia do laudo criminológico / Lisandro Luís Wottrich. – Porto Alegre, 2007. 205 f.

Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

1. Direito Penal – Brasil. 2. Modernidade. 3. Complexidade (Direito). 4. Criminologia. I. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Ávila. II. Título.

CDD 341.5

Bibliotecária Responsável: Salete Maria Sartori, CRB 10/1363

RESUMO

A presente pesquisa detém por objeto analisar o papel dos laudos criminológicos no contexto da execução penal brasileira a partir da construção e crise do Direito Penal moderno. Para além da exigibilidade dos laudos na atual ordem jurídica, busca-se questionar se são factíveis os fins oficialmente declarados, de revelar o mérito do apenado e, assim, a viabilidade de sua ressocialização, de forma a servir como material essencial de apoio ao julgador ao tratar de incidentes da execução como a progressão de regime e o livramento condicional. A violência, como área de concentração, está presente tanto quando se trata da atuação estatal na repressão dos delitos, como quando se cuida da criminalidade em si. A linha de pesquisa “Política Criminal, Estado e Limitação do Poder Punitivo” é o fio condutor da análise dos laudos criminológicos como instrumento de avaliação do delinqüente, porquanto, no texto, são tratados como forma de o Estado punitivo atuar sobre a pessoa do condenado, limitando a possibilidade de reingresso à sociedade livre.

Palavras-chave: modernidade; direito penal; sanção penal; complexidade; laudo criminológico.

ABSTRACT

The present research analyzes the role of criminal reports within the Brazilian Penal Justice System, based on the construction and crisis of modern Penal Law. Beyond the demand of the reports at the current judicial order, this study seeks to question if the officially stated purposes may reveal the convict's merit, and thus their feasible resocialization, in order to serve as supporting and essential material for the trier to treat sentence incidents like regime progression, and parole. Violence, as the main field, is present within both law enforcement by the State, and its taking care of crime itself. The research focus on "Criminal Policy, State, and Limitation of Punitive Power" it is the basis of criminal report analysis, as an instrument of the offender's evaluation, since, in the text, they are treated like punitive State control over the convict proper, limiting the possibility of their reintegration into free society.

Keywords: modernity; penal law; penal sanction; complexity; criminal report.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 – RECORTE DA PENA NA MODERNIDADE.....	18
1.1 Modernidade e racionalidade.....	18
1.2 A pena como aflição do corpo e da alma.....	34
1.3 Teorias modernas da pena: fins e fundamentos da punição.....	52
1.3.1 Legitimação e natureza da pena.....	53
1.3.2 Teorias da pena.....	55
1.3.3 Teorias retributivas.....	56
1.3.4 Teorias preventivas.....	62
1.3.5 Teoria da prevenção geral negativa.....	65
1.3.6 Teoria da prevenção geral positiva.....	68
1.3.7 Teoria da prevenção especial.....	73
1.4 Responsabilidade penal pelo fato e culpabilidade.....	82
CAPÍTULO 2 – A CRISE DO DIREITO PENAL MODERNO.....	90
2.1 Degradação da ordem: a crise do paradigma racional.....	90
2.2 A epistemologia da complexidade.....	97

2.3 A falência do Direito Penal.....	105
2.4 A necessidade de enfrentamento interdisciplinar.....	122

**CAPÍTULO 3 – A (IN)EFICÁCIA DO LAUDO CRIMINOLÓGICO FRENTE À
COMPLEXIDADE.....132**

3.1 As bases do paradigma etiológico no Brasil.....	132
3.2 Aspectos legais dos laudos criminológicos.....	152
3.3 As comissões técnicas de classificação.....	166
3.4 O objetivo dos laudos: a individualização da execução penal.....	169
3.5 Possibilidades e limites dos laudos criminológicos.....	174

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....184

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....190

INTRODUÇÃO

O debate acerca dos laudos criminológicos de permeio à execução penal no Direito brasileiro permanece atual, incessante e instigante. A figura do técnico a construir juízos de valor sobre a personalidade do apenado e, nesse condão, auxiliar o julgador quando da resolução de incidentes da execução, mormente direito à progressão de regime e/ou livramento condicional, continua tão presente quanto ao tempo de sua assunção em nosso meio em meados do século XX, na esteira dos postulados da Escola Positiva italiana e da extensão de seus tentáculos aos países latinos.

Se as discussões acerca da exigibilidade ou não dos laudos transpareceram, em uma primeira ótica, minimizadas ou, até, diluídas com a edição da Lei n. 10.792, de 01 de dezembro de 2003, que alterou a Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210/84, o interregno a seguir acabou por demonstrar uma clara renitência dos pretórios e da doutrina mais voltada aos manuais para com a permanência dos laudos, o que é comprovado na prática diária dos foros. A antipatia para com a idéia da abstração da perícia psiquiátrico-psicológico-social como escora do julgador foi tamanha que, em âmbito administrativo, no Estado do Rio Grande do Sul, editou-se um novo Regimento Disciplinar Penitenciário, veiculado pela Portaria n. 14 da Secretaria de Justiça e Segurança, de 21 de janeiro de 2004, que, buscando regulamentar a citada lei federal – e a extrapolando -, trouxe de volta ao âmbito da execução penal gaúcha a exigibilidade dos laudos técnicos.

O problema que por ora se traz e que se define como objeto da presente pesquisa, todavia, não se atém ao pensamento hodierno sobre a exigência ou não dos laudos criminológicos, senão que o ultrapassa para, em um outro olhar, deter-se sobre a sua eficácia ou ineficácia àquilo que se propõe, em um contexto de complexidade. Assim, tendo por base que a proposição dos laudos é analisar o mérito do detento para fins de resolução dos incidentes da execução penal - progressão de regime e/ou livramento condicional -, parte-se do suposto de que esse mérito corresponde à visualização ou não da ressocialização do apenado. O resultado (in)exitoso quanto ao fim reeducativo está intimamente ligado ao trabalho de prognose de reincidência atribuído ao laudo, no sentido de (des)confiança acerca da cessação de sua periculosidade.

Busca-se, pois, esquadrihar acerca da possibilidade de os laudos criminológicos avaliarem adequadamente a pessoa do condenado e, nesse estuário, alcançarem um resultado que confira certeza e segurança sobre sua eventual readaptação social, dentro de um contexto que inadmite mero reducionismo, senão que visualiza um contingente de complexidade que insere a tudo e a todos.

A pesquisa começa, no primeiro capítulo, pela verificação da modernidade, realizando uma delimitação espaço-temporal, assim como buscando explorar o que, substancialmente, ela significou e significa para a história humana. Nessa seara, aborda-se a tomada de consciência dos povos ocidentais acerca da razão, bem como o distanciamento do ser humano das suas profissões de fé, relegando a revelação para um plano secundário ao homem, sobrelevado como indivíduo e, em um paradigma racional, senhor de seu destino. A razão, assim, é a base do conhecimento moderno sobre o qual se estruturou o

saber jurídico e seus institutos indispensáveis, caso do indivíduo, do contrato social, do jusnaturalismo, da pena e do próprio Direito Penal.

A seguir, visualiza-se como se dá o advento, no campo das idéias, da pena de prisão, em substituição ao suplício do corpo do condenado. Para tanto, historia-se a passagem de uma compreensão de punição que tinha por objeto vingar a ofensa ao próprio soberano para uma reprimenda fundada na idéia de quebra do contrato social firmado ficticiamente por todos os associados. Procura-se avistar que espécie de deslocamento é esse que vai movimentar a forma de conceber a pena, centrando-se no papel dos reformadores e de sua idéia humanizadora e, ainda, no papel de uma microfísica de manutenção de poder.

Descortinada a pena que matiza a modernidade, passa-se ao excuro sobre as teorizações que tentam explicar a própria existência da pena, legitimando-a. Por uma janela da história de onde se vislumbram escolas do Direito Penal que se sobressaíram na modernidade, européias na sua totalidade, como a Clássica e a Positiva, procura-se demonstrar os fins e os fundamentos da punição, e como se forja o ideário que a vê como algo utilitário, que deve alcançar uma finalidade pré-determinada. Depara-se, aqui, com as teorias preventivas, tanto geral quanto especial, as quais se alicerçam em uma matriz de intimidação e de transformação.

Explora-se, ainda no primeiro capítulo, a responsabilidade penal pelo fato e a culpabilidade, segundo o modelo moderno inicial de pena que se atém ao fato delituoso em si, bem como o seu contraponto imediato, qual seja, o Direito Penal que se interessa, antes,

pela figura do próprio agente delinqüente, logo, do autor. A divergência adentra no espaço da culpabilidade, também a se levar a essa dicotomia fato-autor, possibilitando ao legislador (abstratamente) e ao julgador (no caso concreto) que, em extrapolando a mera previsão/análise fático-delituosa, possa invadir a esfera da consciência do indivíduo. A hipótese confere munição para a inserção, no âmbito legislativo e judiciário, do componente da periculosidade do agente criminoso, o que vai acabar se disseminando no Direito Penal contemporâneo.

Realizado um recorte da pena na modernidade, o segundo capítulo centra-se na crise que assola esse Direito Penal. Para tanto, procura-se fazer a ligação entre tal crise e a própria degradação do modelo de racionalidade que funda a modernidade. Faz-se a crítica dos ícones do pensamento racional, quais sejam, o reducionismo cartesiano e o princípio da simplificação, acolhendo um olhar de mundo que o tem como inserido em um contexto de complexidade, na esteira do ideário de EDGAR MORIN.

Ao se deter na ruptura de um Direito Penal que foi concebido como ideal, justamente porque deveras racionalizado, pesquisa-se sobre as conseqüências em se apegar em uma bandeira que coloca como norte inarredável o papel narcisista do Direito Penal como solução para todos os problemas da Humanidade. O exacerbo na busca pela concretização desse ideal enseja políticas mundiais de tolerância zero e movimentos de lei e ordem que suscitarão a crítica da afronta a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Sedimentando a crítica ao personagem justiceiro que o Direito Penal tenta caoticamente assumir na modernidade, e que, ao fim e ao cabo, leva por desacreditá-lo, suscita-se o olhar interdisciplinar, a conformar um entrecruzamento de saberes, enfrentando os problemas criminais que assolam nossa sociedade a partir de um movimento de comunicação das disciplinas. Cogita-se, pois, nesse tom, da abertura do Direito Penal para abeberar-se do conhecimento de outras áreas, assim como, em uma via de mão dupla, fornecer o seu saber, formando uma teia de cognição compartilhada entre os campos do saber.

Visualizada a pena de prisão como a pena que matiza a punição na era moderna, descortinado que a teorização que se revela produto por excelência do período é a da pena como forma de prevenção, verifica-se que o ideário preventivo especial acaba por sobrelevar-se como finalidade inarredável da pena. O terceiro capítulo, nesse estuário, vai justamente discorrer de que instrumento se vale a execução penal para individualizar a pena e, a partir disso, cumprir a idéia de recuperação terapêutica do delinquente que a prevenção especial sugere. Assim, parte à análise da eficácia do laudo criminológico em uma perspectiva de complexidade, iniciando-se com a abordagem de como o paradigma etiológico aporta no Brasil, especialmente a partir da absorção das idéias veiculadas na Europa pela Escola Positiva, em que a criminalidade é reduzida a uma certa tipologia de ser humano.

A seguir, afirmam-se os aspectos legais dos laudos criminológicos, tanto em uma ótica sobre a legislação original da Lei de Execuções Penais de 1984, assim como as

discussões sobre a sua exigibilidade após a edição da Lei n. 10.790/03, passando pelo entendimento jurisprudencial e doutrinário na atualidade.

O estudo se encaminha ao seu final com o apontamento do objetivo buscado pelos laudos, condizente com a individualização da pena, onde se refere o fim terapêutico da pena, velado ou não, em que a matriz ressocializadora interage com a idéia de transformação do *ser* do outro, o encarcerado. Individualizar, no tom da presente pesquisa, revela uma atuação que diz com conhecer e, a partir daí, modificar. O papel dos laudos criminológicos será, pois, fundamental, já que tornado instrumento para a aquisição de saberes sobre o apenado, indicando métodos e medidas a serem atualizadas na recuperação do delinqüente, com vias a reintegrá-lo na sociedade.

Por fim, busca-se vislumbrar as possibilidades e limites dos laudos criminológicos, detendo-se na sua proposta de constatação pericial de reeducação do preso, bem como o sobrelevo dos mesmos a um patamar de certeza e segurança, valendo como a “verdade” sobre presente e futuro do examinado, leitura comum que fazem os julgadores ao buscarem o alicerce pericial para suas decisões sobre os incidentes da execução.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se finalizar a presente pesquisa, infere-se que os laudos criminológicos se inserem em um contingente em que a pena é concebida primordialmente para o alcance de um fim, ainda que se aceite que, ao se punir, haja uma certa carga de retribuição pela lesão causada. Esse fim, no âmbito em que inseridos os laudos, é o de prevenção especial positiva.

A concordância com tal premissa sugere a conformidade com o fato de que nosso ordenamento jurídico, e especificamente no que diz com a seara da execução penal – portanto, em uma fase pós-declaração de culpa -, abraça, de certa forma, a matriz etiológica que encontra origem nas teorias correccionalistas desenvolvidas no século XVIII, mormente aquelas propostas pela Escola Positiva italiana e, na esteira de tal ideário, as proposições da Nova Defesa Social de Marc Ancel. Logo, aceitar que esses modelos de pensar o Direito Penal restam introduzidos na ordem jurídica nacional implica descortinar a pena ideologicamente pensada como signo de defesa social e de transformação do indivíduo delinqüente.

Assim, quando o texto apresenta que, não obstante a falência do discurso de ressocialização do criminoso - via sistema meritocrático prisional -, tal retórica prossegue sendo exaltada por importantes setores da sociedade, seja na mídia escrita ou falada, seja de permeio a decisões judiciais ou a medidas administrativas, e, até, como motivo legislativo, perpassa-se o mister de se reconhecer que o ideário terapêutico segue presente, no que não basta apenas refutá-lo como se fosse assunto ultrapassado. Em outras palavras, ainda que ao pesquisador transpareça repetitivo guerrear a idéia de que a prisão possa recuperar o condenado, pela sua endógena impossibilidade, há de se seguir o fazendo, pois ainda há mais do mesmo no discurso não apenas oficial, mas de importantes veículos informativos.

Se a fala sobre a pretensão ressocializadora do cárcere se mostra ainda indissociável do pensamento hodierno sobre o sistema penitenciário em nosso país, o debate sobre os laudos criminológicos e o que eles possibilitam conhecer acerca daquela pessoa que comete um delito permanece atual.

Por um momento, logo após a reforma da Lei de Execução Penal pela Lei 10.790, em dezembro de 2003, acreditou-se superada a discussão, estando pronto e acabado que os laudos criminológicos, especialmente para fins de definição judicial sobre os incidentes da execução da pena, estariam abolidos, sepultados, que descansassem em paz. Todavia, enquanto a doutrina de manual lutava contra essa hipótese, os pretórios assistiam um desenfreado envidar de esforços do Ministério Público pela manutenção dos laudos, sob pena de inviabilizar a certeza e a segurança no julgar, ademais de que, em se calando o perito, sujeitar a massa boa da sociedade ao contato, repentino, com com a massa podre e

perigosa dos libertos do cárcere, agora liberada a partir de um mero atestado de boa conduta.

O que se verifica, hodiernamente, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça considerar a exigência dos laudos criminológicos um ato discricionário do julgador, que, caso a caso, vislumbrará da necessidade ou não de ouvir os técnicos. Em realidade, referendou-se, mais uma vez, o paradigma etiológico e uma estética da maldade, já que proporcionou a criação de uma uniformidade no meio pretoriano quanto à exigência dos laudos nos casos de delitos em que haja o componente violência, vale dizer, mais do mesmo, pois era isso que ocorria antes da reforma da LEP.

A pesquisa, pois, reconhece o entendimento que grassa na jurisprudência e na literatura pertinente, critica a posição, mas essa referência é apenas uma ponte para o aporte aonde verdadeiramente se quer chegar, que é *examinar o exame*, ou seja, fixar o olhar sobre a proposta dos laudos criminológicos diante da epistemologia da complexidade.

Nesse quadrante, tendo por certo que a execução penal está matizada por uma sistemática que avalia o apenado de acordo com um mérito predeterminado, condizente ao grau de ressocialização que ele apresenta e, a partir desse padrão, dita a presença ou não de condições subjetivas para progredir de regime ou ser colocado em liberdade condicionada, infere-se que, no fim das contas, o método avaliativo do detento obedece ao velho reducionismo que inaugura a modernidade.

Os laudos, assim, acabam por ser capitaneados por uma técnica de simplificação, a dividir os indivíduos objetos do laboratório em seres sociais ou (ainda) anti-sociais. A dicotomia firmada pela perícia resta por reproduzir ou ressignificar o modelo etiológico, centrado justamente na divisão da perversidade *versus* bondade, embora elevado ao extremo do radicalismo.

Essa posição atrelada ao paradigma da racionalidade não encontra mais espaço, pois olvida a complexidade que, na presente pesquisa, é alçada à condição de arcabouço teórico de onde se parte para a análise de universo, em uma nova cosmovisão da cosmovisão (se a superação da fé pela razão implica na consciência da consciência, o reconhecimento das falibilidades humanas, do indeterminismo, da incerteza e da insegurança dos postulados, implica uma nova consciência da consciência da consciência).

Nesse sentido, a necessidade de se dar continuidade à individualização da pena é inafastável, já que confere consideração para com a pessoa do detento. Mas o individualizar que se propõe está longe de ser direcionado a uma compartimentação, senão que ressalve o indivíduo como figura complexa, logo, sujeita a uma natural carga de vicissitudes, alterações, mudanças, possibilidades, em um ambiente de inúmeras variáveis. Isso permite que se valorize a pessoa como indivíduo e, ao mesmo tempo, impede que se tente forjá-la de acordo com um modelo que se quer ideal, embora sabido que nada o é.

Ademais, aceitar a complexidade indica refutar respostas padronizadas sobre a possibilidade de reincidência do encarcerado quando colocado em liberdade. Essa ótica repele a atividade técnica de simplificar e padronizar e, mais, rejeita que a partir desse

tecnicismo se tente conferir certeza e segurança sobre o dia de amanhã. Aceitar o complexo significa aceitar o diverso, o improvável, o fator de variabilidade que está sempre presente e que impede regras determinadas, seja quanto ao universo, seja quanto ao comportamento humano.

Há de se gizar, outrossim, que se vislumbra o avanço de saberes que a doutrina da Escola Positiva possibilitou, porquanto revelou uma interação de disciplinas na tentativa humana de compreender o fenômeno criminalidade. De efeito, principalmente a Antropologia avança sobre o Direito Penal à procura de conferir respostas aos questionamentos irrespondidos por este. Verifica-se, porém, que o problema está exatamente em não se haver completado – quiçá sequer começado efetivamente – um real intercâmbio de informações, já que a Antropologia, a Sociologia, a Medicina etc. impõem seu saber sobre o Direito Penal, apresentando respostas tidas como imantadas pela certeza, no que resvalam no equívoco determinista-racional. Há uma comunicação, porém, sem uma via de mão dupla, senão que apenas em uma direção, e isso não corresponde ao que aqui se expôs, que diz com um olhar interdisciplinar, no sentido de rede, teia, com fluxo de idas e vindas incessantes, livre de saberes arrogantes ou narcisos.

Logo, o olhar interdisciplinar que envolve o trabalho dos técnicos na execução é digno de louvor, justamente porque há ali um entrecruzar de cognições, reunindo saberes de diferentes disciplinas, embora se saiba que, na prática, a verificação médico-psiquiátrica inexistente, restando os olhares do psicólogo e do assistente social. Ocorre que a interdisciplinaridade que na presente pesquisa se demonstra como necessidade inadiável no

campo da aquisição de conhecimento há de estar imbricada ao pensamento complexo, o que permitirá a abertura constante para novos saberes e, em especial, a obstaculização de um novel resvalo para a arrogância dos diagnósticos infalíveis e prognósticos reducionistas.

A consideração do elemento de complexidade permite a humildade de se reconhecer que “*faltam ao olho condições de ver o mundo e faltam ao quadro condições de representar o mundo*”,¹ aceitando-se que uma idéia de totalização da pintura, ou de que a obra resta perfeita e acabada, não faz sentido, e que mesmo o mundo ainda está por se completar, nada indicando que algum dia alguém o consiga “pintar” por completo. Pode-se saber o que se quer, porém, há de se ter a consciência de que o humano, por ser demasiado humano, está aquém das metas, pela impossibilidade de apreensão do todo.²

O deslocamento desse olhar ao ofício do perito de permeio à execução penal é urgente: sua técnica está aquém da meta a que se propõe, porque o resultado que almeja é inapreensível. A pintura continuará incompleta, faltando a ele a condição de ver o todo, e faltando condição de o objeto cognoscível, o detento, representar, da mesma forma, o todo. Nessa linha de pensar, conclui-se que os laudos criminológicos, na acepção oficial, são prescindíveis, persistindo apenas como instrumento legitimador da retórica ressocializadora.

¹ MERLEAU-PONTY, Maurice. **O Olho e o Espírito**. Tradução Paulo Neves; Maria Gomes Pereira. São Paulo : Cosac & Naify, 2004.

² LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**, p. 263.