

ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO DIREITO: EXPOSIÇÃO DA TEORIA E UM ESTUDO DE CASO

BEHAVIORAL ANALYSIS OF LAW: THEORY EXPOSITION AND A CASE STUDY

Recebido em 1º.3.2023 • Aprovado em 18.4.2023

.....

Mário Medeiros
Julio Cesar de Aguiar

RESUMO

A análise comportamental do direito une o behaviorismo skinneriano à teoria dos sistemas sociais de Luhmann, proporcionando uma visão bastante original dos fenômenos jurídicos, com grande alcance prático. No presente artigo, ela é mobilizada para estudar as razões do fracasso da tentativa, feita pela Lei n. 10.792/2003, de pôr um fim ao exame criminológico realizado para instrução de pedidos de progressão de regime carcerário e obtenção de outros benefícios, como previsto na redação original do art. 112 da Lei de Execuções Penais. Ao fim, é possível apreciar a utilidade das ferramentas da análise comportamental para o entendimento do fenômeno jurídico em sua dinâmica, ou seja, como processo social.

Palavras-chave: Análise comportamental. Criminologia. Exame criminológico. Lei n. 10.792/2003.

ABSTRACT

The behavioral analysis of law unites Skinnerian behaviorism with Luhmann's theory of social systems, providing a very original view of legal phenomena, with great practical reach. In this article, the behavioral analysis of law is mobilized to study the reasons for the failure of the attempt, made by Law 10.792/2003, to put an end to the criminological examination carried out for the instruction of requests for progression of the prison regime and to obtain other benefits, as foreseen in the original version of article 112 from Law 7.210/1984. Finally, it is possible to appreciate the usefulness of behavioral analysis tools for understanding the legal phenomenon in its dynamics, that is, as a social process.

Keywords: Behavioral analysis. Criminology. Criminological examination. Law 10.792/2003.

INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica, isto é, o estudo orgânico e sistemático das normas jurídicas, vem concentrando de modo preponderante as atenções dos operadores do Direito há mais de um século. Concessões são feitas à hermenêutica e à lógica nos estritos limites do necessário para resolução de problemas ligados ao universo das normas. Disciplinas como Criminologia, Sociologia e Antropologia Jurídicas são negligenciadas, criando um estado de coisas que gera dificuldades para o desenvolvimento científico do direito, privado de instrumentos para que os juristas entendam e enfrentem de forma técnica as consequências sociais da instituição, modificação e aplicação das normas jurídicas.

A teoria analítico-comportamental do direito se propõe a transpor esse abismo lógico entre ser e dever-ser, utilizando uma abordagem científica unificada do direito. Para tanto, enfeixa elementos do behaviorismo de B. F. Skinner (1904-1990) com categorias da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (1927-1998). Alia, portanto, um dos mais completos modelos de explicação do comportamento humano a uma das mais influentes teorias sociológicas contemporâneas, para iluminar e ajudar a compreender de modo naturalístico os fenômenos jurídicos.

No presente artigo, a teoria analítico-comportamental do direito é apresentada com a explanação dos seus principais elementos. Em seguida, a partir da crônica de um fracasso legislativo – a tentativa de supressão, pela Lei n. 10.792/2003, do exame criminológico para instrução de requerimentos de progressão de regime carcerário –, é visto como a teoria analítico-comportamental do direito ajuda a entender o que se passou. O objetivo do artigo, portanto, vai além da simples apresentação da teoria, contemplando a demonstração de uma aplicação prática, capaz de evidenciar a sua relevância e utilidade. A partir dessa demonstração prática, como resultado complementar, obtém-se uma visão inédita de uma controvérsia que ainda hoje divide juristas, criminólogos e psicólogos.

Escusado dizer que a análise da tentativa de supressão do exame criminológico é feita apenas com o intuito de ilustrar a aplicação prática de categorias da análise comportamental do direito, sem tomada de posição frente aos méritos, deméritos, utilidade ou prestabilidade daquele instrumento como meio de prova. Tampouco se trata da adoção de qualquer visão acerca do sistema de justiça criminal, muito embora sejam conhecidas as ressalvas de Skinner ao controle coercitivo do comportamento humano (2003, p. 198-210 e 363-380).

1 EM QUE CONSISTE A ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO DIREITO

A análise comportamental do direito (ACD) propõe a investigação das questões jurídicas a partir de dois paradigmas: a) o direito é um sistema social funcionalmente especializado, tal qual preconiza a teoria sociológica de Niklas Luhmann; b) o comportamento dos participantes desse sistema – como o de todos os indivíduos – é regido pela chamada seleção ou aprendizagem operante, nos moldes do proposto pelo behaviorismo radical de B. F. Skinner (AGUIAR, 2017, p. 17-19).

Antes de ingressar na explicação desses paradigmas, alguns dos conceitos do behaviorismo radical skinneriano serão brevemente apresentados.

1.1 AS QUATRO VARIÁVEIS EXPLICATIVAS DO COMPORTAMENTO INDIVIDUAL HUMANO

A teoria da evolução de Darwin inaugurou uma nova espécie de explicação causal, a que Skinner chamou de seleção pelas consequências. Ele defendia que esse modelo explicativo também se aplicaria ao comportamento humano, que seria o resultado da conjugação de três processos de seleção comportamental pelas consequências: o filogenético (seleção de comportamentos que favoreçam a sobrevivência e a reprodução da espécie); o ontogenético (seleção de comportamentos que favoreçam a adaptação dos indivíduos às circunstâncias mutáveis do ambiente durante o seu tempo de vida); e o sociocultural (seleção de comportamentos que favoreçam a sobrevivência e reprodução do grupo social) (AGUIAR, 2014, p. 248-251). Skinner buscou lançar as bases para uma análise científica do comportamento humano, superando as limitações do que se vinha tentando em psicologia até então (1973, p. 7-25).

Aqui nos interessa particularmente a seleção comportamental ontogenética. Skinner expunha que o aumento ou diminuição da frequência de um padrão comportamental no repertório de um indivíduo é um processo similar ao da seleção natural, porquanto há uma competição entre os diversos padrões comportamentais por recursos escassos do indivíduo, especialmente o seu esforço e o seu tempo (AGUIAR, 2017, p. 26-28).

O mecanismo básico da seleção comportamental ontogenética é o condicionamento operante, que pode ser descrito por intermédio de quatro variáveis: a) padrão comportamental operante; b) consequência reforçadora ou punitiva; c) contexto; d) estado motivacional (AGUIAR, 2017, p. 31-33; MOREIRA; MEDEIROS, 2019, p. 121).

1.1.1 PADRÃO COMPORTAMENTAL OPERANTE

O padrão comportamental operante é constituído por ações publicamente observáveis (comer, fumar, passear) ou privadas (imaginar, rememorar). Chama-se operante para destacar o fato de que o indivíduo, ao se comportar, causa alterações no ambiente que, por sua vez, tem a propriedade de também atuar sobre ele, modificando-o. Tal modificação é responsável pelo aumento ou diminuição da probabilidade de que o mesmo comportamento volte a ocorrer no futuro, em função de suas consequências reforçadoras positivas ou negativas (AGUIAR, 2017, p. 33-34). Diz-se, assim, que as consequências do comportamento podem retroagir sobre o organismo (SKINNER, 2003, p. 65).

A principal dimensão quantitativa do padrão comportamental operante é a frequência, com base na qual se pode prever a probabilidade de ocorrência futura do mesmo comportamento, dados o estado motivacional e o contexto, e desde que as consequências resultantes, reforçadoras ou punitivas, se mantenham estáveis (AGUIAR, 2017, p. 35).

1.1.2 CONSEQUÊNCIA REFORÇADORA OU PUNITIVA

Consequência reforçadora ou punitiva é a variável relacionada à alteração ambiental decorrente de um padrão comportamental, que tem a propriedade de alterar a frequência com que esse comportamento tende a ocorrer no futuro (MOREIRA; MEDEIROS, 2019, p. 47).

A consequência é denominada reforçador quando tende a aumentar a frequência de ocorrência do comportamento (v.g., prazer) e é chamada de punidor quando tende a diminuí-la (v.g., dor).

As consequências podem ser primárias ou condicionadas. Consequência primária é aquela cuja capacidade de reforçar ou punir um comportamento é inata, isto é, não depende de aprendizagem (v.g., estimulação sexual). Consequência condicionada é aquela que adquire suas propriedades reforçadoras ou punitivas a partir de um processo de aprendizagem denominado pareamento, que ocorre com a vinculação a outras consequências reforçadoras ou punitivas (v.g., o som da broca de um dentista é comumente pareado com a estimulação aversiva da dor provocada pela broca) (AGUIAR, 2017, p. 38).

Um reforçador ou punidor pode se tornar generalizado quando é pareado com várias espécies de reforçador ou punidor primário ou condicionado. O exemplo clássico é o pagamento em dinheiro (pareado com comida, diversão etc.) (BAUM, 2008, p. 82).

Skinner assinalava que os efeitos reforçadores ou punitivos extraem a sua natureza da sua significação biológica. A maior sensibilidade a eles constituiria, por essa razão, uma significativa vantagem evolutiva (2003, p. 92).

1.1.3 CONTEXTO

O contexto representa o controle exercido pelo ambiente sobre a probabilidade momentânea de ocorrência de um determinado padrão comportamental por meio da sinalização da disponibilidade do respectivo reforçador ou punidor (SKINNER, 2003, p. 147-148). Exemplificativamente, as expressões faciais podem sinalizar a predisposição do indivíduo a reforçar ou não determinados comportamentos. Outro exemplo é constituído pelos dias da semana: o fato de ser domingo pode tornar mais prováveis comportamentos como ir à praia ou à igreja (AGUIAR, 2017, p. 39-40).

Dois fenômenos se relacionam ao contexto: a generalização e a discriminação. Pela generalização, as propriedades sinalizadoras de um contexto são estendidas a outros semelhantes. Pela discriminação, as propriedades sinalizadoras entre contextos diversos, similares em certos aspectos e distintos em outros, são apartadas (AGUIAR, 2017, p. 41).

1.1.4 ESTADO MOTIVACIONAL

Estado motivacional é a variável que indica a probabilidade momentânea de ocorrência de um padrão comportamental operante em razão da alteração de um reforçador

positivo ou negativo naquele dado momento. Dentre os estados motivacionais, merecem destaque as privações e as estimulações aversivas (SKINNER, 2003, p. 155). A privação tende a aumentar a probabilidade momentânea de ocorrência de padrões comportamentais positivamente reforçados no passado com a obtenção de determinado reforçador. Já a estimulação aversiva é o estado motivacional que tende a aumentar a probabilidade momentânea de ocorrência de padrões comportamentais negativamente reforçados no passado com a cessação da estimulação aversiva em questão (AGUIAR, 2013, p. 168-169). Importante notar que, em razão do estado motivacional, um mesmo estímulo pode, em circunstâncias distintas, ter efeitos diversos. Assim, beber água em estado de privação é comportamento reforçado por suas consequências, o mesmo não se podendo afirmar quando ele ocorre em estado de saciação (SKINNER, 2003, p. 155-156).

Estabelecidos esses conceitos, é possível prosseguir para vermos como eles se articulam na teoria da análise comportamental do direito com o modelo de sistemas sociais funcionalmente especializados, proposto por Luhmann.

1.2 O SISTEMA JURÍDICO COMO SISTEMA SOCIAL FUNCIONALMENTE ESPECIALIZADO

De todo o rico e complexo edifício teórico erigido por Luhmann, a teoria da análise comportamental do direito seleciona a ideia de sistemas sociais funcionalmente especializados, constituídos por normas sociais em rede que governam o comportamento dos indivíduos em determinada sociedade (LUHMANN, 2014). A interface com o behaviorismo é clara: o governo do comportamento se faz com base no reforço ou punição de determinadas condutas, pressupostas como favoráveis ou desfavoráveis ao cumprimento da função social que caracteriza o sistema em questão.

Assim, os sistemas sociais funcionalmente especializados surgem quando padrões relativamente estáveis de influência comportamental recíproca entre as várias organizações e os seus respectivos ambientes sociais externos se especializam no cumprimento de determinadas funções sociais, isto é, na solução de problemas recorrentes relacionados à sobrevivência e reprodução dos grupos sociais humanos (sistema econômico, político, jurídico, científico, educacional etc.) (AGUIAR; OLIVEIRA-CASTRO, 2020, p. 26-28).

São cinco os elementos do modelo de sistemas sociais funcionalmente especializados formulado pela análise comportamental do direito: macroproblemas, organizações e seus produtos, consequências condicionadas socialmente generalizadas, problemas e regras sociais (AGUIAR, 2017, p. 73).

1.2.1 MACROPROBLEMAS

Os macroproblemas são aqueles relacionados à sobrevivência e à reprodução do grupo social como um todo, para cuja solução os sistemas sociais se especializam.

Para o sistema político, tem-se como macroproblema a tomada e implementação de decisões coletivas vinculantes; para o jurídico, o controle coercitivo de comportamentos politicamente definidos como socialmente indesejáveis (AGUIAR, 2017, p. 73-76). Esses são apenas exemplos de sistemas e macroproblemas, havendo diversos outros, como o sistema econômico e a escassez, o sistema educacional e a socialização dos indivíduos (LUHMANN, 2014).

1.2.2 ORGANIZAÇÕES E SEUS PRODUTOS

Para o cumprimento da função social do sistema, as organizações geram produtos. As organizações políticas produzem decisões coletivas vinculantes (leis, políticas públicas etc.), e as organizações jurídicas produzem *enforcement* para determinadas normas sociais (AGUIAR, 2017, p. 76-80).

1.2.3 AS CONSEQUÊNCIAS CONDICIONADAS SOCIALMENTE GENERALIZADAS

O conceito de consequências condicionadas socialmente generalizadas (CCSGs) remete à noção de pareamento desenvolvida por Skinner.

Como já visto, no modelo do comportamento operante, uma das variáveis que mais se destacam é a das consequências reforçadoras ou punitivas. Trata-se das alterações ambientais decorrentes de um comportamento humano que têm o efeito de reforçá-lo, ou seja, de tornar mais provável a sua repetição (reforçador), ou de puni-lo, tendendo a diminuir a sua frequência (punidor). Como também exposto, um reforçador ou punidor condicionado se torna generalizado quando é pareado com várias espécies de reforçador ou punidor primário ou condicionado. Por exemplo, o dinheiro é pareado com comida, diversão etc., razão por que se torna um reforçador generalizado.

Pois bem, as CCSGs são aquelas consequências reforçadoras ou punitivas cujo pareamento com diversos reforçadores ou punidores primários ou condicionados é socialmente mediado, isto é, efetuado por intermédio de comportamentos humanos (AGUIAR, 2017, p. 80-81). No sistema político, desponta a votação, processo por meio do qual o eleitor reforça o comportamento verbal do candidato; o comportamento de votar, por sua vez, é reforçado pela conduta do eleito de deliberar de acordo com o seu programa político. Daí as sanções jurídicas para combater comportamentos disfuncionais para o sistema.

No sistema jurídico, a aplicação de sanções é a CCSG por excelência. Para funcionar como sanção, uma consequência tem que preencher dois requisitos: primeiro, tem de ser percebida como aversiva pelos destinatários da regra jurídica (inclusive aqueles encarregados de aplicá-la); segundo, tem que ser consistentemente tornada contingente a condutas consideradas como socialmente indesejáveis pelos membros da sociedade. As sanções podem perder sua aversividade em certos subgrupos. Podem, também, ser vistas como insuficientes pelos indivíduos – inclusive autoridades jurídicas –, o que é capaz, exemplificativamente, de levar à extinção de comportamentos punitivos

relacionados a determinado delito no repertório comportamental dos indivíduos. De outro lado, quando a aplicação de sanções é percebida como demasiado aversiva pelos punidores potenciais, tornam-se mais prováveis os comportamentos tendentes a diminuir a probabilidade de que tal aplicação ocorra, uma situação que leva à diminuição progressiva da força do direito (AGUIAR; OLIVEIRA-CASTRO, 2020, p. 32-34).

1.2.4 PROBLEMAS

Para que uma CCSG funcione como reforçador ou punidor de determinado comportamento, em determinado momento, é necessário que o indivíduo esteja no estado motivacional adequado, isto é, diante um problema. No caso do sistema político, surgirão problemas referentes ao aumento ou diminuição da probabilidade de ganhar votos. No sistema jurídico, por exemplo, a testemunha de um crime defronta-se com o problema da reação adequada: acionar a polícia, intervir fisicamente, omitir-se etc. (AGUIAR; OLIVEIRA-CASTRO, 2020, p. 34-36).

1.2.5 REGRAS SOCIAIS

Regras sociais são padrões de comportamento cuja probabilidade de ocorrência depende da sua capacidade de alterar a frequência de ocorrência de determinado padrão comportamental no repertório de um dado indivíduo ou grupo de indivíduos (AGUIAR, 2017, p. 89-90).

Para poderem ser consideradas como pertencentes ao sistema, as regras devem induzir a comportamentos socialmente adequados. Por exemplo, uma regra que mande o vendedor ocultar vícios do produto resolve o problema do vendedor de maximizar ganhos, mas não é socialmente adequada e, portanto, não pertence ao sistema econômico, que considera a assimetria de informações fonte de ineficiência.

Como é natural, as regras jurídicas são objeto de especial atenção pela ACD, que formula um modelo analítico próprio. Na realidade, a principal tarefa da teoria analítico-comportamental do direito é formular um paradigma ou modelo de análise das regras jurídicas que auxilie na modelagem do comportamento de enunciação das regras jurídicas enquanto regras científicas. Ele será exposto sinteticamente a seguir.

1.3 AS REGRAS JURÍDICAS

O pressuposto fundamental das regras jurídicas é a relação causal entre o controle coercitivo de determinada conduta comissiva ou omissiva e a obtenção de um estado de coisas definido politicamente como socialmente benéfico (AGUIAR, 2017, p. 132-134). A decisão acerca da importância social geral do estado de coisas a ser protegido depende de uma decisão coletiva vinculante a cargo do sistema político (lei).

A regra jurídica pode ser analiticamente decomposta nos seguintes elementos: premissas factuais relevantes, meta social e contingência jurídica.

1.3.1 PREMISSAS FACTUAIS RELEVANTES

As premissas factuais relevantes são extraídas do conhecimento científico e estabelecem uma relação causal da contingência entre comportamento e sanção, de um lado, e a obtenção do estado de coisas socialmente desejável, de outro lado (AGUIAR, 2017, p. 143-147).

1.3.2 META SOCIAL

Por meta social, entende-se o estado de coisas politicamente definido como desejável (AGUIAR, 2017, p. 140).

1.3.3 CONTINGÊNCIA JURÍDICA

Trata-se da contingência coercitiva entre fato jurídico e sanção (AGUIAR, 2017, p. 147). É um aspecto capital da análise comportamental, consentânea com a relevância atribuída por Luhmann ao *enforcement* para o sistema especializado jurídico (LUHMANN, 2014, p. 206-207).

1.4 REPRESENTAÇÃO GRÁFICA DA REGRA JURÍDICA

Os elementos da regra jurídica acima conceituados (premissas factuais relevantes, meta social e contingência jurídica) podem ser representados na seguinte fórmula (AGUIAR, 2014, p. 265):

{**DADO QUE** [as seguintes premissas factuais relevantes são válidas segundo o estado atual da arte das várias ciências], **SE** [tal consequência mediata ou imediata da imposição da contingência jurídica abaixo é uma meta social], **ENTÃO** [a seguinte contingência jurídica deve ser instituída pelo sistema jurídico (SE tal conduta, **ENTÃO**, tal sanção)]}

Exemplificativamente, a regra jurídica que tipifica o comportamento delitivo do furto (art. 155 do Código Penal) pode ser expressa da seguinte maneira:

{**DADO QUE** [as seguintes premissas comportamentais relevantes são válidas segundo o estado atual da ciência comportamental humana: a) o comportamento "subtrair coisa alheia móvel" na ausência de sanção penal privativa de liberdade e multa, tende a ser frequente em tal magnitude a ponto de prejudicar o bem-estar social; b) a sanção penal "reclusão, de um a quatro anos, e multa" é em geral eficaz para reduzir a ocorrência do comportamento "subtrair coisa alheia móvel" a níveis socialmente toleráveis], **SE** [a proteção da propriedade privada de bens definíveis como coisas móveis é uma meta social, ou seja, um estado de coisas que presumidamente favorece o bem-estar do grupo social como um todo], **ENTÃO** [a seguinte contingência jurídico-penal deve ser imposta pelo sistema jurídico (Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: reclusão, de um a quatro anos, e multa)]}

Trata-se de um modelo extremamente útil, na medida em que permite bem visualizar as falhas de concepção da regra jurídica que interferirão na sua efetividade.¹

Apresentada sucintamente a teoria da análise comportamental do direito, possível verificar o seu potencial explicativo em um caso concreto, representado pela tentativa legislativa de suprimir a etapa de realização do exame criminológico antes da decisão judicial acerca da progressão de regime ou concessão de benefícios aos sentenciados ao cumprimento de penas privativas de liberdade.

1.5 CRÍTICAS À TEORIA DA ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO DIREITO

Como é natural, a análise comportamental do direito sujeita-se às mesmas críticas que a sua base behaviorista enfrenta. No livro *Sobre o Behaviorismo*, publicado em 1974, Skinner passa em revista diversas dessas críticas, propondo-se a respondê-las. Muitas das críticas que ele responde, como, por exemplo, as relativas à acusação de ignorar a consciência, os propósitos cognitivos, a complexidade da mente ou a circularidade da teoria, decorriam ou da adoção de um referencial teórico diverso (v.g., psicanálise freudiana) ou mesmo da má compreensão do que a análise comportamental realmente advoga.

Entretanto, uma crítica, fundada na discordância quanto a um ponto central do behaviorismo, merece ser destacada por seu potencial de desconforto aos juristas. Trata-se da negação, pela análise do comportamento, da noção tradicional de livre-arbítrio, entendido como a capacidade que as pessoas teriam para se comportar como bem entendem. O assunto ocupou longamente o próprio Skinner no livro *O mito da liberdade*, datado de 1971, e continua a merecer a atenção de analistas do comportamento. Baum, por exemplo, defende a adoção da noção de livre-arbítrio proposta pelo filósofo Daniel Dennett (1942), que o concebe como a deliberação antes da ação. Seria uma solução conciliadora, pois a deliberação é ela própria um comportamento que pode ser determinado pela hereditariedade e pelo ambiente passado. Isso obviaria as dificuldades na conciliação, por exemplo, da ideia de eleições democráticas com o determinismo behaviorista, ou na atribuição de responsabilidades pelo sistema judiciário. Em relação ao primeiro ponto, é dito que as pessoas não precisam ter livre-arbítrio – como tradicionalmente concebido – para que as eleições tenham sentido; basta que o seu comportamento esteja aberto à influência e à persuasão, determinantes ambientais de curto prazo. Quanto ao sistema de justiça, a legitimação da atribuição de consequências pela transgressão de normas não precisaria ser tratada como uma questão puramente moral (BAUM, 2008, p. 25-30).² É certo, todavia, que o determinismo behaviorista representa um enorme

1 Aqui entendida como a capacidade real de produção de efeitos. Ou, nas palavras de Barroso, “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 1993, p. 9).

2 Kelsen incluiu em sua obra *Teoria Pura do Direito* toda uma seção dedicada ao tema, denominada “O problema da liberdade”. Nela, ele defende a distinção entre a liberdade do homem, como “fato natural”, e a liberdade “como personalidade moral ou jurídica”. A primeira não existiria, pois o homem – como

desafio teórico para os juristas, bastando observar como várias das categorias da teoria geral do crime estão fundadas justamente em uma concepção libertária de livre-arbítrio; ou pelo menos são justificadas com apelo a ela.

A teoria de sistemas sociais de Luhmann – o outro vértice da análise comportamental do direito – é, por sua vez, criticada principalmente por um possível distanciamento moral e político no diagnóstico da sociedade contemporânea. Ela teria um matiz conservador, com tendência tecnocrática. Sem embargo, trabalhos como o de Bachur, que se propõe a aproximá-la da teoria marxista para analisar as múltiplas dimensões da desigualdade social e a dinâmica dos conflitos e das contradições da sociedade atual, sugerem que a crítica pode ser superada, havendo espaço para visões diversas. Em verdade, toda abordagem de base naturalista sujeita-se a uma leitura que, em lugar de perceber descrição e explicação, enxerga a defesa de um determinado *status quo*. Quanto a isso, cabe ao leitor se precaver.

2 A TENTATIVA DE SUPRESSÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO

O art. 112 da Lei de Execuções Penais (LEP) tinha, originariamente, a seguinte redação:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 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.

Com a edição da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, ele passou a ter a seguinte redação:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

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

[...]

parte da natureza – tem a sua conduta determinada por fatos e leis da própria natureza. A segunda autorizaria a imputação de fatos às pessoas, com a recompensa ao mérito ou a punição ao delito (KELSEN, 1999, p. 64-70). Em uma perspectiva própria do realismo jurídico, a concepção desenvolvida por Alf Ross, de responsabilidade como o preenchimento das condições subjetivas e objetivas – necessárias e suficientes – para a condenação, dispensa a noção tradicional de livre-arbítrio como pressuposto da responsabilização moral ou jurídica (ROSS, 1975, p. 16-23).

No que interessa aos propósitos deste estudo, percebe-se que a lei suprimiu o parecer da Comissão Técnica de Classificação e deixou de prever a realização de exame criminológico antes da decisão judicial acerca da progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade. Assim, segundo a nova redação do dispositivo, passou a ser necessário apenas o cumprimento do requisito temporal (ao menos um sexto da pena no regime anterior) e a apresentação de atestado de bom comportamento carcerário, expedido pelo diretor do estabelecimento prisional.

O exame criminológico realizado com base na antiga redação do art. 112 da LEP articulava-se com um outro, feito quando do ingresso do apenado no regime fechado ("exame criminológico de entrada"). O exame criminológico "de entrada" não foi suprimido pelo legislador. A forma como ele se associava com o exame para instrução de pedido de progressão de regime ou outros benefícios, e o objetivo de cada um, conforme pretendido pela LEP, são assim explicados por Kolker (2005, p. 198-199):

[...] ao ingressar na prisão os apenados deverão ser submetidos a uma longa avaliação, quando serão colhidos seus antecedentes pessoais e familiares, seu grau de escolarização e profissionalização, suas habilidades e interesses, seus antecedentes penais e a história de seu delito, e a cada mudança de regime ou pedido de livramento condicional deverão ser apuradas as mudanças operadas em seu comportamento e se as condições do apenado fazem supor que ainda estão presentes as razões que o levaram a delinquir.

Dessa forma, o exame criminológico, que tem natureza pericial (SÃ, 1997, p. 164; BITENCOURT, 1988, p. 267), decompõe-se em diagnóstico criminológico e prognóstico criminológico, incumbidos respectivamente da investigação das possíveis relações entre o ato criminoso, a personalidade, a história pessoal, as condições físicas e mentais do apenado, e da análise da maior ou menor probabilidade de reincidência (BESSA, 2000, p. 211; SÃ, 2007, p. 219).

A sua supressão não foi acidental. O exame criminológico vinha sendo fortemente atacado, havia já alguns anos, por juristas e psicólogos. Os ataques se voltavam fundamentalmente para o prognóstico criminológico.

Os críticos reclamavam especificamente: a) da falta de cientificidade do exame (HOENISCH, 2007, p. 191; SCHMIDT, 2004, p. 2; BARROS, 2004, p. 184; FRASSETO; NETTO, 2010, p. 7; CARVALHO, 2005, p. 149; MARQUES, 2003, p. 383; BANDEIRA; CAMURI; NASCIMENTO, 2011); b) da qualidade dos laudos, que seriam superficiais e padronizados (BARROS, 2004, p. 188; SÃ, 2007, p. 228); c) da inconstitucionalidade da sindicância da personalidade do sentenciado, com ofensa à autonomia de consciência e pretensão de sua modificação (LOPES JR., 2003, p. 11; PRADO, 2005, p. 6; CARVALHO, 2005, p. 144; MARQUES, 2003, p. 378); d) da impossibilidade de refutação dos laudos, com a violação ao contraditório e ampla defesa (LOPES JR., 2003, p. 11; PRADO, 2005, p. 7; GUINDANI, 2003, p. 137); e) da ofensa ao direito ao silêncio e à presunção de inocência

(LOPES JR., 2003, p. 12; PRADO, 2005, p. 7; MARQUES, 2003, p. 379); f) da transferência de responsabilidades do juiz para os peritos, passando os primeiros à condição de meros homologadores de laudos, com o conforto de suas consciências (SCHMIDT, 2004, p. 3; GUINDANI, 2003, p. 142; CARVALHO, 2005, p. 144); g) da violação a deveres éticos dos peritos psicólogos e incompreensão do que seria o seu verdadeiro papel no sistema carcerário (GUINDANI, 2003, p. 138; CARVALHO, 2005, p. 152; MARQUES, 2003, p. 376).

Todas essas críticas são largamente fundamentadas no garantismo de Ferrajoli (PRADO, 2005, p. 6; GUINDANI, 2003, p. 145; CARVALHO, 2005, p. 148; MARQUES, 2003), nas análises feitas pelo filósofo francês Michel Foucault (1926-1984) (ARANTES, 2005; CARVALHO, 2005, p. 147; KOLKER, 2005; HOENISCH, 2007; BANDEIRA; CAMURI; NASCIMENTO, 2011), e na assim chamada criminologia crítica (GUINDANI, 2003, p. 139; KOLKER, 2005; HOENISCH, 2007).

Além desses fundamentos de natureza teórica geral, certamente também foi decisiva para a supressão do exame criminológico a percepção de que a demora em sua confecção agravava o problema da superlotação carcerária. Isso consta, inclusive, no parecer à emenda n. 17, apresentado pelo deputado Ibrahim Abi-Ackel, relator do Projeto de Lei n. 5.073/2001, que buscava precisamente reintroduzir o exame criminológico no art. 112 da LEP.

Após a edição da nova regra, passou-se imediatamente a se defender a nulidade das decisões que determinassem a realização de exames criminológicos ou, quando menos, das que negassem benefícios com amparo em suas conclusões (SCHMIDT, 2004, p. 3; MARCÃO, 2010, p. 66).

Entretanto, promotores e juízes que trabalhavam nas varas de execução penal persistiram requerendo e determinando a realização de exame criminológico, sob o argumento de que a supressão da previsão legal não correspondia à sua proibição e de que ele seria necessário para a avaliação do mérito dos sentenciados para obtenção da progressão de regime e demais benefícios. E, com efeito, o legislador não excluiu a menção feita ao exame criminológico pelos arts. 8º, 96 e 114, II, da LEP, e nem a referência feita pelo Código Penal, em seu art. 33, § 2º, ao mérito do sentenciado como condição para a progressão de regime. Além disso, no que diz respeito à liberdade condicional, o legislador não alterou o art. 83, parágrafo único, do Código Penal, que prevê a necessidade de demonstração, por parte do condenado pela prática de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, de que reúne condições pessoais a indicar que não voltará a delinquir.

Por força de *habeas corpus* ou recursos interpostos pela defesa, a questão acabou chegando aos tribunais superiores, que acolheram a argumentação dos juízes e promotores. Em 4 de abril de 2006, o STF decidiu, no HC 88.005/SP,³ que o juiz da execução poderia ordenar, mediante decisão fundamentada, a realização de exame criminológico, reconhecendo a sua importância "na aferição da personalidade e do grau de periculosidade do

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 88.005-SP. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento em: 10 de outubro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 nov. 2006.

sentenciado". Na ementa do acórdão, consta expressamente que a Lei n. 10.792/2003, a despeito de omitir qualquer referência ao exame criminológico, não lhe vedou a realização.

A jurisprudência acabou se sedimentando nesse sentido, com a edição, em dezembro de 2009, da Súmula Vinculante 26, pelo STF, e, em abril de 2010, da Súmula 439 pelo STJ.

Com isso, retornou-se ao regime anterior. A exigência de que a decisão seja fundamentada pouco significa, pois: a) a redação original do art. 112 da LEP, ao empregar a conjunção condicional "quando necessário", já reclamava fundamentação; b) toda decisão judicial deve ser fundamentada (CF, art. 93, IX); c) o STJ vem entendendo que essa decisão não necessita ser extensamente fundamentada, "cuidando-se, em verdade, de mero despacho ordenatório de diligência técnica para instruir a futura decisão de concessão do benefício pleiteado, que, esta sim, não prescinde de válida fundamentação" (HC 135.211-SP, 2010).⁴

A controvérsia, entretanto, não cessou aí. Em julho de 2010, pouco após a edição da Súmula 439 pelo STJ, o Conselho Federal de Psicologia, a pretexto de regulamentar a atuação dos psicólogos no sistema prisional, vedou-lhes a realização de exame criminológico e a participação em ações ou decisões que envolvessem práticas de caráter punitivo ou disciplinar, ou a elaboração de documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado (Resolução CFP n. 9/2010, art. 4º, alínea a). Interessante observar que os *consideranda* da resolução e alguns de seus artigos reproduzem com exatidão argumentos com extrato na criminologia crítica e no pensamento de Foucault, que nutrem as críticas ao exame criminológico.

A reação não tardaria a vir. Após colher manifestações contrárias à Resolução CFP n. 9/2010, oriundas da Sociedade Brasileira de Psicologia e da Associação Brasileira de Psicoterapia e Medicina Comportamental, que questionavam a falta de debates prévios e a interferência indevida na prática do psicólogo jurídico (ou forense), o Ministério Público Federal exarou a Recomendação PRDC/RS n. 1/2010, para que os efeitos da Resolução CFP n. 9/2010 fossem imediatamente suspensos em todo o território nacional.

O Conselho Federal de Psicologia acatou a recomendação. Posteriormente, em 25 de maio de 2011, editou a Resolução CFP n. 12/2011, que, em relação aos exames criminológicos, passou a prever que: a) não podem ser realizados pelo profissional que atua no acompanhamento da pessoa em cumprimento da pena, na atenção psicossocial, atenção à saúde integral ou projetos de reintegração social; b) a atuação do psicólogo deve ser restrita à realização de perícia psicológica, a partir dos quesitos elaborados pelo demandante; c) é vedada a realização de prognóstico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexos causal a partir do binômio delito-delinquente (art. 4º).

Embora tenha havido um certo recuo, persiste a tensão, pois, muito dificilmente, o exame criminológico, com os limites impostos aos psicólogos, atenderá ao que dele se espera. Com efeito, avolumam decisões que determinam a sua realização em função de

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 135.211-SP. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento em: 8 de abril de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 16 abr. 2021.

considerações acerca da personalidade do sentenciado, o que indica que se espera alguma prognose de reincidência. Tais decisões falam em "periculosidade" (STJ, HC 226.386-SP, 2012);⁵ "agressividade e indisciplina" (STJ, HC 162.126-ES, 2011);⁶ "dificuldade do sentenciado em reintegrar-se ao convívio social" (STF, HC 110.423-SP, 2012);⁷ "aferição da personalidade e do grau de periculosidade do sentenciado" (STF, HC 88.052-DF, 2006).⁸

3 ANÁLISE COMPORTAMENTAL DA TENTATIVA DE SUPRESSÃO DO EXAME CRIMINOLÓGICO

O modelo analítico-comportamental da regra jurídica a decompõe, como visto, em premissas factuais relevantes, meta social e contingência jurídica. A seguir, analisaremos a alteração legislativa em estudo, apontando aspectos problemáticos em cada uma dessas três dimensões.

3.1 PREMISSAS FACTUAIS RELEVANTES

Para ser um instrumento útil à sobrevivência, reprodução e bem-estar da sociedade, o sistema jurídico precisa ser capaz de controlar coercitivamente os comportamentos tidos como socialmente indesejáveis. Todavia, é necessário que esse controle incida sobre condutas omissivas ou comissivas que, de fato, estejam causalmente relacionadas (em geral negativamente), de acordo com o estado da arte das ciências, à obtenção dos estados de coisas socialmente desejáveis (AGUIAR, 2017, p. 143).

No caso em exame, as premissas factuais relevantes que conduziram o trabalho do legislador podem ser assim formuladas: a exigência de exame criminológico para concessão de progressão de regime e benefícios na execução penal, segundo o estado atual da arte das ciências "Psi", do pensamento criminológico e do sistema de direitos e garantias processuais (com destaque para a garantia da razoável duração do processo), é insustentável, sendo apenas instrumento para injustiças.

Essa avaliação, entretanto, é controvertida. Há quem afirme que a maioria das críticas feitas ao exame criminológico ou carece de solidez teórica e técnica, ou decorre de indevida confusão com o exame de sanidade mental ou com o parecer de cessação de periculosidade de inimputáveis (SÁ, 2007, p. 228). Outras respostas, bastante ponderáveis, são dadas às diversas objeções. Se é certo que muitos exames são feitos de forma

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 226.386-SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 19 de outubro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 27 out. 2021.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 162.126-ES. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em: 1º de dezembro de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 9 dez. 2020.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 110.423-SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 5 de junho de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 1º ago. 2012.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 88.052-DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 4 de dezembro de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 mar. 2008.

massificada, é não menos correto que a má utilização do instrumento não autoriza a sua condenação. Afirmar que o exame criminológico é marcado por subjetivismo significa reduzi-lo apenas a uma de suas partes, a prognose. Por outro lado, pode-se questionar qual seria a objetividade da eleição de um marco temporal em lugar de outro qualquer, ou mesmo da avaliação de conduta carcerária, como optado pelo legislador (SÁ, 2007, p. 227). Mesmo uma crítica aparentemente mais profunda, como a que aponta um problema epistemológico no exame, que partiria de pressupostos positivistas, abraçando uma concepção ontológica de crime e a existência de relação intrínseca entre o condenado e o crime, não resiste à observação de que o que está em análise é o comportamento humano. Sá (2007, p. 228-229) bem explica o ponto:

O que é um pressuposto básico do exame é que existe uma relação entre suas condições pessoais (históricas, familiares, sociais, psicológicas ou até mesmo orgânicas, não necessariamente e nem igualmente todas) e seu comportamento que o Direito Penal tipifica como crime. Aliás, coisa mais do que natural, pois, se existe relação entre as condições pessoais de um indivíduo e seus comportamentos em geral, por que não haveria com relação àqueles comportamentos que o Direito Penal, bem ou mal, tipifica como crime? Além do mais, ao se reconhecer e se estudar essa relação, não se pressupõe que ela seja pré-determinista, assim como nenhuma outra é pré-determinista. Como muito bem diz Pires (1993), a conduta definida como crime pelo Direito Penal é, independentemente dessa definição, um comportamento humano, ainda que um comportamento socialmente problemático. Portanto, buscar entender o contexto complexo (pessoal, familiar, social) no qual está inserido o autor desse comportamento, e que estaria associado ao mesmo, não implica de forma absolutamente alguma nenhuma pressuposição positivista e nenhuma relação pré-determinista.

Não se pode falar, tampouco, em invasão de privacidade, pois além de ninguém ser obrigado a se submeter ao exame, ele não invade, mas busca compreender a intimidade, a partir da pesquisa da personalidade do indivíduo. A esse respeito, o STF vem decidindo que “[o] denominado exame criminológico é procedimento que não constrange quem a ele se submete, pois se trata de avaliação não-invasiva da pessoa, já que se efetiva por meio de entrevistas com técnicos ou especialistas, não produzindo qualquer ofensa física ou moral.” (HC 155.410-SP, 2010).⁹ Curioso observar que o argumento contrário prova demais, pois finda por impossibilitar a análise da cessação de periculosidade de inimputáveis, ou mesmo a avaliação da personalidade do acusado pelo juiz, na fase de cominação da pena (CP, art. 59).

O caráter controverso das críticas ao exame criminológico acolhidas pelo legislador ficou bem indicado, como já visto, por ocasião da edição da Resolução CFP n. 9/2010, que vedou aos psicólogos a participação em exames criminológicos. Naquela oportunidade, o Ministério Público Federal colheu manifestações da Sociedade Brasileira de Psicologia e da Associação Brasileira de Psicoterapia e Medicina Comportamental,

9 BRASIL Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 155.410-SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 23 de junho de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 25 jun. 2020.

contrárias à postura do órgão de classe. Percebe-se, portanto, que não havia consenso técnico-científico a propósito da imprestabilidade dos laudos criminológicos.

Em relação ao pensamento criminológico contemporâneo, deve-se reconhecer que a criminologia crítica detém virtual monopólio das atenções acadêmicas no Brasil. Ela rejeita fortemente as teorias criminológicas com abordagem psicológica (ANDREWS; BONTA, 2010, p. 93), o que explica a repulsa ao exame criminológico. Entretanto, há outras teorias concorrentes, que granjearam significativo apoio e validação empírica. Pode ser citada, exemplificativamente, a teoria da aprendizagem social da conduta criminosa, desenvolvida por Ronald L. Akers, que toma por base a teoria da associação diferencial de Edwin H. Sutherland (1883-1950), nela incorporando princípios do behaviorismo radical de Skinner (AGUIAR; MEDEIROS, 2021). Uma outra teoria criminológica bastante prestigiada atualmente é a teoria do autocontrole, desenvolvida por Gottfredson e Hirschi (BURT, 2014). Essas duas teorias trilham caminhos inteiramente diversos daqueles traçados pela criminologia crítica e não são inconciliáveis com os pressupostos técnicos e metodológicos do exame criminológico.

Por fim, restam as críticas envolvendo a incompatibilidade entre o exame criminológico e o sistema de direitos e garantias processuais. Quanto a esse ponto, a Súmula Vinculante 26 do STF e a Súmula 439 do STJ demonstram que, qualquer que seja a representatividade dessa avaliação entre os juristas, ela não conquistou a adesão dos principais tribunais do País (NUCCI, 2014, p. 250).

Ainda na dimensão da análise das premissas factuais relevantes, é postulada a teoria analítico-comportamental do direito a necessidade de que o legislador avalie a possibilidade de que da sua intervenção decorram consequências sociais indesejáveis. Assim acontece porque qualquer intervenção planejada no sistema social gera resultados sistêmicos que necessariamente causarão outros problemas, os quais, se possível, devem ser antevistos para que se avalie a utilidade social da atuação legiferante (AGUIAR, 2017, p. 145).

No caso em análise, confrontado com o problema da possível colocação em liberdade (ou semiliberdade) de apenados sem condições pessoais para tanto, o legislador acolheu a premissa de que o atestado de bom comportamento carcerário, emitido pelo diretor do estabelecimento prisional, poderia minorá-lo, ocupando com vantagens o espaço deixado pelo exame criminológico.

Sem embargo, o atestado de bom comportamento não foi aceito como instrumento adequado para avaliação do mérito subjetivo do apenado para a progressão de regime e obtenção de outros benefícios. Sucede que, em razão do fenômeno conhecido como "prisionalização", pode haver adesão do condenado às regras disciplinares do estabelecimento prisional, sem que isso signifique necessariamente que ele reúna condições subjetivas para retorno progressivo à vida em sociedade (BESSA, 2000, p. 209). Isso para não falar em outro grave problema identificado por Sá (2007, p. 227):

Todos nós sabemos, e os diretores das unidades prisionais o sabem muito melhor, que os presos "cadeeiros", os líderes, estão muito bem habilitados a "levar sua cadeia", não cometem faltas, são os comandantes, e que, quando há algo "errado"

a ser feito, os mais frágeis é que são obrigados a fazê-lo, sob pena de perderem a proteção ou a vida. [...] Onde está a objetividade de tudo isso?

Por outro lado, em uma curiosa retorção da crítica de que os exames tornariam os juízes “meros homologadores de laudos”, o STF decidiu que, em verdade, esse seria um problema da aceitação dos atestados de bom comportamento carcerário como suficientes para avaliação do mérito dos apenados, conforme destacado (STF, HC 113.717-SP, 2013).¹⁰

A análise das premissas factuais relevantes feita pelo legislador revela-se, portanto, bastante problemática.

3.2 META SOCIAL

A partir do histórico feito na seção anterior, a meta social buscada pelo legislador, ou seja, o estado de coisas por ele entendido como desejável no campo da execução penal, pode ser identificada na busca de celeridade para colocação em liberdade de presos que já tenham cumprido o requisito temporal para progressão de regime ou obtenção de outros benefícios, e tenham tido bom comportamento carcerário.

Colocou-se em relevo a necessidade de lidar com o problema da superlotação carcerária, não havendo quem deixasse de lembrar ironicamente a conveniência da abertura de novas vagas nas penitenciárias, em razão da instituição, pela mesma Lei n. 10.792/2003, do regime disciplinar diferenciado (PRADO, 2005, p. 6).

Ocorre que o meio eleito para atendimento a essa meta foi percebido por grande parte do sistema jurídico, inclusive pelos tribunais superiores, como conflitante com a meta social explicitamente acolhida pela Lei de Execução Penal: “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º). Isso fica bastante claro na leitura da Recomendação PRDC/RS n. 1/2010, que, como visto, promoveu a suspensão dos efeitos da Resolução CFP n. 9/2010, a qual proibia a participação de psicólogos em exames criminológicos.

Do ponto de vista analítico-comportamental, a questão é bastante relevante, por interferir na motivação para punir. Ocorre que, exceto com relação às condutas universalmente aversivas, para se obter motivação para punir determinado comportamento, é preciso vinculá-lo causalmente a algum estado de coisas que já seja considerado aversivo por parcela significativa da sociedade (AGUIAR, 2017, p. 161).

Ora, a tentativa de vinculação da determinação de realização de exame criminológico ao problema da superlotação carcerária e ao problema da mora na colocação de presos em liberdade, aparentemente, foi suplantada pela vinculação do comportamento “requisitar o exame” a uma consequência a ele reforçadora: a alegada maior criteriosidade na progressiva colocação em liberdade de egressos do sistema prisional.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 113.717-SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 10 de junho de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 3 fev. 2015.

Inversamente considerada a questão, a não requisição do exame criminológico foi vinculada a um problema social bastante aversivo: a recidiva na prática de crimes considerados graves (consequência social indesejável da aplicação da sanção).

Somados esses dois processos acima, o resultado foi uma clara preponderância no repertório comportamental de juízes e promotores do comportamento "requisitar o exame", que só poderia ser compensada se houvesse algum tipo de punição a tal comportamento, o que, como veremos na próxima seção, não foi o caso.

3.3 CONTINGÊNCIA JURÍDICA

O legislador não erigiu uma relação coercitiva entre o fato jurídico "determinar a realização de exame criminológico" e alguma sanção. A conduta que se pretendeu evitar não foi explicitamente proibida sob pena de alguma sanção, o que a torna uma regra jurídica incompleta (AGUIAR, 2017, p. 147).

Isso explica a facilidade com que foi acolhido pelo STF o argumento de que o legislador, embora tenha omitido o exame, não o proibiu, com o que a sua realização teria se tornado facultativa.¹¹ Explica também por que não prosperou a tese de que decisões desfavoráveis proferidas com fundamento em exame criminológico seriam nulas (SCHMIDT, 2004, p. 3; MARCÃO, 2010, p. 37).

Interessante observar que havia bons argumentos jurídicos contrários à tese de que a subsistência do exame criminológico em outros dispositivos legais (arts. 8º, 96 e 114, II, da LEP) indicaria que ele poderia ser requisitado pelos juízes.

Com efeito, é bastante ponderável o argumento segundo o qual os mencionados dispositivos legais em realidade tratam do chamado "exame criminológico de entrada", que se presta apenas à classificação inicial e ao estabelecimento do programa individual de cumprimento de pena, e não do exame para progressão de regime ou concessão de benefícios (BARROS, 2004, p. 190). Igualmente plausível é o argumento de que o legislador não afrontou a regra do art. 33, § 2º, do Código Penal, que condicionava a progressão de regime ao mérito do sentenciado: o legislador apenas teria tornado objetiva a análise do mérito, a partir da simples verificação de bons antecedentes carcerários (BARROS, 2004, p. 181). Robusta, também, a argumentação tecida em torno do princípio "lei especial derroga lei geral" para solucionar o conflito entre a omissão do exame criminológico na nova redação do art. 112 da LEP e a sua subsistência em outros artigos (SCHMIDT, 2004, p. 3; BARROS, 2004, p. 182).

Esses argumentos possivelmente teriam prosperado caso o legislador houvesse, *v.g.*, instituído sanção de nulidade para decisões denegatórias fundadas em laudos de

11 *V.g.*, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 100.028-SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento em: 10 de novembro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 fev. 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 86.631-PR. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 28 de setembro de 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 27 out. 2006.

exame criminológico. Ao menos, o legislador haveria tornado obrigatório o acidentado caminho da declaração de inconstitucionalidade (BARROS, 2004, p. 180).

Pode-se pressupor que a instituição de sanção tornaria a conduta sancionada aversiva para a média dos membros da sociedade, principalmente aqueles que cumprem funções de autoridades jurídicas (AGUIAR, 2017, p. 165). Ao revés, sem sanção, a existência de fortes argumentos em favor da eficácia da norma não foi suficiente para suplantar os fatores causais acima apontados como responsáveis pela manutenção, no repertório de membros do Ministério Público e juízes, do comportamento de, respectivamente, requerer e deferir a realização do exame criminológico.

A importância da sanção é tamanha que, possivelmente, a despeito dos problemas envolvendo as premissas factuais relevantes e a meta social, houvesse ela sido prevista, o legislador poderia haver alcançado o seu intento. Isso é natural, na medida em que, em um sistema democrático de governo, a apreciação das premissas factuais relevantes e da meta social é primordialmente tarefa do sistema especializado político (AGUIAR, 2017, p. 159).

CONCLUSÃO

A teoria analítico-comportamental do direito é um instrumento bastante útil para análise dos problemas que envolvem a criação e a aplicação de normas jurídicas. No presente artigo, viu-se como ela possibilita que se vejam de modo bastante claro vários dos problemas que, somados, levaram à frustração do objetivo perseguido pela Lei n. 10.792/2003.

Pôde-se observar como a avaliação feita pelo legislador, de que o estado atual da arte das ciências "Psi", do pensamento criminológico e do sistema de direitos e garantias processuais recomendava a supressão do exame criminológico (premissas factuais relevantes), não era consensual; ao contrário, continua bastante polêmica. Por outro lado, ao condicionar a obtenção de benefícios à apresentação de atestado de bom comportamento carcerário, o legislador buscou antecipar e resolver eventuais consequências sociais indesejáveis decorrentes de sua intervenção, mas não o fez de modo considerado adequado: o atestado é amplamente tido como insuficiente para esse préstimo.

Procurou o legislador atender à meta social de colocação em liberdade, sem demora, dos presos que já tivessem cumprido o requisito temporal para progressão de regime ou obtenção de outros benefícios e ostentassem bom comportamento carcerário. Entretanto, elegeu meio que foi percebido como conflitante com a meta social da harmônica integração social do apenado. Deparou-se, assim, com a vinculação do fim do exame criminológico ao problema social bastante aversivo da reincidência na prática de crimes considerados graves.

A falha mais grave, contudo, foi a ausência de previsão de sanção para a conduta que buscou combater. É lícito especular que, malgrado os demais problemas, havia chance de sucesso caso o legislador não tivesse se descuidado dessa dimensão, abarcada pela teoria analítico-comportamental no conceito de contingência jurídica.

O retumbante fracasso do legislador evidencia a importância de não confinar o estudo do fenômeno jurídico ao campo dogmático. Por outro lado, a teoria analítico-comportamental do direito é bem mais rica do que o estudo do caso escolhido sugere. Ela provê instrumentos bastante úteis para entendimento de fenômenos tão diversos como a propensão para punir (MELO, 2019) e a interpretação de regras jurídicas (AGUIAR, 2017, p. 170 e ss.). Tudo isso de forma convergente com a moderna e crescente tendência de estudo naturalista e cientificamente fundamentado do direito.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Julio Cesar de. Análise comportamental do direito: uma abordagem do direito como ciência do comportamento humano aplicada. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 2, jul./dez. 2014.
- AGUIAR, Julio Cesar de; MEDEIROS, Mário Alves. A teoria da aprendizagem social do comportamento criminoso. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 184, p. 277-300, 2021.
- AGUIAR, Julio Cesar de. O direito como sistema de contingências sociais. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 37, n. 2, p. 181-211, 2013.
- AGUIAR, Julio Cesar de; OLIVEIRA-CASTRO, Jorge M. **Direito, política e economia na Lei de Responsabilidade Fiscal**: uma análise comportamental da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Brasília: Technopolitik, 2020. E-book.
- AGUIAR, Julio Cesar de. **Teoria analítico-comportamental do direito**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2017.
- ANDREWS, D. A.; BONTA, James. **The psychology of criminal conduct**. 5. ed. New Providence: Anderson Publishing, 2010.
- ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Pensando a psicologia aplicada à justiça. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (org.). **Psicologia jurídica no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2005. p. 15-49. (Coleção Ensino da Psicologia).
- BACHUR, João Paulo. **Distanciamento e crítica**: limites e possibilidades da teoria de sistemas de Niklas Luhmann. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- BANDEIRA, Maria Márcia Badaró; CAMURI, Ana Claudia; NASCIMENTO, Aline Ribeiro. Exame criminológico: uma questão ética para a psicologia e para os psicólogos. **Mnemosine**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 27-61, 2011.
- BARROS, Carmen Silvia de Moraes. As modificações introduzidas no arts. 6º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 179-193, maio/jun. 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BAUM, William M. **Compreender o behaviorismo**: comportamento, cultura e evolução. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Artmed, 2008.

BESSA, Noeli Kühn Svoboda. Os instrumentos técnicos previstos pela Lei de Execução Penal brasileira para formalizar a classificação dos condenados e avaliar o requisito subjetivo por ocasião da progressão de regime ou livramento condicional. **Direito e Sociedade**, Curitiba, n. 1, v. 1, p. 207-217, set./dez. 2000.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Regimes penais e exame criminológico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, n. 638, p. 260-269, dez. 1998.

BURT, Callie H. Self-control and crime: a sociological perspective. In: BEAVER, Kevin M.; BARNES, J. C.; BOUTWELL, Brian B. **The nurture versus biosocial debate in criminology**: on the origins of criminal behavior and criminality. Los Angeles: Sage Publishing, 2014. p. 143-171.

CARVALHO, Salo de. O (novo) papel dos "criminólogos" na execução penal: as alterações estabelecidas pela Lei 10.792/03. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 159-176.

CARVALHO, Salo de. O papel da perícia psicológica na execução penal. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (org.). **Psicologia jurídica no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2005. p. 141-156. (Coleção Ensino da Psicologia).

FRASSETO, Flávio Américo; NETTO, Alexandre Orsi. Um engodo chamado exame criminológico. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 17, n. 209, p. 7-8, abr. 2010.

GUINDANI, Miriam Krenzinger A. Os (des)caminhos da avaliação criminológica. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 10, v. 3, p. 137-146, 2003.

HOENISCH, Julio César Diniz. A psicologia entre nuvens e granito: problematizando as perícias criminais. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 189-195.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOLKER, Tania. A atuação dos psicólogos no sistema penal. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (org.). **Psicologia jurídica no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2005. p. 157-204. (Coleção Ensino da Psicologia).

LOPES JUNIOR, Aury. A (im)prestabilidade jurídica dos laudos técnicos na execução penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 123, p. 11-13, fev. 2003.

LUHMANN, Niklas. **A sociological theory of law**. 2. ed. New York: Routledge, 2014.

MARCÃO, Renato Flávio. O exame criminológico e a equivocada Resolução n. 009/2010 do Conselho Federal de Psicologia. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 37, v. 7, p. 35-38, ago./set. 2010.

MARQUES, Jader. Exame de classificação e de observação criminológica na execução penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney (org.). **Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 375-388.

MELO, Rosana Rabelo de. **Propensão a punir**: uma análise comportamental dos efeitos do nível de aversividade de atos delitivos. 2019. 64 f. Dissertação (Mestrado em Ciências do Comportamento) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

MOREIRA, Márcio Borges; MEDEIROS, Carlos Augusto. **Princípios básicos de análise do comportamento**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. Execução penal e garantismo: as alterações introduzidas na lei de execuções penais sobre o exame criminológico. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 146, p. 6-8, jan. 2005.

ROSS, Alf. **On guilt, responsibility and punishment**. Los Angeles: University of California Press, 1975.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. São Paulo: RT, 2007.

SÁ, Alvino Augusto de. O exame criminológico e seus elementos essenciais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 214, p. 4-5, set. 2010.

SÁ, Alvino Augusto de. Os três instrumentos de avaliação dos apenados na legislação penal brasileira. **Justiça e Democracia**, Cotia, n. 3, p. 163-169, 1997.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Crônica acerca da extinção do exame criminológico. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 134, p. 2-3, jan. 2004.

SKINNER, B. F. **Ciência e comportamento humano**. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SKINNER, B. F. **O mito da liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1973.

SKINNER, B. F. **Sobre o behaviorismo**. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2019.

Mário Medeiros

<https://orcid.org/0000-0001-5873-6350>

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (Uesb). MBA em Administração Pública pela Fundação Getulio Vargas (FGV-RJ). Procurador da República no Distrito Federal (PR-DF).

Julio Cesar de Aguiar

<http://lattes.cnpq.br/7152243130773982>

<https://orcid.org/0000-0002-8252-2894>

PhD in Law pela University of Aberdeen (UK). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Professor e pesquisador na Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getulio Vargas (FGV EPPG).