

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JULIA PEDRONI BATISTA BASTOS**

**A REVITALIZAÇÃO DA CRIMINOLOGIA POSITIVISTA  
PELA POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL  
CONTEMPORÂNEA**

**VITÓRIA  
2017**

JULIA PEDRONI BATISTA BASTOS

**A REVITALIZAÇÃO DA CRIMINOLOGIA POSITIVISTA  
PELA POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL  
CONTEMPORÂNEA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Faculdade de Direito de  
Vitória – FDV, como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Adriana de Oliveira  
Gonzaga Bisi.

VITÓRIA  
2017

JULIA PEDRONI BATISTA BASTOS

**A REVITALIZAÇÃO DA CRIMINOLOGIA POSITIVISTA  
PELA POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL  
CONTEMPORÂNEA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_ de dezembro de 2017.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Adriana de Oliveira  
Gonzaga Bisi  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientadora

---

Prof.  
Faculdade de Direito de Vitória

## RESUMO

A Política Criminal Atuarial, que orienta o sistema de justiça penal contemporâneo nos Estados Unidos, tem por função encontrar as causas da criminalidade, a partir da coleta e identificação de dados biológicos, psicológicos e sociais comuns a criminosos, que os classificam em indivíduos naturalmente perigosos. Frente a esse dado ontológico, não se pode acabar com a criminalidade, mas gerenciá-la, de forma eficiente. E a ciência da Estatística auxiliará essa tarefa, mediante cálculo do risco - utilizado por instrumentos atuariais - da eventual periculosidade de que os indivíduos, alvos do poder punitivo do Estado, podem representar para a sociedade. A função da punição passa a ser, então, a incapacitação seletiva desses seres. Daí, a semelhança com a Criminologia da Escola Positivista Italiana, pois, além de adotar a matriz etiológica do crime, visa a prevenção especial negativa como finalidade da pena. Assim, a extirpação de elementos internos não compatíveis com o padrão social passa a ser a meta principal do sistema de justiça penal. Esses alvos do programa político-criminal são definidos com base em seus aspectos genéticos ou comportamentais, fazendo com que o Direito Penal tenha um inimigo declarado.

**Palavras-chaves:** Criminologia; Política Criminal; Ciências Atuariais; Gerencialismo.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	
	05
<b>1 A RACIONALIDADE ATUARIAL ADOTADA PELA POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA</b> .....	
	06
<b>1.1 Contextualização histórica do surgimento das Ciências Atuariais</b> .....	
	10
<b>1.2 A Identidade da Política Criminal Actuarial propriamente dita</b> .....	
	34
<b>2 A INCORPORAÇÃO DE ASPECTOS DO POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO NO ATUARIALISMO PENAL</b> .....	
	35
<b>2.1 A visão da Escola Criminológica Positivista sobre o fenômeno da criminalidade</b> .....	
	44
<b>2.2 A restauração da concepção positivista criminológica pela Política Criminal Contemporânea</b> .....	
	47
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	
	49
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	
	51

## INTRODUÇÃO

Este Trabalho de Conclusão de Curso pretendeu responder à seguinte questão: é possível sustentar que a Política Criminal Atuarial estadunidense contemporânea recepciona aspectos do Positivismo Criminológico da Escola Italiana do século XIX?

A fim de resolver o problema de pesquisa, o presente estudo se pautou na recente forma de os Estados Unidos da América pensarem a Política Criminal, chamada de “A Nova Penologia” que, com o suporte das Ciências e, mais especificamente da Estatística, classifica seres humanos com determinados aspectos sócio-bio-psíquicos, conforme seu risco de perigosidade individual. Assim, em defesa da sociedade, legitima-se a exclusão desse tipo de pessoa - que é um potencial criminoso incorrigível - da sociedade. O que se pretende demonstrar (hipótese da investigação) é o retorno de características do Positivismo Criminológico do século XIX nesse modelo de justiça criminal contemporâneo.

Dessa forma, o primeiro capítulo teve por base a tese de Doutorado de Maurício Dieter, objetivando discorrer inicialmente sobre a origem, o desenvolvimento, e a infiltração do Atuarialismo principalmente nas Ciências Criminais; e, num segundo momento, já estabelecida a lógica atuarial como racionalidade sistêmica da Política Criminal, buscou-se traçar os principais pontos sobre esse programa político-criminal, consolidado às vésperas do século XXI.

Compreendido o teor do Atuarialismo Penal, o segundo capítulo almeja a compreensão da Criminologia Positivista, no âmbito da Escola Italiana do fim do século XIX, com especial destaque à teoria da eliminação de Raffaele Garofalo que, sob uma visão mais clínica, realiza a mesma distinção entre seres humanos normais e criminosos, propondo para os últimos – devido à sua intrínseca periculosidade - a exclusão social, e em última instância, até sua eliminação física. Após, intenta-se demonstrar as particulares semelhanças entre esta vertente criminológica e a atuarial, que surge (essa última) com um século de diferença (da primeira).

Por fim, são tecidas algumas considerações críticas finais.

## **1 A RACIONALIDADE ATUARIAL ADOTADA PELA POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNCIA**

A compreensão da lógica atuarial é necessária na medida em que embasa a contemporânea atividade da Administração Pública e, ao ser aplicada nos sistemas de justiça penal, legitima uma particular Política Criminal, que é o objeto deste estudo.

Assim, esta pesquisa inicia com o estudo dessa racionalidade que sustenta os atuais processos de criminalização, com enfoque nos Estados Unidos e nos países mais desenvolvidos da Europa, pois pioneiros em sua implantação. Sua relevância acadêmica se justifica, vez que se torna a principal orientação para os países dependentes deste - inclusive e principalmente para o Brasil. Contudo, antes de adentrar na identidade da *Política Criminal Atuarial propriamente dita* (DIETER, 2012), cabe realizar uma breve digressão histórica sobre a origem e desenvolvimento da específica Ciência Atuarial, com o intuito de entender sua perspectiva teórico-prática e as consequências de sua aplicação no sistema de justiça penal.

### **1.1 Contextualização histórica do surgimento das Ciências Atuarias**

A fim de compreender a origem da lógica atuarial e sua infiltração como racionalidade em outras áreas do saber – aqui, com maior foco na Criminologia -, este Trabalho de Conclusão de Curso tem como principal referência teórica a tese de doutorado do professor criminólogo Maurício Stegemann Dieter, por ser a pioneira em tratar deste tema no Brasil.

Antes de contextualizar historicamente o Atuarialismo, é fundamental refletir sobre a natureza dessa ciência, pois - já antecipando que suas raízes se encontram na Matemática e, mais especificamente, na Estatística, significa dizer que - pretende ser exata, neutra e precisa. Contudo, considerando que seu objeto é o *risco*, sua operacionalização é feita mediante interpretação, sistematização e previsão do aleatório,

ou seja, de eventos futuros, que ainda não aconteceram. E, ainda, pretendem, com isso, que as variáveis sejam sempre constantes.

De forma que se faz ponderar, desde já, sobre sua eficácia (e sobre suas reais pretensões). Por isso, entender o processo de formação e desenvolvimento realizado pela sociedade europeia e estadunidense dessa área do saber que sustenta todo atual sistema punitivo dessas localidades se faz tão necessário.

Pois bem, dentre as contribuições mais relevantes para a concepção da lógica atuarial, destacam-se a teoria da probabilidade, concebida nos anos 50 do século XVII, por Blaise Pascal e Pierre de Fermat (*apud* DIETER, 2012, p. 24), um cálculo matemático racional, mas abstratato, para aferir a ocorrência de eventos futuros. Porém, Antoine Arnauld (*apud* DIETER, 2012, p. 24) foi quem propôs a aplicação dessa teoria na prática, defendendo que as ações concretas do *homem racional* são pautadas na probabilidade de seu sucesso, ou seja, no cálculo objetivo do risco de sua atividade, e com isso, rejeitou a existência de qualquer subjetivismo na tomada de decisões racionais.

Assim é que no mesmo século XVII, desenvolve-se a Estatística, isto é, a área especializada na coleta, análise e interpretação de dados quantitativos. No fim desse século, Edmond Halley (*apud* DIETER, 2012, p. 26), influenciado por toda essa Ciência Matemática sistematiza a Atuarialidade<sup>1</sup> como o ramo intrínseco à Estatística, que se apoia na teoria da probabilidade, analisando o *risco*, e, a depender dos resultados, sugere práticas direcionadas: a decisão racional. Importa ressaltar que as Ciências Atuariais, num primeiro momento, não foram utilizadas pelo Poder Público, servindo muito mais ao Privado, o que proporcionou o surgimento da próspera *indústria de seguros* que se vale da lógica atuarial, ou seja, da teoria da probabilidade e dos riscos, para reduzir ao máximo as chances de prejuízos ao negócio pela ocorrência de sinistros, eventos futuros. Curioso perceber que o risco é, ao mesmo tempo, a operacionalização e o produto desse ramo de negócios. Para complementar o ambiente científico empresarial, nesse mesmo período, surge a Contabilidade, contribuindo para a formulação da noção de *gerencialismo* das atividades empresariais, por meio de cálculos de risco sobre o fluxo de caixa.

---

<sup>1</sup> Atenção nesse conceito, pois as Ciências Atuariais, ou a Atuarialidade, sua racionalidade e as consequências de sua aplicação prática representam o objeto deste Trabalho de Conclusão de Curso.



Nesse contexto de aplicação da Estatística em questões sociais práticas, no início do século seguinte (XVIII), Jacob Bernoulli (*apud* DIETER, 2012, p. 29-32) afirma que a teoria do risco, ao ser aplicada como racionalidade de processos sociais mais complexos, deveria se confiar na estabilidade dos comportamentos futuros, pois, para as questões concretas o risco só pode ser previsível a partir de sua retrospectiva. Objetivando alcançar maior precisão em sua tese, Bernoulli também fundou o pioneiro teorema fundamental da teoria da probabilidade: “A Lei dos Grandes Números”, responsável pelo método de cálculo da margem de erro em qualquer previsão. De forma positiva, significou a elevação do conhecimento das chances de fracasso do prognóstico, através de números. Por outro lado, o teorema aceitou como fato a impossibilidade de obtenção de certeza nas previsões atuariais.

A aplicação dessas contribuições da ciência do risco no âmbito das instituições comportamentais humanas, e com base numa certa antropologia utilitarista, se deu com o sobrinho de Bernoulli; Daniel (*apud* DIETER, 2012, p. 33), que sustentou que o *homem comum*, é tentado a assumir riscos de fracasso grandiosos quando os benefícios do evento previsto são demasiadamente atrativos. Ou seja, as ações humanas se pautariam, subjetivamente, nos *efeitos do evento* e não mais nas *chances reais de ocorrência*. Diante disso, contrapõe a mentalidade do *homem racional* de Antoine Arnauld com a do *homem comum*.

Em continuidade, no fim do século XVIII, o inglês Thomas Bayes (*apud* DIETER, 2012, p. 34-35) descobre um método capaz de determinar a margem de erro, ignorando-se o resultado do evento; trata-se da probabilidade epistemológica, que proporcionou a aplicação da probabilidade em casos concretos futuros e a descoberta da existência regular de erros em qualquer prognóstico, capazes de serem calculados, formulando, então, a “A Lei de Erros”. Também, na França, no início do século XIX, Pierre-Simon Laplace (*apud* DIETER, 2012, p. 36-37) enfatiza a *regularidade*, promovendo-a como princípio fundamental da ação.

Neste âmbito, destaca-se que nesse período a comunidade científica francesa, sob o governo de Napoleão Bonaparte, concebe o entendimento, diante de uma obstinada coleta de dados (sob o suporte da Estatística), que, apesar de as ações individuais serem imprevisíveis, as ações coletivas possuem maior estabilidade, regularidade, padronização. Assim, sendo o corpo social mais previsível e, por isso, possível sua

medição e a consequente prescrição comportamental futura, gera-se as condições ideais para o emprego da Atuarialidade nas Ciências Sociais. Essa descoberta caracteriza o surgimento da biopolítica, ou seja (FOUCAULT, 1999, p. 285-303), a “estatização do biológico” que significa o controle de populações por políticas de gerencialismo e por mecanismos estatísticos, no intuito de promover um equilíbrio social, busca “a segurança do conjunto em relação aos seus perigos internos”. Uma das consequências desse fato é a diminuição do envolvimento humano, da prudência moral e do debate para tratamento de questões outrora controversas, como é o caso da criminalidade.<sup>2</sup>

Adentrando à esfera das Ciências Criminais, o teórico atuário precursor foi Lambert Adolphe Jacques Quetelet (*apud* DIETER, 2012, p. 38-42), que se destacou por aplicar a teoria da probabilidade nos dados sobre a criminalidade francesa, pois acreditava que todos os atributos humanos biológicos e sociais poderiam ser analisados mediante a Estatística e, nesse caso, levantou a hipótese do *homem médio*: um padrão esperado de comportamento, sentimentos, maneiras, reações, raciocínios e valores, servindo de paradigma comparativo e universal. Influenciado pelas pesquisas dos atuários antecessores, Quetelet visa alcançar as “leis da física social”, que têm por objeto a estabilidade da sociedade. Nas originais e mais esclarecedoras palavras de Dieter (2012, p. 40, *itálicos no original*)

[...] as leis da física social que buscava descobrir não se destinavam a explicar o indivíduo em sua singular complexidade, mas as *regularidades do corpo social*: quanto maior número de pessoas sob análise, tanto maior a previsibilidade de suas características e ações, de tal modo que uma grande base de dados tornava os prognósticos em relação à sociedade suficientemente seguros como para definir políticas públicas em prol do equilíbrio social.

Em síntese, ao introduzir a Estatística nas Ciências Sociais, e na Política Criminal, estabeleceu-se o consenso intelectual sobre a existência de um parâmetro de comparação pautado na figura do *homem médio*, bem como nos padrões de aleatoriedade. A partir dessas bases, tornou-se possível a identificação de

---

<sup>2</sup> Deve-se mencionar a contribuição de Daniel Kahneman e Amos Nathan Tversky para a introdução da Estatística em outros campos do saber, no século XX (DIETER, 2012, p. 44-45): eles perceberam que o senso comum faz com que haja inversão da percepção do risco real pelo homem ao se tomar determinada decisão, uma vez que ainda não tinham se desenvolvido instrumentos racionais de aferição das chances de sucesso em cada decisão a ser tomada. Por isso, criaram um método racional no campo da Psicologia Cognitiva: a tomada de decisões mediante critérios objetivos para diminuição do risco; que se opôs à teoria de Daniel Bernoulli, formulada há dois séculos, de que quanto maior a chance de sucesso, maior o risco de fracasso a ser suportado, recuperando o ideal de objetividade proposto por Arnauld. Esse método foi denominado teoria das expectativas e transcendeu a esfera comercial em direção aos campos militares e às políticas públicas domésticas, consolidando, enfim, a gestão do risco.

comportamentos que não se encaixavam nesses padrões, por serem instáveis e irregulares. Na Política em sentido estrito, isso significou um desprezo a elementos internos e estrangeiros desordeiros e diferentes, por causarem variações e desequilíbrio no corpo social e por não corresponderem à identidade da nação ou Estado.

Assim realizada a trajetória histórica das Ciências Atuariais, pretende-se demonstrar as características essenciais e o modo de desenvolvimento deste saber na Política Criminal dos Estados Unidos, na transição do século XIX para o XX.

## **1.2 A Identidade da Política Criminal Actuarial propriamente dita**

Como se viu, o Atuarialismo – próprio das Ciências Exatas (e Naturais) – se tornou hegemônico entre a comunidade científica desde o século XIX, ao se infiltrar nas Ciências Sociais. Contudo, foi a partir do começo do século XX, e com as contribuições de Quetelet que a Ciência Estatística se tornou parâmetro para processos de criminalização na ambiência da Criminologia e Política Criminal. As contribuições teóricas de Quetelet tiveram sua aplicação no âmbito específico da Execução Penal ao consagrarem o princípio da individualização da pena, no sentido de que a medida da pena deve ser calculada com base no tipo de criminoso, e não mais com base em sua conduta criminosa. Significa (DIETER, 2012, p. 47, itálicos no original)

o ajuste da aplicação e execução da pena conforme o *tipo de criminoso* [...], defendendo que cabe aos cientistas descobrir as causas materiais determinantes do comportamento desviante para, em seguida, definir uma reação oficial adequada para evitar sua repetição.

Sob a ótica das funções da pena, há um maior enfoque neste princípio, o que se faz propor a fixação da pena conforme a personalidade do criminoso, que irá se enquadrar – a depender do seu *tipo de ser criminoso* - na prevenção especial positiva, ou seja na reabilitação do delinquente na sociedade, e/ou na prevenção especial negativa, isolando-o dos outros indivíduos. Nesse período, surge o forte discurso voltado à população de que para cumprir-se todas essas promessas teóricas seria necessário o esvaziamento de quaisquer discricionariedades dos agentes responsáveis pela Justiça Criminal. Assim, estes deveriam ser idealmente criminólogos positivistas, o que quer dizer que, ao se pautarem na concepção etiológico-individualista do crime, almejaram determinar os fatores que causavam o delito, que estavam no indivíduo criminoso. Sugeriram-se,

então, que a criminalidade seria melhor prevenida – e controlada – se a aplicação e execução da punição seria mais eficientemente realizado por especialistas – criminólogos e burocratas – aptos para calcular o risco de reincidência dos reclusos. Isto significou que a Política Criminal competiria aos atuários, afastando a legitimidade da competência dos juristas nesse campo.

Assim, a irradiação deste específico saber atuarial na Política Criminal tem seu marco na instituição das “paroles”<sup>3</sup>, nos Estados Unidos. Em síntese, funcionava da seguinte forma: os atuários estabeleciam critérios pretensamente objetivos, a fim de calcular a probabilidade de o recluso vir a reincidir e, diante do resultado do cálculo, decidir se ele poderia ou não ser beneficiado com o instituto.

Tendo ao seu lado um ideal de neutralidade e justiça, esse método visava à ressocialização do criminoso, com base na decisão fundada na análise, mediante o cálculo estatístico, do risco individual de reincidência. Com isso se afirmava, de um lado, a incapacidade de os juristas lidarem com a Política Criminal e, de outro lado, valorizava-se a “melhor técnica” dos atuários. Em resumo, os argumentos favoráveis dessas experiências eram de que (DIETER, 2012, p. 50, *itálicos no original*)

[o] modelo também era considerado mais justo: sob forte apelo do ideal de *neutralidade*, defendia-se que especialistas e burocratas eram capazes de dosar a pena de cada condenado exclusivamente a partir de critérios técnicos – isto é, sem a influência de preconceito de classe, raça, idade ou gênero – o que não acontecia com os juízes na aplicação da pena. Por fim, ao delegar aos técnicos o poder de definir o momento em que os internos teriam direito à liberdade supervisionada permitia-se um controle mais próximo e preciso do fluxo de presos, distribuindo-se o benefício de forma mais rápida e evitando episódios de *superlotação carcerária*.

As Ciências Atuariais são utilizadas pela Política Criminal estadunidense de modo generalizado somente na década de 70 do século XX, quando o governo do país reúne forças para a implantação do “SFS” (“Salient Factor Stores”)<sup>4</sup>, um método estatístico para concessão da “parole” a nível nacional, que utilizava dados qualitativos sobre o

---

<sup>3</sup> Segundo Dieter (2012, p. 48), a “parole” seria o instituto da execução da pena que permitiria ao recluso a antecipação de sua liberdade, mediante uma prévia análise e o cumprimento de determinadas condições quando da sua soltura. À grossa comparação, seria semelhante ao instituto brasileiro do livramento condicional.

<sup>4</sup> Para maior detalhamento sobre o histórico e critérios utilizados para a concessão do instituto, vide DIETER, 2012, p. 71-76.

criminoso para determinar a possibilidade de sua efetiva ressocialização<sup>5</sup> e, em última instância, controlar as taxas de criminalidade.

Porém, poucos anos depois, disseminou-se o sentimento de desconfiança quanto à eficiência do Estado de Bem-Estar Social e, conseqüentemente, seus institutos – inclusive, as “paroles”, que coincidentemente, nesse período, sinalizavam a estimativa de 30% (trinta por cento) dentre os contemplados com o benefício. Portanto, era ineficiente, considerando sua expressiva margem de erro. (DIETER, 2012, p. 76). Além disso, no fim da década de 70, eclodiu o movimento político do “truth sentencing”<sup>6</sup>, que sinalizou o fim do viés humanitário e ressocializador do uso da Atuarialidade no sistema de justiça criminal. Na prática, isso representou uma tendência dos estados estadunidenses para o abandono da aplicação das “paroles”<sup>7</sup>, justificada pelo fracasso das previsões, visto os altos índices de reincidência entre seus beneficiários, demonstrando margem de erro ainda maior do que a previamente calculada. Esse discurso foi vigorosamente reforçado e promovido pelos meios de comunicação, que reclamavam um recrudescimento da Política Criminal via ampla divulgação de crimes violentos cometidos por beneficiários desses institutos benevolentes.

No entanto, a racionalidade atuarial não decaiu junto com a política complacente das “Parole Boards”. Muito pelo contrário, os prognósticos de risco enquanto instrumentalização do gerencialismo no sistema penal se expandiram consideravelmente a partir do fim do século XX, consolidando o que Dieter (2012, p. 79) chama de Política Criminal Atuarial propriamente dita, que serve de parâmetro para os processos de criminalização secundária do sistema de justiça criminal estadunidense contemporâneo.

Com o descrédito na meta ressocializadora da punição, nas garantias penais, e no Direito Penal do Fato criou-se um vácuo na Política Criminal estadunidense, que necessitava ser preenchido urgentemente. Afinal, se colocava em cheque a legitimidade

---

<sup>5</sup> À época, estimava-se que 30% dos beneficiados reincidiriam, ou seja, frustrariam o prognóstico de sucesso da concessão da “parole”, o que representava a margem de erro do cálculo atuarial e a ineficácia do instituto. (DIETER, 2012, p. 76).

<sup>6</sup> O “truth sentencing” significa, à livre tradução com a contribuição de Dieter (2012, p. 78), sentenças eficazes, o que quer dizer uma dura e determinada pena, efetivamente cumprida pelo condenado. Ou seja, o movimento político-ideológico visava à deslegitimação: das sentenças penais tidas como lenientes e ineficazes; bem como do alcance do ideal ressocializador da pena.

<sup>7</sup> Interessa destacar que após a aprovação do “Comprehensive Control Act” pelo Congresso dos Estados Unidos – que determinava a vedação à aplicação do instituto das “paroles” em reclusos de penitenciárias federais – houve uma drástica adoção da mesma prática pelos estados: 12 estados, entre 1979 e 2003 interromperam a possibilidade de concessão das “paroles”.

da prisão como punição adequada e, com isso, um dos mais eficientes instrumentos de controle social do Estado. As hipóteses conservadoras levantadas eram: ou se reformava o sistema de justiça penal, para corrigir o fracasso da finalidade ressocializadora, ou se desistia por completo dessa função da pena.

Essa impressão de vazio é corroborada por Robert Martinson (1974, p. 22-50), em seu emblemático artigo “What works?”, que analisou os efeitos de tratamentos penais ressocializadores na diminuição das taxas de reincidência. Por conclusão, se filia à corrente conservadora defensora do fracasso absoluto da Política Criminal vigente, propondo uma mudança radical de estratégia para diminuição dos níveis de reincidência, consistente na utilização da pena privativa de liberdade de incapacitação de indivíduos altamente perigosos.<sup>8</sup>

Com isso, a função da prevenção especial negativa da pena de prisão é ressuscitada após sua decadência no final do século XIX – isto é, com o declínio do Positivismo Criminológico, que será abordado adiante – e, com base em uma teoria dogmática que foi chamada de “The New Penology” por Malcom M. Feeley e Jonathan Simon (1992, p. 449-458), que a analisaram de forma crítica, percebendo a enorme transformação do discurso, dos objetivos e das tecnologias do sistema de justiça penal, tornando o Atuarialismo a sua racionalidade central. Assim, no intuito de superar a antiga concepção criminológica - que se concentrava nas garantias do indivíduo, na sua culpabilidade e na limitação do Estado - é concebida uma outra doutrina penal que não mais dá ênfase às questões relativas à culpa e ao tratamento individual e específico, mas sim na regulação dos níveis de criminalidade<sup>9</sup>, a partir de técnicas atuariais de identificação, classificação e gestão de grupos perigosos.

Contudo, essa narrativa não foi aceita de pronto e sem oposição. À época, aflorava-se a teoria dos direitos humanos, que se opunha fortemente às medidas de neutralização que eram propostas (prisão perpétua, pena de morte, esterilização compulsória, isolamento celular, dentre outras). Além disso, os substitutos penais começavam a ser considerados

---

<sup>8</sup> Interessa ressaltar a semelhança desse discurso com a teoria de Franz Von Lizst, teórico criminalista das últimas décadas do século XIX na Alemanha, que propôs a aplicação de penas distintas conforme o sujeito a que se destinam: a função especial positiva (ressocialização) para os recuperáveis, a função geral negativa (intimidação) para os não criminosos e a função especial negativa (neutralização) para os irrecuperáveis. (DIETER, 2012, p. 86).

<sup>9</sup> Regular no sentido de manter as taxas relativas ao crime “normais”. No original (FEELEY; SIMON, 1992, p. 455): “Its goal is not to eliminate crime but to make it tolerable through systemic coordination.”

medidas adequadas e eficientes de Política Criminal, e incorporar o discurso da neutralização pelo encarceramento significaria abandonar esses avanços. De outro lado, a Análise Econômica do Direito refutava a “Nova Penologia”, pois a política de confinamento por longos períodos, possivelmente geraria um encarceramento em massa e, como consequência, seria necessário a construção de novas penitenciárias, o que demandaria altos custos.

Toda essa discussão fez necessária a elaboração de uma teoria consistente que adaptasse a função de prevenção especial negativa às condições materiais dos Estados Unidos às vésperas do século XXI, que eram, sobretudo, ligadas à eficiência e à ética: as medidas deveriam ser eficazes, ou seja, atingir o fim proposto (diminuição da criminalidade), com o menor custo possível.

Por isso, formula-se a noção de *gerencialismo* aplicado à Política Criminal, que se resume a “utilizar a pena criminal de modo sistemático para o controle mais geral de determinados *grupos de risco* mediante *neutralização* de seus membros salientes, isto é, a *gestão* de uma permanente população *perigosa*, pelo menor preço possível” (DIETER, 2012, p. 82, itálicos no original). Sendo, ainda, proposta a aplicação *seletiva* da segregação social, mediante a identificação, por critérios objetivos, das características “essenciais” dos criminosos reincidentes irrecuperáveis: um reduzido número, que tinha a culpa pela maioria dos crimes cometidos.

Dessa maneira, seria possível formular o padrão biológico e comportamental do perfil desse tipo específico de criminoso - e por serem a menor parte ínfima da população - seria melhor isolá-los. Por isso, o sistema penal deveria ser capacitado para distinguir esse perfil – os *criminosos incorrigíveis* - dentre outros nos processos de criminalização, sendo factível sua neutralização social. Aos demais seria suficiente a vigilância virtual pouco dispendiosa. Isso quis dizer que a pena de prisão estaria, estrategicamente, declarando sua seletividade: seria dirigida somente àqueles indivíduos que representassem alto risco de delinquir de forma contumaz e perigosa.

Como as propostas de neutralização radicais no modelo prisional só afetariam uns poucos criminosos objetivamente considerados como os mais perigosos, e de impossível ressocialização, com tudo isso pelo menor preço possível, rapidamente as resistências

fragilizaram-se. Segundo a proposta, todas as exigências econômicas e éticas seriam atendidas, uma vez que (DIETER, 2012, p. 89, *itálicos no original, grifo nosso*)

[r]eservando-se o espaço nas penitenciárias exclusivamente para condenados de *alto risco* e direcionando-se os demais para o controle *panóptico* desinstitucionalizado, não só se economizariam recursos gastos com a *prisionalização* inútil, como também aumentar-se-ia o número total de vagas nos presídios em pouco tempo, aliviando-se a desumanidade provocada pela *superlotação*, já no médio prazo. **Neste sentido, em busca por melhores resultados na relação custo/benefício do sistema de justiça criminal, a nova penologia propunha a substituição do “truth” pelo “smart sentencing”: ao invés de penas conforme a culpabilidade, medidas de controle adequadas ao risco individual.**

Ultrapassados os óbices ético-financeiros à implementação da “Nova Penologia”, era necessário desconstruir o princípio da proporcionalidade, relacionado à retribuição da pena, o que, aliás, foi facilmente realizado, sob o argumento de que ao conferir máxima autonomia para os gestores e sem a interferência dos juristas e das leis, seria possível tornar o sistema de justiça criminal eficiente, no sentido de reduzir as taxas de criminalidade. Ademais, o clamor popular por maior repressão à criminalidade – influenciado pelos aparelhos midiáticos que reforçavam o medo social contra reincidentes – fez com que, rapidamente, o Parlamento extirpasse o princípio da proporcionalidade da dosimetria da pena.<sup>10</sup> Modifica-se, dessa forma, o foco do Direito Penal: agora se concentraria no autor do crime e no seu histórico, e não mais na subsunção da conduta à lei previamente positivada. Assim, às vésperas do século XXI, a pena de prisão como mera neutralização de *criminosos habituais* era legitimada formalmente em 47 (quarenta e sete) dos 50 (cinquenta) estados estadunidenses, com aprovação de leis em todo os Estados Unidos, que aderiam à “Nova Penologia”.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Nesse sentido, aprovada em 1994, a lei californiana dos “Three strikes” é considerada paradigmática, pois estabelece que a pena seria cominada de acordo com a quantidade de condenações anteriores por crimes especializados ou mais graves. Além disso, para certos tipos de criminosos – os habituais – sequer é cogitado o sistema progressivo de cumprimento de pena, vez que devem ser aplicadas longas penas – podendo ser perpétuas – sem direitos a qualquer benefício de antecipação de liberdade. Maiores informações sobre a lei, consultar Dieter (2012, p. 90-91). A legislação na íntegra se encontra disponível em:

[http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=16.&p art=1.&chapter=&article=](http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=16.&p art=1.&chapter=&article=).> Acesso em 11 de setembro de 2017.

<sup>11</sup> Apesar de afirmar que os Estados Unidos se filiaram à “nova penologia”, é válido considerar que a “velha penologia”, de viés ressocializador, ainda não foi superada por completo, como bem aponta José Ángel Brandariz García (2014, p. 52-53) “la afirmación de la gestión de riesgos no ha supuesto una superación completa del paradigma reintegrador otrora hegemónico, sino una cierta convivencia entre ambos planteamientos [...]. Con todo, en particular en el ámbito penitenciario, se producen hibridaciones novedosas de la idea de rehabilitación con la racionalidad de riesgo, como en los esquemas de reclusos emprendedores o en el entendimiento de las necesidades de los presos como riesgos”.



Livres das amarras normativo-jurídicas, o caminho estava aberto para executar a *teoria de incapacitação seletiva de criminosos de alto risco por longos períodos* na Política Criminal estadunidense. Essa adaptação se deu a partir da década de 80 do século passado, nos moldes do sistema “warehousing”, que pode ser traduzido para armazém ou depósito; na analogia de Dieter (2012, p. 91) “remete à logística própria de manutenção do estoque e distribuição automatizada de produtos em grandes depósitos com o menor custo possível.” Ademais, pressupõe que os presos sejam sistematicamente organizados na penitenciária conforme seu grau de risco. Dessa maneira, os reclusos classificados como mais perigosos são especialmente isolados de qualquer contato social pelo maior tempo possível, e através da automatização do complexo penitenciário, o contato com qualquer outro ser humano pôde ser reduzido a zero. Esse modelo prisional foi adotado pelas penitenciárias estaduais e federais de segurança máxima proporcionando, assim, uma administração de presidiários pretensamente neutra e idealmente recrudescida, por eliminar qualquer discricionariedade dos antigos agentes penitenciários envolvidos.

O método para identificar e classificar os criminosos irrecuperáveis dentre os demais de forma racional e prática, e que se distinguisse de um procedimento médico para que a prisão não poderia conotar ao tratamento do positivismo criminológico e aos seus fins trágicos, e nem ao fim da ressocialização. A solução estava na lógica atuarial, que se adequava perfeitamente às exigências de método objetivo, exato, mecânico e econômico para definição do risco de reincidência e de periculosidade dos delinquentes. Assim, começa a tomar forma a Política Criminal Atuarial propriamente dita, ou seja, a utilização dos prognósticos atuariais para mensuração da propensão individual à criminalidade incorrigível.

Com o propósito de legitimar a utilização das Ciências Atuariais na nova Política Criminal, iniciou-se um esforço acadêmico para comprovar a existência dos sujeitos-alvo da incapacitação seletiva: os delinquentes irrecuperáveis.

Nesse contexto, em 1974, Robert Figlio, Thorsten Sellin e Marvin Wolfgang (*apud* DIETER, 2012, p. 94 - 116) coletaram dados ao longo da vida de jovens nascidos no mesmo ano e na mesma localidade - no estilo de pesquisa “birth cohort study”<sup>12</sup> - no

---

<sup>12</sup> O “birth cohort study” é um método de pesquisa da Estatística longitudinal, ou seja, que coleta e analisa dados da mesma amostra de pessoas, nascidas no mesmo ano, em vários momentos de sua vida.

intuito de compreender as causas da criminalidade juvenil (claramente baseavam-se na concepção etiológica-individual do crime). Com os dados obtidos, discerniram as características comuns aos jovens com registro criminal e, posteriormente, realizaram um sistema de classificação entre eles, conforme a *gravidade* e a *frequência* dos delitos cometidos. Assim, verificaram que a maioria dos jovens analisados tiveram passagem policial antes de completarem 18 (dezoito) anos, demonstrando a normalidade em se cometer crimes na adolescência e, além disso, que um pequeno número de “reincidente crônicos” (6,3% do total de jovens) teria cometido a maior parte de todos os crimes registrados. Com esses resultados, puderam identificar que os principais determinantes para que um jovem se tornasse “reincidente crônico” eram a idade do primeiro contato com o sistema de justiça criminal e a natureza do crime cometido. Por fim, indicaram medidas para o combate eficaz da criminalidade juvenil: uma política de tolerância para os jovens com até duas passagens policiais, devido à relação intrínseca entre delinquência e juventude, e a neutralização por longos períodos daqueles considerados “reincidentes crônicos”.<sup>13</sup>

No mesmo período (1973), Donald J. West e David P. Farrington (*apud* DIETER, 2012, p. 98-101) determinaram as causas da propensão à criminalidade crônica, a partir de variáveis objetivamente aferidas em crianças em período escolar, isto é, de 08 (oito) a 10 (dez) anos de idade. A conclusão dos estudos foi que as crianças com dificuldades de se adaptarem às regras disciplinares escolares têm propensão a se tornarem adultos “criminosos de carreira”.

Logo, os prognósticos de risco infanto-juvenis se estenderam aos adultos. Assim, no começo da década de 80 do século passado, o trabalho de Mark A. Peterson e Harriet B. Braiker (*apud* DIETER, 2012, p. 101-103) classificou os criminosos em *habituais* e *eventuais*, a partir dos seguintes critérios: ser jovem, usuário de drogas, com passagem prévia no sistema de justiça criminal e estereótipo de “bandido”. A conclusão dos acadêmicos foi semelhante às pesquisas realizadas com jovens: os criminosos habituais, ou seja, os “reincidentes crônicos”, apesar de serem uma minoria no universo dos

---

<sup>13</sup> Ao contrário da técnica de pesquisa dominante à época - na qual a amostra se limitava aos delinquentes já aprisionados - esse estudo se destacou, pois a população a ser estudada era definida em momento anterior à criminalização secundária de seus membros. Foi aderido em várias pesquisas posteriores sobre as causas do crime e a existência dos reincidentes crônicos responsáveis pelo “grosso da criminalidade”, se tornando consenso entre a comunidade acadêmica conservadora estadunidense. Foi dessa maneira que a Estatística definiu a reincidência crônica. Maior detalhamento sobre esse estudo em Dieter (2012, p. 95-97)

criminosos (oito por cento) cometiam expressivos 60% (sessenta por cento) da totalidade dos crimes apurados. Seguindo a tendência, a solução eficiente em relação a esse grupo de alto risco era neutralizá-lo da sociedade.

Utilizando a mesma lógica, mas encaminhando diretamente sua proposta ao Instituto Nacional de Justiça do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, Peter W. Greenwood (1982) realizou sua pesquisa, financiada pela “The Rand Corporation”<sup>14</sup>, com o objetivo de reiterar a necessidade da neutralização por longos períodos para aqueles identificados estatisticamente como criminosos incorrigíveis por suas características sociobiopsíquicas, através da aplicação de penas longas. Para tanto, dedica todo um capítulo à conceituação da nova finalidade da pena de prisão – a incapacitação seletiva –, concluindo que (Greenwood, 1982, p. 88-89) seria imprescindível a realização de duas etapas: primeiro, a coleta de dados de fichas criminais ou de entrevistas com presidiários, a fim de alcançar uma estimativa sobre as taxas de criminalidade individual, correlacionando-as com as características comportamentais do criminoso sob análise (por exemplo, antecedentes criminais, uso de drogas, emprego, etc.), e com isso, distinguir os criminosos “de alto risco” dos “de baixo risco”; segundo, modificar as regras de aplicação da pena, para cominar longas penas de prisão aos considerados de alto risco, e por outro lado, penalidades mais brandas aos criminosos de baixo risco. Dessa forma, a capacidade populacional das prisões seria respeitada e as sentenças se fundariam em dados imparciais e objetivos.

Assim, enfatizou que os criminosos de “carreira” eram responsáveis pela maior parte dos crimes formalizados. Além disso, constatou a novidade acadêmica de que esse perfil de criminoso não cometia delitos especializados, isto é, delitos de uma única natureza. Assim, através da aplicação de sete variáveis<sup>15</sup> - que desprezavam a natureza do delito, tendo em vista a não especialização criminal desses sujeitos - nessa população de criminosos habituais, conseguiu aferir o grau de risco, dividindo-o em: baixo, médio ou alto risco. Porém, o próprio autor (GREENWOOD, *apud* DIETER, 2012, p. 104) indica

---

<sup>14</sup> Conforme Dieter (2012, p. 102), essa empresa é uma das “Think Tanks” precursoras, e tem por objetivo colaborar com o Estado na implementação de políticas públicas que atendam aos interesses do capitalismo, principalmente na área de segurança pública.

<sup>15</sup> As variáveis desse sistema que denominou de “Seven-Factor Scale” eram: 1) ser reincidente específico; 2) ter vivenciado o ambiente penitenciário por mais da metade do tempo nos últimos dois anos; 3) ter sido condenado na adolescência (antes dos 16 anos); 4) ter tido passagem pelo sistema prisional para menores infratores; 5) uso recente; 6) ou na adolescência de drogas; 7) ter ficado desempregado por mais da metade do tempo nos últimos dois anos (DIETER, 2012, p. 104). Conclui-se que os fatores determinantes eram o comportamento recente (últimos dois anos) e adolescente, principalmente, os relacionados à passagem prévia pelo sistema de justiça criminal.

que as chances de acerto do prognóstico era calculada em 50% (cinquenta por cento). Diante desse arcabouço teórico, sua estratégia era diminuir simultaneamente as taxas de criminalidade e de população carcerária, vez que, ao utilizar o método de aferição do risco individual, seria possível destinar prioritariamente as prisões estadunidenses para os criminosos calculados como *habituais de alto risco*, em detrimento dos eventuais de risco inferior. Através de instrumentos matemáticos de comprovação (gráficos e fórmulas), estimou uma maior probabilidade de redução dos índices de criminalidade e demográficos prisionais se o seu método fosse utilizado. Dessa forma, sua sucinta pesquisa determinou a completa superação – pelo menos por enquanto – da crise da Política Criminal do Estado de Bem-Estar Social. Depois disso, a meta principal da Política Criminal estadunidense só poderia ser a atenuação da criminalidade pela incapacitação seletiva – sem qualquer esforço para a reinserção social – desses poucos indivíduos que representavam maior risco de persistir no cometimento de crimes violentos e contínuos (MOORE; ESTRICH; MCGILLIS; SPELMAN, *apud* DIETER, 2012, p. 105-106).

Outro estudo que contribuiu para essa mudança de paradigma político-criminal foi o de Wolfgang, Figlio, - que utilizaram os dados do “birth cohort study” realizado anos antes - e Terence P. Thornberry (*apud* DIETER, 2012, p. 106-107), concluindo que as características comuns entre os designados de “ofensores persistentes” eram: a) ter cometido crimes na adolescência e na fase adulta; b) *não ser branco*, e; c) ter tido baixo aproveitamento escolar.

Além desse, a pesquisa de Terrie E. Moffitt (*apud* DIETER, 2012, p. 107-110), também na linha do “birth cohort”, se posicionou no sentido de ser possível prognosticar *ofensores persistentes* logo nos primeiros anos de vida – aos 4 (quatro) anos de idade -, pois concluiu que esse perfil decorre de uma psicopatologia causada por descuidos básicos na primeira infância<sup>16</sup>. De modo que seria possível e recomendável identificar os criminosos irrecuperáveis nessa idade, legitimando, assim, a intervenção repressiva em crianças, em prol do “combate à criminalidade”. Ainda segundo a psicóloga, haveria uma “dupla determinação da criminalidade”, relativas à *deficiência neurológica* e à *pobreza*, pois a transmissão genética do comportamento antissocial, agrava-se com a

---

<sup>16</sup> Assim, Dieter (2012, p. 108) afirma que essa posição evidencia a relação entre a “criança-problema” do presente e o criminoso persistente do futuro. Nesse mesmo sentido, a autora também compara a porcentagem das crianças em fase pré-escolar “muito difíceis de lidar” com a dos adultos diagnosticados com Desordem de Personalidade Social (ambas de aproximadamente 5%).

redução material e emocional para o tratamento adequado na fase infantil em famílias pobres.

No interesse de afunilar ainda mais o objeto da Política Criminal Atuarial, Stuart Miller, Simon Dinitz e John Conrad (*apud* DIETER, 2012, p. 110) distinguiram os indivíduos de *alto risco* dos *perigosos*: aqueles seriam propensos a cometerem qualquer tipo de crime de forma recorrente; estes tenderiam ao cometimento persistente de crimes violentos, causadores de risco à integridade de outras pessoas. Dessa forma, o sistema de justiça criminal deveria se preocupar mais em “cooptar” o último perfil – os *perigosos* -, apelidados de predadores sociais.

Por consequência, tornou-se o senso comum entre os criminólogos conservadores na virada do século XX para o XXI a ideia de que haveria na sociedade um grupo de criminosos persistentes de alto risco, autor da maioria dos crimes apurados, e no meio dele, de indivíduos notadamente perigosos. O que pode ser sintetizado nas máximas formuladas por Alex R. Piquero, Alfred Blumstein e David P. Farrington (*apud* DIETER, 2012, p. 112-113, *itálicos no original*)

(i) o início da atividade *delinvente* se dá entre os 8 (oito) e 14 (catorze) anos – respectivamente a menor idade revelada em entrevistas e a maior descoberta nos registros oficiais – e o fim entre os 20 (vinte) e 29 (vinte e nove) anos de idade, embora uma pequena minoria avance por toda vida adulta; (ii) os picos de comportamento criminoso se concentram no final da adolescência, entre os 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos; (iii) quanto mais cedo se começa a prática de delitos, tanto maior a probabilidade de uma longa e movimentada *carreira criminosa*; (iv) há uma relativa estabilidade na frequência do comportamento criminoso, expressando-se a tendência da infância na adolescência e desta na maturidade; (v) uma ínfima parte da população – os *reincidentes crônicos* – comete uma grande quantidade de crimes, e em regra começam suas atividades com pouca idade, apresentam alta frequência individual na prática de crimes que seguem longas carreiras; (vi) os *criminosos incorrigíveis* são, em geral e ainda que *violentos*, muito versáteis e menos especializados do que supõe as agências policiais; (vii) *criminosos persistentes* tendem a adotar um comportamento antissocial ou imoral, que inclui rotineira e substancial ingestão de bebidas alcoólicas, direção imprudente, vida sexual promíscua etc; (viii) ao ingressar na vida adulta, os *reincidentes crônicos* atuam menos em grupo e mais individualmente; (ix) as razões para prática de delitos mudam no final da adolescência: antes dos 20 (vinte) anos são bastante variáveis – incluindo o prazer da aventura na prática do proibido, tédio ou a expressão de um sentimento de revolta; depois dessa idade, o motivo utilitário é progressivamente dominante; por fim, (x) certos tipos de crimes tem [*sic*] relação com uma idade específica e em regra começam mais tarde os mais graves, aumentando-se a diversificação até o final da adolescência, que depois tende à especialização.

Vale ressaltar que, embora seja esse o entendimento dominante na área acadêmica, uma parcela de estudiosos, por razões diversas, criticava a incapacitação seletiva desse pequeno grupo de reincidentes crônicos como solução única à criminalidade. Dentre eles, Lyle W. Shannon (*apud* DIETER, 2012, p. 113-114), da Escola de Chicago, bem observou que esse tipo de delinquente atrelava-se a determinado espaço geográfico e utilizar a neutralização como medida de repressão não resolveria as causas reais da formação desse perfil criminoso. Assim, propôs modificações na estrutura urbana para reduzir a segregação espacial desses indivíduos, precauções quanto à sua estigmatização na fase adolescente, e medidas alternativas para pequenos delitos a fim de evitar os efeitos criminógenos da prisão. Já sob uma ótica moralista, John H. Laub e Robert J. Sampson (*apud* DIETER, 2012, p. 114-115) defenderam que o fortalecimento positivo de instituições sociais, tais como: família, escola, faculdade, vizinhança, trabalho, nas vidas desses indivíduos diminuiria as suas propensões ao crime. Porém, como visto, essa posição minoritária não foi acolhida pelos políticos dos Estados Unidos, que decidiram incorporar a teoria da incapacitação seletiva na gestão da criminalidade.

Assim, estava consolidado o novo objetivo da Política Criminal: a neutralização social de indivíduos perigosos. Era preciso legitimar os instrumentos adequados para este fim, que estavam obstaculizados pela preponderância de rígidas e garantistas normas judiciais e pela ampla discricionariedade dos agentes públicos sobre a administração prisional.

Na intenção de garantir maior autonomia na gestão eficiente do sistema de justiça criminal, emerge uma mobilização para o esvaziamento de regras e metarregras penais<sup>17</sup>, que se justificou na medida em que as próprias regras jurídicas, a produção jurisprudencial e as normas administrativas eram insuficientes para guiar a atuação dos atores implicados, pois não conseguiam conter os arbítrios e ilegalidades por eles cometidos. O que significava, portanto, a incapacidade desses meios convencionais de lidar com a recente e declarada proposta de seletividade neutralizadora prisional. A resposta sugerida para esses problemas, novamente, estava na lógica atuarial, cujos instrumentos seriam os mais aptos a concretizar os novos objetivos do sistema prisional. Essa opção agradou a toda classe política dos Estados Unidos: tanto aos liberais, devido

---

<sup>17</sup> Por regras, entende-se aquilo que é prescrito de forma positivada como norma de conduta e, por metarregras, o modo como a conduta ocorre na realidade concreta (BARATTA, *apud* DIETER, 2012, p. 117).

ao seu comprometimento com a impessoalidade; quanto aos conservadores, atraídos por seu ideal de eficiência.

Com isso, foi possível iniciar um processo prático de flexibilização das regras judiciais para transferir o controle repressivo ao cálculo atuarial, que se infiltrou num primeiro momento no âmbito da Execução Penal. De forma que a aplicação de instrumentos atuariais no cumprimento da pena, ressalvado o precedente das “paroles”, foi impulsionado a partir da década de 1970, após os efeitos de superpopulação e desorganização carcerária ocasionados por uma decisão judicial que autorizou a Administração Pública a redirecionar o excedente de presos condenados para as casas de custódia<sup>18</sup>. Devido a essa determinação, as autoridades passaram a encaminhar, sem critérios, qualquer perfil de preso para esse tipo de unidade prisional, apesar de elas não terem sido construídas para abrigar condenados a longas penas, de modo que não havia possibilidade de disposição de presos em celas conforme suas especificidades.

Esse cenário foi ideal para que as Ciências Atuariais reestabelecessem “a ordem do sistema penitenciário”, classificando os detentos conforme seu grau de risco – atinente à violência, à fuga, ao envolvimento em rebeliões, etc. – e, assim, determinar de qual modo a execução da pena se encaixaria em cada perfil, sendo possível atender às suas “necessidades”<sup>19</sup>. Como os resultados foram positivos, ressaltando-se os baixos custos operacionais, os instrumentos atuariais tornaram-se o meio mais confiável e responsável para a tomada de decisões no que diz respeito aos encarcerados, sendo utilizados do começo ao fim (prolongando-se também no pós-término do cumprimento da pena, como se verá adiante) da criminalização secundária.

Nessa lógica, logo no momento de ingresso no sistema prisional são realizados prognósticos de riscos para identificação do perfil do preso, os quais são utilizados para: definir o estabelecimento prisional adequado - segurança máxima, média, mínima e comunitária; determinar o nível de cuidado - alto, baixo, próximo ou protetor; indicar qual o melhor companheiro de cela; indicar ou não tratamentos terapêuticos,

---

<sup>18</sup> As Casas de Custódia (ou “jails”, em inglês) são os estabelecimentos prisionais destinados aos presos provisórios, ou seja, que ainda não tiveram condenação definitiva. Há uma distinção entre Casas de Custódia ou cadeias públicas e penitenciárias ou prisões.

<sup>19</sup> Esse instrumento atuarial é baseado no “Risk/Needs Classification System”, que relaciona o grau de risco às necessidades e aos cuidados de certas populações no sistema prisional. Por exemplo (DIETER, 2012, p. 127, *itálico no original*), “o histórico de uso de drogas e a pouca idade do condenado deixam de ser apenas indicadores de maior *perigosidade*, para determinar também cuidados especiais durante a execução da pena sob a forma de tratamento médico ou psicológico”.

educacionais ou laborais. Esses cálculos iniciais servem para diminuir o risco de transtornos precipitados na execução da pena.<sup>20</sup> As próximas avaliações, cujas datas são pré-definidas, ocorrem de forma continuada por toda a execução da pena, e são realizadas no interior das próprias unidades prisionais; servem para medir o avanço ou retrocesso do preso em relação aos primeiros resultados, com a sua consequente disposição geográfica no sistema penitenciário conforme as conclusões dos prognósticos.

A título de exemplificação desse tipo de tecnologia, pode-se citar o “B.A.C.I.S.”<sup>21</sup> (*apud* DIETER, 2012, p. 129), que compreende 4 (quatro) fases, todas elas definidas pela lógica atuarial: primeiro, uma espécie de exame admissional define as características determinantes dos presos, quais sejam: perigosos, com problemas de saúde, propensão à confusão, fuga, entre outras; segundo, são aprisionados numa cela especial e vigiados durante 72 (setenta e duas) horas e, a partir da observação comportamental, os agentes prisionais elaboram relatórios que são posteriormente analisados por atuários, a fim de classificar o preso e, com base nos resultados, encaminhá-los para penitenciárias de segurança máxima, média ou mínima; a terceira e última etapas já são realizadas na própria instituição prisional identificada na etapa anterior e determinam, conforme cada perfil, quais os tratamentos especiais e qual a disposição geográfica na planta prisional mais adequados. Não obstante ser considerado pelo senso-comum um sucesso em termos de eficiência na gestão da Política Criminal, há estudos que apontam uma absurda margem de erro de 74% (setenta e quatro por cento) da classificação correta dos presos, o que representa apenas 1 (um) ponto percentual acima, caso fossem organizados de forma aleatória. Isso demonstra que esses instrumentos não são tão eficientes para os seus fins da forma como declaram, pois as chances de o prognóstico do preso estar errado são enormes.

Veja que os cálculos atuariais para definição de risco servem perfeitamente ao controle dos corpos e das populações condenados ao sistema de justiça prisional e, como para manutenção da *paz social* e para a *defesa da sociedade* tudo é válido, há uma nítida propensão para que os direitos humanos sejam desprezados nessa atual Política Criminal, direcionando o seu foco na neutralização de sujeitos objetivamente

---

<sup>20</sup> Curiosamente, a reincidência nessa primeira fase é valorada de forma positiva, pois aqueles que possuem maior vivência no ambiente carcerário representam menor chance de causar transtornos.

<sup>21</sup> Sigla para “Behavioral Alert Classification Identification System”, cuja tradução seria “Sistema de Identificação e Classificação do Risco Comportamental”.



identificáveis. Como bem afirma Dieter (2012, p. 123), “a tendência contemporânea é, portanto, aceitar a *classificação* objetiva dos reclusos (“*inmate classification*”) mediante *prognósticos de risco*, como indispensável para uma *gestão eficiente* da população carcerária (“*inmate management*”).”

Tamanha a expressividade do discurso criminológico atuarial, vê-se a expansão do controle penal para o momento de pós-encarceramento de populações perigosas, especialmente em relação aos criminosos sexuais, alcunhados por “sexual predators” - mais seletivamente ainda, aos pedófilos -, àqueles com forte e irrecuperável aptidão para a prática de crimes violentos contra a natureza sexual. Segundo as pesquisas do início do século XXI, esse tipo específico de criminoso seria identificado a partir dos seguintes critérios (SHERIDAN, *apud* DIETER, 2012, p. 132): a) possuir registro de comportamento violento; b) ter sido vítima de violência na infância; c) ser usuário de drogas; d) ser diagnosticado com *patologia psicológica*; e) não ter obtido sucesso em terapias ressocializadoras; f) ser jovem; g) pobre e; h) desempregado. Essa política específica pretende dilatar os efeitos de incapacitação para além do cumprimento da pena, fundada na suposta intenção de regular as taxas de cometimento de delitos dessa natureza.

Graças à essa Política Criminal, salienta Brandariz García (2014, p. 62), a privação da liberdade pôde ser aplicada com duração indeterminada para além do cumprimento da pena no cárcere. E, se direciona especialmente à população de criminosos sexuais, através da criação de um sistema de vigilância e controle sem precedentes no mundo ocidental, que (DIETER, 2012, p. 132-134) teve início no fim de 1994, com a aprovação da “Lei de Megan” no estado de Nova Jérsei, tornando obrigatório o registro das características biológicas essenciais e do endereço de todos os acusados e condenados por crimes sexuais em um banco de dados público e disponível na internet. Eles ainda são classificados conforme o seu risco: alto, moderado ou baixo. Além do livre acesso dos cidadãos a informações relacionadas à personalidade e à privacidade dos delinquentes, a lei prevê hipóteses de notificações compulsórias sobre a liberdade do criminoso à sua vizinhança, caso considerado de alto risco; às instituições vizinhas que lidavam com crianças quanto aos de moderado e alto risco; e às vítimas, independentemente do grau de risco de seu agressor. Ainda no mesmo ano, a promulgação da “Wetterling Act” fez com que todos os estados do país adotassem a mesma política de registro de dados da população de criminosos sexuais, devendo ser

atualizada periodicamente, estipulando, ademais, que o prontuário dos considerados de alto risco deve ser disponibilizado de forma perpétua. Com isso, os acusados e condenados por crimes dessa natureza são rastreados em todo o território dos Estados Unidos, e qualquer cidadão pode vigiá-los e denunciá-los às autoridades caso observem alguma atitude suspeita.

Decorrente dessa medida, a formação de zonas livres de criminosos sexuais se tornou uma prática possível e comum. Nesses espaços, há legítima restrição da liberdade de ir e vir desses sujeitos. Uma consequência ainda mais extrema é a construção de condomínios privados que vedam sua circulação, sob o pretexto de garantir máxima segurança aos moradores e, ainda, de valorizar o imóvel. Assim (GARCÍA, 2014, p. 59), o modelo de prevenção com foco na vigilância de potenciais criminosos, favorecido pela tecnologia atuarial, pode ser executado tanto pelos órgãos estatais, quanto pelos indivíduos privados. Dieter (2012, p. 136-137, *itálicos no original*) considera que esse modelo panóptico de repressão “em liberdade”, além de causar um pânico geral, também faz ser improvável a ressocialização desses indivíduos, pois

[...] geralmente obriga-os a escolher uma entre três amargas opções: (a) envolver-se em novos conflitos de natureza sexual para atender a inevitabilidade da expectativa de comportamento antissocial – no sentido de uma “*self-fulfilling prophecy*” -, (b) viver na ilegalidade para não ser reconhecido e escapar da execução pública – fenômeno que ficou conhecido como “*Megan’s flight*” – ou (c) suicidar-se, diante da impossibilidade de vida em sociedade. Como se vê, em oposição a seus objetivos declarados, a prática decorrente da medida de controle social pode muito bem favorecer a *reincidência*, pois apenas a última opção não redundando em novo encarceramento; última [*sic*] opção, aliás, que melhor realiza a vontade final de *neutralização* reitera da política pública de registro compulsório.<sup>22</sup>

Para além dessa prática de controle pós-encarceramento, os instrumentos atuariais se tornaram o principal parâmetro para as autoridades competentes na aplicação e na execução da pena de criminosos sexuais. Essa estratégia de poder tem por marco de sua origem a revogação da “*parole*” – isto é, do fim do viés ressocializadora - e a previsão de ampliação da pena na hipótese de criminosos sexuais considerados de alto risco e perigosidade, em 1994, com a influência do então governador George Allan, eleito com a campanha fundada no movimento político “Lei e Ordem” para o estado da Virgínia, que lhe garantiu apoio legislativo, midiático e popular.

---

<sup>22</sup> Interessante notar que a primeira opção citada é reflexo de um fenômeno próprio da probabilidade, que pode ser traduzido, conforme Dieter (2012, p. 136), como “profecia auto-realizável [*sic*]” e significa as prováveis chances de um “falso prognóstico se tornar realidade”, devido às expectativas nesse sentido das pessoas ao redor. Ou seja, apesar de instrumentos estatísticos atestarem a probabilidade de o criminoso voltar a reincidir quando se cria expectativas sociais negativas em sua relação, a lógica atuarial optou por sua utilização.

No âmbito do cálculo da dosimetria da pena, criou-se a “Virginia Criminal Sentence Commission”<sup>23</sup>, com a função de criar o procedimento objetivo e eficiente que “facilitasse” o trabalho dos magistrados. Dessa forma, a Comissão formulou um mecanismo atuarial (“Risk Assessment Instrument”<sup>24</sup>) para calcular a quantidade de pena que seria adequada para cada perfil de risco entre a população de criminosos sexuais da Virginia. Através dessa tecnologia, foi possível diminuir o contingente carcerário, dando espaço sem dispendir recursos para a neutralização dos criminosos sexuais mais perversos. Por conta do sucesso da implantação do mecanismo atuarial na Política Criminal, a Assembleia Legislativa requereu à Comissão o desenvolvimento de um outro instrumento para calcular o risco de reincidência que fosse aplicado exclusivamente à população de criminosos sexuais, e que fosse integrado ao procedimento da sentença condenatória. Por conseguinte, em janeiro de 2001 a Comissão publica a “Avaliação de Risco entre Criminosos Sexuais”<sup>25</sup>, pesquisa com fundamentação teórica nos estudos elaborados de 1985 a 1999, bem como na coleta de dados de 579 (quinhentos e setenta e nove) condenados por delitos dessa natureza. Concluiu pela adoção de 8 (oito) variáveis, calculadas mediante preenchimento de simples formulários por assessores dos juízes – mas que poderiam ser executados por qualquer pessoa – que determinariam o grau de risco do criminoso sob análise; sendo *alto* o risco de reincidência, recomendava-se aos juízes o aumento da pena de 50 (cinquenta) a 300% (trezentos por cento) e, por óbvio, que a pena se iniciasse em regime de exclusão total da sociedade. (DIETER, 2012, p. 138-139).

Como se todas essas medidas de controle não bastassem, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu ser constitucional a internação compulsória de criminosos sexuais classificados como de alto risco e, mesmo após o cumprimento integral de suas penas de prisão, por tempo ilimitado a ser determinado por prognósticos de risco, desvinculando o Processo do Direito Penal e dos Direitos Humanos, pela preponderância da função da prevenção especial negativa sobre os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade.<sup>26</sup> Assim é que o Poder Judiciário consentiu com a

---

<sup>23</sup> Ou Comissão de Sentenciamento Criminal da Virgínia. Era formada por membros do Legislativo e do Judiciário

<sup>24</sup> Que pode ser traduzido para “Instrumento de Análise do Risco”.

<sup>25</sup> Íntegra disponível no site: <[http://www.vcsc.virginia.gov/sex\\_off\\_report.pdf](http://www.vcsc.virginia.gov/sex_off_report.pdf)>. Acesso em 17 de setembro de 2017.

<sup>26</sup> Esse procedimento era comumente utilizado na década de 1970, porém sob a finalidade da prevenção especial positiva, mas deixou de ser aplicado por ser considerado antiético. Volta no contexto da década

Política Criminal Atuarial, ainda que significasse ceder seus poderes e funções essenciais à Estatística, incorporando na prática forense os prognósticos de risco como determinante da aplicação, da execução da pena e, inclusive, da posterior “liberdade” dos criminosos sexuais.

Também por conta da legitimação do “confinamento civil” pelo Judiciário, foi que, em abril de 2003, o “Virginia’s Sexually Violent Predators Act” determinou que o Departamento Penitenciário do estado da Virginia aferisse o risco de todos os criminosos sexuais, antes de serem postos em liberdade, através do mecanismo desenvolvido por Karl Hanson denominado de “Rapid Risk Assessment for Sex Offense Recidivism” ou “RRSOR”, que utiliza apenas 4 (quatro) variantes: a) reincidência específica em crimes sexuais; b) ter menos que 26 (vinte e seis) anos; c) vítima fora do ambiente familiar; d) e vítima do sexo masculino.<sup>27</sup> Caso o indivíduo sob análise fosse classificado como de *alto risco para reincidência*, seria analisado por procedimento atuarial mais específico para determinar se seria submetido a tratamento ambulatorial ou internação compulsória em clínica psiquiátrica.

Esse instrumento, após ser utilizado pela Virginia por 3 (três) anos, foi substituído pelo “Static-99”, obtido gratuitamente na internet, e que classificava os indivíduos em baixo, baixo-moderado, moderado-alto e alto risco. A tecnologia, ainda, dispensava a necessidade de contato com os presos, pois se valia tão somente dos dados retirados de seus prontuários criminais, como também podia ser aplicada por quase qualquer pessoa. Além dos citados, atualmente o mercado disponibiliza várias versões de tecnologias para classificação do risco dentre os criminosos sexuais e que possuem pouca diferenças entre si.

Como já ressaltado, a função da incapacitação seletiva menosprezou a ideia de tratamento reabilitador para criminosos de alto risco e perigosos, o que fez com que se abandonasse o modelo médico em prol do modelo atuarial prevencionista. Demonstrando, assim, a preferência pela mera segregação social do indivíduo em relação aos cuidados empreendidos para a melhora de seu quadro clínico. Apesar dessa preponderância, o que se observa atualmente é a combinação entre tratamento e reclusão, ainda que a última tenha relevância maior. Por consequência, as próprias

---

de 1990, impulsionado pela teoria da incapacitação seletiva e, por isso, não mais conotando a tratamento terapêutico, e sim medida *civil* de neutralização.

<sup>27</sup> Detalhes sobre a lógica desse instrumento atuarial em Dieter (2012, p. 145).

Ciências Humanas – principalmente, a Psicologia e a Psiquiatria –, que tradicionalmente não trabalham com a noção de objetividade das Ciências Naturais e Matemáticas, aderiram à racionalidade atuarial, ao incorporar o grau de perigosidade nos exames de natureza supostamente clínica e a previsibilidade da reincidência. Isto é, até mesmo as terapias se fundam no gerenciamento de “pacientes” conforme classificações, demonstrando claramente a fusão entre as racionalidades clínica e atuarial.<sup>28</sup>

Por razões de objetivismo metodológico, hoje os prognósticos de risco são considerados mais confiáveis e neutros do que os diagnósticos clínicos, o que faz com que o Atuarialismo legitime determinadas práticas de repressão, o que não seria possível a partir das Ciências Médicas tradicionais, visto que possivelmente infringiram regras éticas da profissão. Ademais, os instrumentos atuariais, por serem de fácil aplicação e menos custosos, atendem ao princípio da eficiência.

Contudo, tendo em vista que tanto o método atuarial, quanto o médico apresentam suas limitações particulares em relação ao acerto das previsões, foram realizados estudos, desde a década de 1950, em que se recomendou a conjugação dos diagnóstico clínico, prognóstico atuarial e exame amnésico –, a citar o precursor trabalho de Paul E. Meehl (*apud* DIETER, 2012, p. 158), que propôs a integração entre o diagnóstico médico com o prognóstico de risco, ao defender que a utilização isolada do diagnóstico não era eficiente para determinar o grau de perigosidade individual. Foi assim que, a partir da década seguinte, houve uma transformação da clínica médica, que incorporou em sua prática instrumentos atuariais para aferição do risco do indivíduo sob análise, tendo em vista sua praticidade e precisão.

---

<sup>28</sup> Antes de prosseguir, é necessário entender a distinção entre o diagnóstico clínico e o prognóstico atuarial. (DIETER, 2012, p. 153-155). O primeiro tem por função determinar a inimputabilidade do sujeito, isto é, a incapacidade do sujeito de se entender responsável pelo crime cometido, com base na existência de sintomas que permitam diagnosticá-lo como portador de alguma psicopatologia clínica, relacionada a um padrão de comportamento “normal” e, com isso, é recomendado tratamento específico. O diagnóstico demanda: a) qualificação técnica e experiência profissional; b) recursos tecnológicos dispendiosos; c) tempo para realização dos exames; d) classificação prévia das doenças na literatura médica e; e) anuência do paciente em ser submetido ao exame e tratamento. Já o prognóstico atuarial analisa o indivíduo em relação a uma população considerada de alto risco mediante comparação entre suas características essenciais, sob o fundamento da regularidade do corpo social, e requer: a) rígida definição do evento a que se deseja regular; b) quantidade de dados coletados; c) o número; d) a objetividade; e) padronização dos dados; f) cálculo matemático e; g) a duração da previsão. Ou seja (DIETER, 2012, p. 154, *itálico no original*), “ao invés de sintomas, os atuários buscam fatores salientes, que determinam estatisticamente o maior *risco* de ocorrer um fato”. Além desses métodos mais convencionais, há ainda o exame amnésico, que consiste na análise individual do risco, tendo por base tão-somente os antecedentes criminais do sujeito avaliado. Crê que o comportamento individual é estável. Por ser mais simplista e por apresentar maior margem de erro, esse procedimento é utilizado como auxiliar aos outros dois procedimentos mais usuais.

Não obstante as benesses dos prognósticos atuarias terem encantado grande parte dos próprios profissionais da área de saúde, havia posições contrárias a essa mudança metodológica. Como exemplo, a pesquisa de Jerome G. Miller (*apud* DIETER, 2012, p. 160-161) que concluiu que a falibilidade dos diagnósticos clínicos era causada em 75% (setenta e cinco por cento) dos casos por falta de estrutura nos espaços destinados ao tratamento das psicopatologias diagnosticadas. Indicou, além disso, que a necessidade de controle social através da estratégia da neutralização seletiva seria o motivo para classificar indivíduos conforme sua perigosidade, e não o contrário como era declarado.

O que importa é que já no fim da década de 1980, todos os estados nos Estados Unidos já tinham deixado de utilizar de forma exclusiva os diagnósticos clínicos para decidir sobre a imputabilidade penal, sendo necessário para tanto o suporte dos instrumentos atuariais. A partir disso, houve forte incentivo governamental para o desenvolvimento de tecnologias atuariais para identificação objetiva dos propensos ao cometimento de crimes – especificamente, sexuais – nos centros de pesquisa canadenses, onde surgiu um dos mais notáveis mecanismos dessa natureza: o “Psychopathy Checklist – Revised” ou simplesmente “PCL-R”, criado por Robert D. Hare (*apud* DIETER, 2012, p. 161-165), que era direcionado aos psicólogos e psiquiatras para detectar de forma objetiva e prática, mediante o preenchimento de formulários pontuáveis<sup>29</sup>, psicopatologias em criminosos. Esses formulários levavam em consideração apenas a vida social pregressa e a identidade do criminosos e suas respostas determinariam o grau de risco individual, o que demonstra que o planejamento para o futuro e as intenções subjetivas do criminoso são totalmente irrelevantes para o prognóstico. Ou seja (DIETER, 2012, p. 163, *itálicos no original*),

pouco importa o que o examinado diz que vai fazer no futuro, porque o exame não leva em conta a declaração de suas intenções, concentrando-se sobre fatores estáticos. Por isso, setores críticos denunciam a grosseira generalização que o “PCL-R” promove no exame clínico das *psicopatias*, além de pressupor a estabilidade da constituição psíquica do indivíduo, um dado absolutamente indemonstrável que o teste tem por premissa.

Apesar das críticas, o “PCL-R” é amplamente utilizado, servindo inclusive de instrumento para decidir a aplicação da pena de morte em alguns estados dos Estados Unidos.

---

<sup>29</sup> Os formulários são denominados de “Dangerous and Severe Personality Disorder” ou, no português, “Transtornos de Personalidade Graves e Perigosos”.

Toda essa reviravolta na operacionalização do tratamento penal clínico acabou por modificar o significado de “imputabilidade penal”. Ora, o êxito das técnicas atuariais na identificação da perigosidade individual só foi possível graças à redução – impulsionada por estudos estatísticos, genéticos e neurocientíficos – da interpretação sobre psicopatologia, rotulando as variadas doenças sob uma denominação mais geral: transtorno de personalidade antissocial, o que foi respaldado pelo consenso sobre a desnecessidade do tratamento terapêutico individualizado conforme a patologia diagnosticada. Agora basta que os fatores de risco demonstrem a existência de comportamento perigoso e antissocial para que a incapacitação seja imposta como medida mais adequada, qualquer seja a patologia específica do indivíduo. Ou melhor, a psicopatia se transformou de uma patologia clínica determinada por sintomas específicos para mero perfil de risco indicativo da perigosidade individual.<sup>30</sup>

Dessa forma, a avaliação individualizada, particular outrora demandada pelas Ciências Médicas foi descartada, acarretando no que Dieter (2012, p. 167) caracteriza como uma “[P]sicologia de formulários”. Assim, o conhecimento técnico desses profissionais envolvidos com a Política Criminal se tornou irrelevante, uma vez que qualquer leigo capaz de preencher um formulário padronizado se torna competente para prognosticar o risco de reincidência e de perigosidade individual. Outro reflexo da perda do julgamento individualizado nesse processo é levantado por Dieter (2012, p. 168, *itálicos no original*):

Estes testes criam a ilusão de que, após um sucinto “*briefing*” introdutório, qualquer pessoa se julgue apta para se examinar ou ao próximo. Talvez não seja de todo exagerado considerar isso como mais um perigoso passo em direção à extinção do *princípio da confiança* e da *solidariedade social*: ao subordinar as relações sociais à prévia *classificação*, diminui-se muito o espaço para o exercício da *alteridade*, porque há uma negação objetiva do sujeito. A tentação de identificar e classificar o *perfil de risco* de alguém antes de tomar uma decisão pessoal certamente não caracteriza um *agir ético*, mas uma forma artificial, presunçosa e autoritária de se relacionar com os demais.

De modo que se verifica uma banalização da *psique* humana, que passa a ser vinculada dretamente à retórica do risco, e diante da praticidade dos mecanismos de aferição, facilmente (DIETER, 2012, p. 169, *itálicos no original*) “todos podem assumir o papel

---

<sup>30</sup> Assim, é demonstrado que houve uma inversão de conceitos se comparado com a década de 1960, a qual a sociabilidade do indivíduo indicava sua perigosidade; sob a lógica atuarial, é o grau de perigosidade que indica sua sociabilidade.

de médicos [...], policiais, promotores, juízes e carcereiros, desde que devidamente acompanhados de *instrumentos atuariais* confiáveis”.

Estrategicamente, a Política Criminal Atuarial se embasa em parâmetros pretensamente científicos, objetivos e imparciais, assim como automatiza todo o processo de criminalização secundária, dispensando, assim, toda e qualquer opinião de especialistas de outras áreas do saber que não a Estatística. Sua intenção (DIETER, 2012, p. 170, itálicos no original) “é punir um indivíduo por comportamento *incerto* que *pode* ser realizado de acordo com aquilo que outros – que *aparentam* ser *semelhantes* a ele – *disseram* que *tendem* a fazer quando perguntados”. Contudo, a validade desse método de gestão é extremamente duvidosa, já que é impossível garantir com certeza a ocorrência de eventos futuros.

Até mesmo as fases iniciais da criminalização secundária já foram afetadas pela lógica atuarial, ainda que constitua a maior dificuldade na “dominação” do sistema, por haver maior subjetivismo e presença de metarregras na atuação dos agentes envolvidos.<sup>31</sup> Exemplo disso é o fato de que, desde o início da década de 1970, os agentes do “Drug Enforcement Administration” (“DEA”)<sup>32</sup> padronizaram as características físicas de traficantes de drogas presos nos aeroportos dos Estados Unidos que, a partir da sistematização feita sobre esse estudo em 1982, serve de parâmetro obrigatório para as abordagens realizadas pelos agentes aduaneiros em todos os aeroportos do país.

Nesse sentido, outra política adotada que deve ser ressaltada é a “No-fly list”<sup>33</sup>, um arquivo que contém todos indivíduos que se enquadram no perfil de risco e que, sem necessidade de maiores explicações, são proibidos de entrar num avião em solo estadunidense. Esse instrumento atuarial é considerado por sua idealizadora, a “Transportation Security Administration” (“TSA”)<sup>34</sup>, a melhor forma de prevenção de crimes, principalmente do terrorismo. A lista é baseada em dados do “Terrorist Screening Database” (“TSDB”)<sup>35</sup>, vinculado, em última instância, ao “Federal Bureau

---

<sup>31</sup> A principal dificuldade da infiltração atuarial seria na a Polícia como a instituição mais discricionária – e arbitrária – desse processo, mas que era relevante, por ser o primeiro filtro de captação de indivíduos para o sistema penal, através das prisões em flagrante e da investigação de sujeitos suspeitos.

<sup>32</sup> Algo como “Administração do Cumprimento da Lei Anti-drogas”, em nível federal.

<sup>33</sup> Uma lista que contém as pessoas proibidas de usufruir do sistema aeroviário dos Estados Unidos.

<sup>34</sup> Agência governamental que controla os passageiros no embarque aéreo e tem por função a prevenção de riscos de incidentes, tais como o atentado ao “World Trade Center”, em Setembro de 2001.

<sup>35</sup> Na livre tradução, “Base de Dados para Detecção de Terroristas”, que é administrado pelo “Terrorist Screening Center” (“TSC” – ou “Centro de Detecção de Terroristas”).



of Investigation” (“FBI”). Assim, o acesso ao espaço aéreo pelos Estados Unidos é vedado àqueles que são incluídos nessa lista, conforme critérios atuariais. Além disso, um diverso instrumento estatístico na forma de um algoritmo “misterioso” para identificação e investigação de suspeitos é o “Discriminant Index Function” (“DIF”), que concentra seus esforços nas prováveis fraudes fiscais, a fim de escolher quais as declarações que devem ser submetidas à auditoria.

Em relação à fase subsequente no processo de criminalização secundária, a possibilidade e/ou arbitramento automatizado do valor da fiança, com base nos atuariais fatores de risco, se tornou o método mais adequado para decidir se o sujeito avaliado apresentava risco à normalidade do processo judicial, bem como para definir o valor da medida acautelatória. No tocante à decretação da prisão preventiva, o Atuarialismo serviu à diminuição do contingente carcerário, pois – como já explicado – a população de risco que necessitava do encarceramento constituía uma minoria, devendo o restante ser posto em liberdade vigiada. Por outro lado, a medida se legitimava unicamente na conclusão de ser o criminoso *perigoso*. Isso fez com que alguns dos estados do país criassem as chamadas “Leis do perigo”, que autorizavam a inversão do ônus da prova e a supressão do duplo grau de jurisdição para impugnação da classificação de “perigoso”, consolidando-se, assim, a “presunção de perigosidade” e relativizando a “presunção de inocência”.

Ainda sobre a prisão cautelar, os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos entenderam, em 1979, que (DIETER, 2012, p. 174-175) o confinamento na fase de pré-julgamento não possuía natureza criminal, mas de garantia do interesse público, cumprindo uma importante “função regulatória”. De modo que, em 1984, a mesma Corte, no caso “Schall v. Martin”, legitimou a aferição do risco de cometer delitos na instrução processual como requisito essencial para a decretação da prisão preventiva. Assim o perfil de risco necessário para o aprisionamento precoce foi definido com base nos seguintes fatores: a) ser jovem; b) desempregado; c) usuário de drogas; e, principalmente, d) já ter sido criminalizado.

Quanto à etapa de acusação formal do suspeito, ressalta-se a criação do “Career Criminal Programs” (“CCP”), desenvolvido no fim da década de 1970, no intuito de padronizar a atuação dos responsáveis por tornar formalmente um suspeito em criminoso. Para isso, vários estudos foram desenvolvidos e financiados pelo

Departamento de Justiça estadunidense, sendo o de Marcia e Jan Chaiken (*apud* DIETER, 2012, p. 177-178) direcionados aos “prosecutors”<sup>36</sup>, recomendando a não realização de qualquer acordo com os criminosos de alto risco e perigosos.<sup>37</sup> Ao contrário, os criminosos identificados como de baixo risco não deveriam ser encarcerados, indicando-se penas alternativas.

Porém, como a eficiência, no sentido de diminuir os custos do processo, a incapacitação seletiva dependia da contribuição do próprio delinquente, uma vez que na Justiça dos Estados Unidos admite-se o “plea bargaining”, instituto que permite ao criminoso que confessa o crime seja condenado sem processo a uma pena previamente acordada com a Acusação - era necessário antecipar a admissão de culpa para se gastar menos. De modo que, rapidamente, o Poder Legislativo sobrelevou as penas, a fim de tornar o processo um risco para o próprio criminoso, fazendo-o a aceitar as propostas acusatórias sob a lógica do utilitarismo. Ademais, excluiu-se completamente a participação dos magistrados desse procedimento, dando total autonomia à “Promotoria” para propositura e homologação dos acordos realizados. Em decorrência disso, hoje, mais de 90% dos acusados são condenados por declararem-se culpados, acarretando, de um lado, o agravamento da superpopulação carcerária, mas de outro, os gastos com processos são reduzidos drasticamente, o que legitima essa prática.

Deve-se ressaltar, ademais, que a utilização dos mecanismos atuariais se empenhou especialmente na sistematização da aplicação da pena pelos juízes, com o objetivo de afastar qualquer subjetivismo ou personalidade do magistrado na imposição de sentenças que, conforme a doutrina do “smart sentencing”, devem ser pautadas no cálculo-padrão objetivo e neutro do risco individual dos criminosos.

Assim, nos anos que antecederam o século XXI, foram criadas várias tecnologias baseadas na tomada de decisões da Psicologia Cognitiva, para fundamentar as decisões penais de acordo com a perigosidade comprovada pelo Atuarialismo. Dentre elas, cita-se uma das mais notáveis, o “Level of Services Inventory-Revised” (*apud* DIETER, 2012, p. 180-181), ou na forma reduzida “LSI-R”, que é multifuncional e se baseia em 54 (cinquenta e quatro) fatores de risco estáticos e dinâmicos, que devem ser

---

<sup>36</sup> Comparando-se com o sistema de justiça brasileiro, seriam os Promotores de Justiça, membros do Ministério Público.

<sup>37</sup> Mais informações sobre o procedimento atuarial desse estudo, ver Dieter (2012 p. 177-178).

respondidos apenas com sim ou não ou atribuídos a pontuação de 0 (zero) a 3 (três). O resultado demonstra o risco de reincidência do criminoso em determinado tempo. É considerado versátil, pois, além de ser empregado para a cominação da pena concreta, serve para instrumentalizar a individualização e a execução da pena, como por exemplo, para definir o grau de controle e cuidados, e decidir sobre os termos e a soltura do apenado. Contudo, logo no começo do século XXI, a “Parole Board” do estado da Pensilvânia estimou que a margem de erro do “LSI-R” era extrapolada conforme o entrevistador, devido à subjetividade dos fatores dinâmicos. Recomendou-se, dessa forma, a utilização exclusiva dos fatores de risco estáticos.

Mais relevante, na perspectiva de Dieter (2012, p.182) foi a constituição do “Guidelines Manual of United States Sentencing Commission”, que serve de parâmetro aos juízes federais na dosimetria da pena, com a pretensão de evitar nessa fase as discrepâncias dos critérios utilizados por cada Corte, na qual o criminoso é submetido. Ou seja, buscava regular de forma padronizada a aplicação da pena. Sob os ideais de “eficiência”, “justiça” e “igualdade”, o Manual, na verdade, submeteu os magistrados ao controle político da criminalidade, que prescrevia como fundamental cominar longas penas aos reincidentes. Após a adoção na esfera federal, vários estados implementaram – de forma espontânea ou influenciada pelo Poder Executivo<sup>38</sup> - a regulação atuarial nas sentenças definitivas criminais.

Esse campo foi e está sendo explorado de forma muito lucrativa pelo setor privado, vez que o mercado oferta – com base na expressiva demanda - variadas opções de mecanismos atuariais para aferição do risco e para o gerencialismo da criminalidade, com praticidade e baixo custo. É o caso do “Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions”, ou simplesmente “COMPAS” (*apud* DIETER, 2012, p. 185-186), cuja propaganda se baseia em suas qualidades de: precisão, confiança, imediatismo, praticidade e de fácil manejo. A tecnologia pode ser utilizada para calcular o risco individual de: a) ser violento; b) ser reincidente; ou c) causar transtornos à instrução processual. Assim, consegue abarcar o processo de criminalização secundário do início ao fim, adaptando-se ao objetivo desejado, seja ele: a investigação, a acusação, o processo, o cumprimento da pena ou a liberdade assistida.

---

<sup>38</sup> Em alguns estados, a partir de 1994, a prática foi incentivada por uma política aprovada pelo Congresso do país, a qual a padronização da aplicação de sentenças era pressuposto para que o governo federal lhes repasse altos valores.

Diante disso, é evidente que houve uma revolução no âmbito da Política Criminal, que, em poucas décadas, esvaziou o conteúdo normativo que limitava as violações de direitos humanos pelo Estado, bem como subjugou toda avaliação individualizadora envolvida nos processos de criminalização aos cálculos numéricos. De forma que uma assessoria técnica é capaz de reduzir a atividade dos policiais, promotores e juízes a um simples “aperto de botão”.

Vários desses aspectos marcantes da Criminologia Atuarial remetem à racionalidade do Positivismo Criminológico da Escola Italiana do século XIX, sobretudo à tradição etiológica do crime. O próximo capítulo busca explicar no que consistiu a Criminologia Positivista, e seus reflexos na Política Criminal Atuarial.

## **2 A INCORPORAÇÃO DE ASPECTOS DO POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO NO ATUARIALISMO PENAL**

O intento deste capítulo é demonstrar que a Criminologia Atuarial incorporou em sua perspectiva teórico-prática uma série de percepções oriundas da Escola Criminológica Positivista Italiana do século XIX. Assim, o capítulo inicia traçando as principais características criminológicas desta última Escola, para em seguida, comparar vários aspectos discursivos semelhantes entre as Criminologias Positivista e Atuarial.

### **2.1 A visão da Escola Criminológica Positivista sobre o fenômeno da criminalidade**

O Positivismo Criminológico é uma vertente das Ciências Criminais, que se desenvolveu entre o fim do século XIX e início do século XX, e formulou as primeiras noções sobre a Criminologia entendida como saber autônomo à Dogmática Penal.

Antes, porém, é necessário discorrer brevemente sobre o paradigma criminológico anterior à Escola Positivista, a fim de proporcionar uma melhor compreensão acerca das condições materiais e de produção acadêmica da Europa neste contexto. Durante os

séculos XVIII e começo do século XIX, vigorou no campo punitivo a teoria burguesa da Escola Penal Liberal Clássica, que contribuiu para a formalização dos Direitos Penal e Processual Penal. Nesse contexto, é consenso que a obra literária que mais marca a eclosão desse movimento é “Dos Delitos e Das Penas” do italiano Cesare Beccaria, que, em resumo (*apud* DIAS; ANDRADE, 1997, p. 7-10), buscou legitimar em bases mais humanitárias o poder punitivo do Estado em face do delito, compreendido como violação de direito estabelecido racionalmente no contrato social.

O objetivo principal dessa teoria penal era (BARATTA, 2011, p. 31) combater a “Política Criminal” inquisitorial e as técnicas punitivas do suplício – castigos corporais e penas de morte - presentes no Antigo Regime durante o Medievo. Sob a influência dos ideais filosóficos e políticos do Iluminismo – principalmente, (ANDRADE, 2015, p. 56) o racionalismo, o humanismo, o contratualismo e o liberalismo -, bem como das condições de transição do feudalismo para o capitalismo, o Classicismo Penal buscava estabelecer um novo modelo de justiça penal. No intento de assegurar a segurança do indivíduo contra o Poder Soberano, era necessária a codificação das leis, ou seja, a Ciência Penal deveria ser positivada, cujo cerne seria o respeito aos direitos naturais do homem, a fim de impedir arbítrios de poder. Isso, pois, se posicionava em favor da burguesia que, à época, estava em ascensão, mas via ameaçado seu desenvolvimento pelos poderes consolidados, isto é, pela nobreza e pelo clero. Assim, a proposta era realizar (ANDRADE, 2015, p. 55) “uma vigorosa racionalização do poder punitivo em nome, precisamente, da necessidade de garantir o indivíduo contra toda intervenção estatal arbitrária”.

O objeto principal do estudo do Direito Penal da Escola Clássica Liberal era o delito, que era analisado como ente meramente jurídico, significando mera violação do Direito – e da Razão - estabelecido no Pacto Social, decorrente do livre arbítrio humano. Além de ser compreendido como violação do Ordenamento Jurídico, acreditava-se que o delito era praticado de forma consciente e voluntária, o que geraria para o autor responsabilidade moral e, conseqüentemente, penal. Porém, ao atrelar a punição à culpabilidade, os sujeitos que não entendiam o caráter ilícito do crime – os enfermos, por exemplo – eram considerados inimputáveis, por inexistir o pressuposto essencial à penalidade: o livre-arbítrio. Considerando que todos os homens são iguais e livres, o delinquente era (ANDRADE, 2015, p. 66) “quem, na posse do livre-arbítrio, viola livre

e conscientemente a norma penal”, e assim, o foco da reflexão criminológica estava no ato delituoso, e não no autor.

Como resposta oficial ao crime, o Estado – nos moldes do livre-individualismo – deve punir o delinquente, porém, este poder-dever não pode ser ilimitado e tem de se pautar em postulados ético-normativos, tais como, os princípios da: (CARVALHO, 2015, p. 317) humanidade, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade dos delitos e das penas, do sistema acusatório, ampla defesa, valoração das provas, controle das decisões judiciais, (CARVALHO, 2014, p. 106-107) responsabilidade moral subjetiva, embasados no livre-arbítrio, certeza e segurança jurídica, (ANDRADE, 2015, p. 57) igualdade e utilidade.

Logo, como expressão das leis, as penas representariam o exato dano causado à sociedade, pois seria a medida justa de liberdade individual a ser sacrificada. Para garantia dos direitos individuais, (CARVALHO, 2015, p. 315) a Escola Liberal Clássica buscou prescrever e analisar todas as possíveis condutas que seriam crimes, bem como criar instrumentos objetivos, racionais e científicos para se obter a verdade processual. Tudo isso sob a crença de que o (ANDRADE, 2015, p. 62) “Direito é inerente ao Homem”, e portanto, os legisladores deveriam seguir “critérios absolutos, constantes e independentes de seus caprichos e da utilidade avidamente anelada por eles” para codificação dos crimes. Ressalte-se que o método adotado era o racionalista, lógico-abstrato ou dedutivo, o que quer dizer que o Direito Penal era visto como (ANDRADE, 2015, p. 55) “conjunto de leis naturais, absolutas e predeterminadas”, que provinha do Contrato Social.

Após a consolidação da burguesia no poder e o estabelecimento do sistema de produção capitalista, por volta da década 70 do século XIX, com a industrialização, aumento da população urbana, se fez urgente a possibilidade de o Estado intervir na economia e na sociedade, o que acarretou mudanças também na configuração do poder punitivo e do estudo da criminalidade. Nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade (2015, p. 78),

A emergência da Escola Positiva – e da Criminologia – responde, pois, a uma redefinição interna da estratégia do poder punitivo, somente admissível na ultrapassagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito social ou intervencionista.

Somado a isso, o programa da Escola Penal Clássica causava descrédito, tendo em vista os altos índices de criminalidade e reincidência, bem como a crise da concepção jusnaturalista de crime, devido a protagonização das teoria evolucionista de Charles Darwin e a da Física de Isaac Newton Darwin no cenário da ciência nesse período, dando ênfase à racionalidade empírica, objetiva e neutra das Ciências Naturais. Sob esse pensamento, o Positivismo Criminológico se põe como ciência imparcial, questionando: as Ciências Sociais poderiam se pautar na mesma lógica mecanicista, naturalista e geral própria das Ciências Naturais? A fim de alcançar o “equilíbrio social”, acreditou-se que sim; porém, deveriam modificar seu método e focar nas explicações causais fenomenológicas de maneira neutra, objetiva e imparcial. Isso revela que a ordem social deveria ser idealmente natural e constante; de igual forma, deveria ser o comportamento criminoso observado e (CARVALHO, 2014, p. 107)

determinado por leis naturais ou sociais invariáveis, o que impõe a crença no crime substancializado como algo intrinsecamente mau e na aceitação do criminoso como um ser necessariamente *diferente* do cidadão normal. Por conseguinte, o crime é sempre resultante de fatores que não deixam outra alternativa de comportamento.

Assim, tanto o ambiente social, quanto o acadêmico propiciaram a modificação de paradigma nas Ciências Criminais, destacando-se a Escola Positivista Criminológica, como crítica ao projeto criminal liberal clássico, que passa a focar a criminalidade na figura do delinquente – devido a descrença de que o crime advém de uma escolha individual pautada no livre-arbítrio - e o perigo social que ele representa. Recorde-se que a Escola Liberal Clássica entendia o delito como mera violação jurídica, (FERRI, *apud* CARVALHO, 2015, p. 318) “não sonhavam em procurar as raízes profundas da degenerescência individual e social”.

Diante disso, os positivistas defendiam que os direitos individuais do homem obstavam o direito de defesa da sociedade e, sob esse argumento, o objetivo principal da nova Escola era a diminuição eficiente da criminalidade, considerando que o classicismo penal fracassara. Dessa forma, o Positivismo Criminológico abandonou a filosofia metafísica e o método dedutivo da Escola antecessora, e optou pelo uso do método experimental ou empírico-indutivo. De forma que (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 12) se tornaram as

exigências fundamentais do positivismo: a negação do livre-arbítrio e a crença no determinismo e no postulado da previsibilidade dos fenômenos

humanos, reconduzíveis a 'leis'; a separação entre a ciência e a moral e a reivindicação da neutralidade axiológica da Ciência; a unidade do método, como método indutivo-qualitativo.

Foi assim que (CARVALHO, 2015, p. 39) surgiu a Criminologia, no âmbito das Ciências Penais, delimitando seu objeto específico de estudo às causas do crime e do criminoso – o *homo criminalis* -, se distinguindo, assim, da Ciência Jurídica Penal, meramente dogmática, e se tornando um saber autônomo.<sup>39</sup> Não obstante se proclamar autônoma e desvinculada de outros saberes, a Criminologia é, na verdade, a reunião de várias ciências: Direito, Psiquiatria, Psicologia, Antropologia, Medicina e Sociologia, como se notará pela leitura a seguir. Contudo, por se dizer paralela à Dogmática Penal, a Ciência Criminológica restringiu sua atuação à Política Criminal, ou seja, o seu objeto de estudo - a investigação do criminoso - se reduzia aos interiores das prisões. Ou seja, desde sua origem, a Criminologia serviu muito mais aos processos de criminalização secundária, de forma que a etiologia criminal (ou seja, a identificação das causas da criminalidade na figura do criminoso) deveria definir quem investigar, qual pena aplicar, e como se daria o seu cumprimento.

Pelo exposto, importa ressaltar que o objeto de estudo modificou-se com o abandono do classicismo e com o advento do positivismo: aquele tinha por foco o fato-crime (entidade jurídica), já este se concentrava na figura da pessoa criminosa, configurando um verdadeiro Direito Penal do Autor. Por focar no delinquente e em suas características pessoais, há uma relevante mudança paradigmática para o funcionamento do sistema criminal: não importa mais o fato, mas sim os estigmas individuais do sujeito criminoso. Assim, (CARVALHO, 2015, p. 272 e 274, itálicos no original) à Criminologia “caberia estabelecer métodos e critérios de observação científica do *homo criminalis*, de forma a identifica-lo, classifica-lo e diferencia-lo [*sic*] dos demais seres humanos”; sua pesquisa deveria se debruçar sobre a personalidade do indivíduo, “julgando e punindo sua história pessoal, familiar, afetiva e, inclusive, orgânica”.

---

<sup>39</sup> Salo de Carvalho (2015, p. 37-40) pondera que, mesmo com o advento da Criminologia, a Dogmática Penal ainda era considerada “superior”, pois era responsável por todo o processo de criminalização primária, isto é, de criação de normas jurídicas penais.



Com a intenção de identificar os sujeitos alvos da Criminologia Positivista<sup>40</sup>, várias foram as táticas adotadas, porém, é importante ressaltar que todas essas técnicas punitivas propostas eram focadas em certa anormalidade, patologia.

Na abrangência da Escola Positivista foi a Italiana a que mais se sobressaiu, pelas produções teóricas de Lombroso, Ferri e Garofalo. Através do método experimental, (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 25) negavam os pressupostos da Escola Liberal Clássica, principalmente a culpabilidade individual e o livre-arbítrio. A culpabilidade é afastada, já que não mais se crê no cometimento de crimes por decorrência do livre-arbítrio. As causas da criminalidade advêm de (CARVALHO, 2015, p. 272) “causas alheias, de fatores endógenos ou exógenos que anulam qualquer vontade, pois determinantes.”.

No que concerne à obra de Cesare Lombroso, publicada pela primeira vez em 1876, sob o sugestivo título “O Homem Delinquente”, importa ressaltar a sua tese: a do criminoso nato<sup>41</sup>. Assim, comparando pessoas encarceradas e livres, através da observação empírica, identificou traços anatômicos e fisiológicos comuns entre os delinquentes e ausentes nas pessoas livres. Atribuiu a causa dessas características criminosas ao fenômeno natural do *atavismo*<sup>42</sup>, e com essa relação reconheceu o criminoso como um ser não civilizado e, portanto, inferior.

Continuando com as contribuições do Positivismo Criminológico, Enrico Ferri (*apud* ANDRADE, 2015, p. 72) ampliou as determinantes do crime para “individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social)”, ou seja, as causas do crime poderiam ser individuais ou antropológicas, físicas ou naturais e sociais. Além disso, (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 18) distinguiu os delinquentes em natos, ocasionais, passionais, habituais e loucos.

---

<sup>40</sup> Este estudo preferiu dar ênfase à Escola Criminológica Positivista Italiana, encabeçada por Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

<sup>41</sup> O criminoso nato lombrosiano é conceituado com detalhes por Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer (2008, p. 24-25): “Uma espécie de ser atávico, degenerado, marcado por uma série de estigmas corporais perfeitamente identificáveis anatomicamente, como anomalias de crânio (“enorme fossa occipital e uma hipertrofia do lóbulo, análoga a encontrada nos vertebrados inferiores), fronte esquiva e baixa, grande desenvolvimento dos arcos supraciliais, assimetrias cranianas, fusão dos ossos atlas e occipital, orelhas em forma de asa, maçãs do rosto proeminentes, braçada superior à estatura, etc.”.

<sup>42</sup> Segundo Vera Regina Pereira de Andrade (2015, p. 72), significa “manifestação de traços característicos de uma etapa de desenvolvimento biológico primitivo na raça humana”. Para Thiago Fabres de Carvalho (2014, p. 108), o atavismo decorre da ocorrência de defeitos genéticos e hereditários de raças pré-civilizadas.

Ao visualizar as causas do crime no próprio criminoso, a concepção de delito também já não pode ser a mesma da Escola Clássica (ente jurídico que decorre de mera violação do Direito pelo livre-arbítrio). Ou seja (ANDRADE, 2015, p. 73)

O crime (a concreção de uma conduta legalmente definida como tal) não é, portanto, decorrência do livre-arbítrio humano, mas o resultado previsível determinado por múltiplos fatores (biológicos, psicológicos, físicos e sociais) que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos como ‘socialmente perigosa’.

Veja que os criminosos são identificados como uma pequena minoria dentre a sociedade, dividindo a população entre normais e anormais. Essa anormalidade que produz criminosos decorre de patologias de personalidade e é por isso que os inimputáveis da Escola Penal Clássica se tornam os principais alvos da Justiça Criminal Positivista, uma vez que a eles é atribuído “o grosso da criminalidade”. Essa lógica só subsiste graças ao pressuposto de que a maioria da sociedade se adequa e segue o padrão (isto é, as normas sociais), e uma das consequências pelo não ajuste ao padrão é a criminalidade. A Criminologia Positiva, então, (SANTOS, 2008, p. 4) delimitará seu estudo na etiologia do crime praticado por uma especial minoria. Em outros termos, Salo de Carvalho (2015, p. 272) observa que o *homo criminalis* se distingue da maioria “normal” de sua espécie, por não ter se desenvolvido adequadamente a ponto de atingir a “civildade”. Assim, apesar de aparentar ser humano, é, em essência, um “selvagem”. As causas desse defeito lhe escapam o controle, uma vez que são inerentes ao seu organismo biológico ou psíquico, de forma que, nesses indivíduos, o crime pode a qualquer momento se manifestar, já que é expressão de sua personalidade.

Não obstante a conjugação das teorias evolucionistas, a visão contratualista sobre a pena da Escola anterior é mantida: o Estado tem o dever de manter o funcionamento adequado da sociedade, de forma que a pena é mera reação para a defesa da sociedade, em relação aos indivíduos degenerados e perigosos. Nesse sentido, Thiago Fabres de Carvalho (2014, p. 109) afirma que a punição serve tanto para o melhoramento moral coletivo, quanto para o individual, de forma que a “neutralização ou a cura da patologia individual era o caminho necessário e legítimo para a saúde do corpo social”. O tratamento penal, então, tem por objetivo (CARVALHO, Salo de. 2015, p. 274) “cessar ou diminuir a índices aceitáveis a periculosidade do sujeito”.

Cabe abordar, ademais, a ótica do criminólogo positivista italiano Raffaele Garofalo em sua obra “A Criminologia: estudo sobre o delito e sobre a teoria da repressão”, publicada no fim do século XIX. Seu texto, como expressão do movimento positivista, criticava o pensamento estritamente jurídico da Escola Penal Clássica, mas, para além disso, ele formula sua própria teoria.

A primeira parte de seu livro busca conceituar o delito *natural*, pois ele é o único tipo de criminalidade estática, eterna, são (GAROFALO, 1890, p. 53) “acciones punibles en todos los tiempos y en todos los países”<sup>43</sup>. Dessa maneira, pode ser objeto de observação para elaboração teórico-prática, seguindo o método indutivo. Para o italiano, que era atraído pelas Ciências Psíquicas, as causas do crime estariam nos *sentimientos* do criminoso. Além disso, é válido frisar que desde logo o texto declara que se utiliza das bases teóricas das teorias evolucionistas de Charles Darwin e do darwinismo social de Hebert Spencer. Por isso, parte do pressuposto de que os sentimentos morais (isto é, os valores mais básicos e humanos adquiridos e transmitidos – e aperfeiçoados – geneticamente) são atividades psíquicas congênitas e orgânicas. Logo, a deficiência, ou patologia de ausência desses sentimentos morais são (GAROFALO, 1890, p. 56) “anomalías perfectamente naturales”. Aliás, esses sentimentos morais estão presentes nas sociedades civilizadas, pois estas já se encontram em estágio evolutivo mais avançado, enquanto as sociedades “selvagens” são “degeneradas” e desprovidas de tais valores. O que Garofalo quer dizer é que a causa do crime está em uma anomalia psíquica e hereditária que consiste na ausência de sentimentos morais, que são características de seres civilizados, que possuem sentimento de dever para com a sociedade. Ainda, assevera que apenas uma pequena parte de indivíduos de toda espécie humana é acometida por esta doença genética. Para esses poucos, não vale à pena insistir em qualquer método de reabilitação social, pois eles são naturalmente antissociais e, portanto, irrecuperáveis, elimináveis.

Após a compreensão do significado de delito natural, a segunda parte do livro se concentra na pessoa criminosa. Cita as conclusões do compatriota Cesare Lombroso, e apesar de afirmar ser consenso que (GAROFALO, 1890, p. 103) o aspecto físico dos criminosos os fazem “seres aparte”<sup>44</sup>, diz ser a determinante principal o comportamento

---

<sup>43</sup> As citações estão em espanhol, pois o arquivo que obtive acesso foi a versão traduzida para o idioma por Pedro Dorado Montero.

<sup>44</sup> Inclusive, afirma (GAROFALO, 1890, p. 111) ser notória a relação da feiura com a criminalidade natural.

psíquico, pois é ele quem prevê o comportamento físico e temperamental. Assim, o fator mais importante para a criminalização do sujeito é intrínseco a ele, e consiste na (GAROFALO, 1890, p. 124) anomalia genética denominada “degeneração congênita”. O criminólogo (1890, p. 129), contudo, ressalta que essa anomalia – presente em pequena parte dos indivíduos, mas responsável pela maior parte da criminalidade e da reincidência – não deve ser confundida com doença mental, pois “no perturban ni alteran em modo alguno las funciones orgánicas”. Isso transmite a seguinte mensagem: o criminoso é perigoso, e não inimputável.

Com a identificação dos delinquentes naturais, Garofalo (1890, p. 142-143) os classifica em violentos e ladrões. Os agressivos - mais perigosos, porque não possuem os sentimentos da bondade e piedade, geralmente cometendo assassinatos ou estupros – podem delinquir por serem insensíveis à dor; viciados em bebidas alcólicas; até mesmo influenciados pelas altas temperaturas; mas, principalmente, devido à sua condição psíquica especial, proveniente de causa hereditária. Já os criminosos contra a propriedade, o autor admite que há maior influência de causas sociais, sistêmicas. Mas deve-se dar atenção aos casos de (GAROFALO, 1890, p. 148) “improbidad congénita”, que é também anomalia psíquica adquirida geneticamente ou pelos hábitos sociais da primeira infância, consistente na ausência dos sentimentos de probidade e piedade.

Numa visão contratualista, defende que a sociedade não tem qualquer dever para com essas pessoas portadoras de tais anomalias. Deve, muito pelo contrário, excluí-las efetivamente do corpo social. Em seus exatos termos (1890, p. 151)

Como su anomalia es absolutamente congénita, la sociedad no tiene deber alguno para com ellos; y respecto de si misma, no tiene más que el suprimir á aquellos seres con los que no puede hallarse ligada por vínculo alguno de simpatía, los cuales, obrando tan sólo por egoísmo, son incapaces de adaptación y representan un continuo peligro para todos los miembros de la asociación.

Assim, se posiciona radicalmente contra os efeitos de tratamentos ressocializadores para o *homo criminalis*, já que (GAROFALO, 1890, p. 160) “en una palabra, adquirirá ideas, pero no sentimientos.”

Em relação às medidas repressivas, o criminólogo faz concluir que para cada tipo de criminoso há uma pena adequada, e que, além disso, quanto mais perigoso for o criminoso, maior deve ser o grau de sua exclusão do espaço físico social. Como

positivista, confiava que (GAROFALO, 1890, p. 214) as leis ajudariam na evolução moral de seu povo. Assim, a lei deve excluir da sociedade esse tipo específico de humanos “anômalos”, por representarem risco à estabilidade comunitária. Inclusive, assevera que esse grupo está concentrado em um inexpressivo número de indivíduos, o que facilitaria sua eliminação. Assim é que, na terceira parte do seu escrito, propõe a teoria da eliminação, que mistura teorias políticas contratualistas e teorias biológicas e sociais evolucionistas, partindo do seguinte raciocínio lógico: há indivíduos que não são evoluídos suficientemente para conviverem dentro dos padrões sociais. Caso não respeitem deveres básicos de respeito à comunidade, é um dever do Estado, enquanto representante da sociedade, extirpá-los da comunidade ofendida, vez que não são compatíveis com uma existência numa sociedade civilizada.

Com essa medida, há uma aceleração do processo de seleção natural – agora, artificial -, que vê na morte o meio mais eficiente de combater a criminalidade, por dois motivos: um, impede a reincidência e o cometimento de mais delitos pelo criminoso; dois, evita sua reprodução e, com isso, a transmissão genética da anomalia que causa os delitos naturais. Desse jeito, a eliminação de certos grupos, identificáveis por determinadas características psíquicas, se torna a função declarada da punição, entendida como (GAROFALO, 1890, p. 243) “el modo racional de la reacción social”.

Por fim, é extremamente importante no aporte teórico do autor a noção de *temibilidade*, própria de certos criminosos, que quer dizer (ANDRADE, 2015, p. 76, itálico nosso) “a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que há que se temer por parte dele, depois substituído pelo termo mais expressivo de *periculosidade*”, concebido como (CARVALHO, 2015, p. 273) “potência que indicará a maior ou a menor probabilidade individual de cometimento de delitos”. Dessa forma, propõe como finalidade da pena para esse tipo especial de criminoso - portador do elemento da temibilidade - a prevenção especial negativa, ou melhor, a eliminação do delinquente da sociedade, seja pela morte, deportação, ou rejeição. Assim (ANDRADE, 2015, p. 77), a medida justa da pena corresponde ao grau de periculosidade social do indivíduo. Além disso, há maior ênfase na análise da personalidade quando da individualização da pena, o que permite maior discricionariedade aos aplicadores e executores da pena. Com esse discurso, legitima-se (ANDRADE, 2015, p. 79) “a intervenção sobre a ‘personalidade perigosa’ do delinquente, com medidas curativas, em nome da defesa social”.

Depois de exposta a visão criminológica positivista do século XIX, pretende-se no próximo tópico evidenciar sua “revitalização” na transição do século XX para o XXI, por meio da Criminologia Atuarial.

## **2.2 A restauração da concepção criminológica positivista pela Política Criminal Atuarial contemporânea**

As muitas semelhanças do discurso positivista da Escola Criminológica Italiana com o Atuarialismo Penal do século XXI podem ser apreendidas a partir do que fora abordado nesse Trabalho de Conclusão de Curso. Agora apenas serão pontuados os aspectos discursivos mais marcantes elaborados pelos criminólogos precursores da Escola Italiana e que foram recepcionados recentemente no novo modelo de *gestão* da criminalidade, chamado de Política Criminal Atuarial.

Recordando-se que (DIETER, 2012, p. 38- 40) Lambert Adolph Jacques Quetelet, atuário, nas primeiras décadas do século XIX, desenvolveu o método de aplicação da probabilidade nos dados sobre criminalidade divulgados pelo governo francês, a partir de 1827. Foi quando desenvolveu as suas *leis da física social*, dando início ao apego à Estatística para administração de relações sociais estimulando, com isso, a sensação de resolução racional e eficiente de problemas cotidianos.

Nessa época, além de Quetelet, Francis Galton (*apud* DIETER, 2012, p. 41) – que era primo de Charles Darwin – ao fundir a Biologia, a Matemática e as Ciências Sociais, e coletando enorme quantitativo de dados anatômicos do ser humano, desenvolveu o estudo sobre os processos de intervenção humana na seleção natural.

Coincide, portanto, no século XIX, a infiltração das Ciências Exatas nas Ciências Criminais, originando o nascimento do Positivismo Criminológico.<sup>45</sup> Tanto é assim que o próprio Garofalo (1890) baseia sua teoria por muitas vezes em prognósticos estatísticos, indicativos da criminalidade, e inclusive chega a referenciar o próprio

---

<sup>45</sup> Quetelet, com sua metodologia atuarial, é considerado por alguns autores o precursor da Criminologia - e não os membros da Escola Positivista Italiana (DIETER, 2012, p. 39).

Quetelet. E, ademais, todo o seu estudo está situado na vertente sócio-biológico-estatística, assim como a *Eugenia* de Galton.

Pois bem, veja que até mesmo a essência do Atuarialismo já se disseminava pelas Ciências Criminais, quando do surgimento do Positivismo Criminológico. Mas, para além disso, há outros pontos que merecem destaque.

A Criminologia Positivista ascende no fim do século XIX como crítica à Dogmática Penal da Escola Liberal Clássica, uma vez que esta não havia resolvido o problema da criminalidade, apresentando altos índices de reincidência (ANDRADE, 2015, p. 67), e seu viés era humanitário, carregado de princípios que visavam limitar o poder punitivo do Estado. De igual modo foi com a Criminologia Atuarial que, ao derrubar o programa “ressocializador” do Estado de Bem-Estar Social, às vésperas da década de 1980 (DIETER, 2012, p. 78), se iniciou o processo de ruptura com ideais humanitários e princípios constitucionais, para orientar o funcionamento do sistema penal, tomando por base a ineficiência do sistema “benevolente” e as altas taxas de criminalidade e reincidência.

Em ambas transições de sistema, houve abandono de princípios considerados fundamentais, especialmente no processo criminal, tais como (DIETER, 2012, p. 191-201): a) legalidade, que subordina o Poder Público às leis, e atrela a responsabilidade penal a cometimento de fatos pré-determinados; porém, com o Positivismo e com o Atuarialismo a legalidade é abandonada, pois o foco são determinados sujeitos, contra os quais não há qualquer direito; b) lesividade, responsável por impor certa proporção entre a intervenção estatal e o dano causado à sociedade, já que para as Criminologias do século XIX e da contemporaneidade não importa o real dano causado, mas apenas a probabilidade de criminalidade futura, tendo em vista a periculosidade individual; c) humanidade das penas, corolário do Direito Penal Clássico é totalmente desprezado na Nova Penologia; d) devido processo legal, que é afastado em prol da “segurança pública”. Para os criminosos incorrigíveis – por qualquer meio que seja – o essencial é que sejam eliminados; e principalmente e) culpabilidade, onde reside a distinção entre Direito Penal do Fato e Direito Penal do Autor. Naquele é necessária a prática consciente de conduta previamente expressa em lei, limitando o poder punitivo em face do indivíduo; neste, o delito independe da ação, se relacionando com características verificáveis no ser humano considerado intrinsecamente criminoso perigoso.

Com a derrubada de seus sistemas antecedentes, as Políticas Criminais Positivista e Atuarial se autoproclamam científicas, racionais, neutras e eficientes, e se propõem a identificar as causas da criminalidade (a etiologia), encontradas no indivíduo-criminoso. Segundo Alessandro Baratta (2006, p. 89), “sobre la base del paradigma etiológico la criminología se ha convertido em sinônimo de la ciencia de las causas de la criminalidad.”

Além disso, a Política Criminal Atuarial (DIETER, 2012, p. 86) ressuscita a função da prevenção especial negativa da pena, ao propor a simples extirpação social do elemento perigoso, sem se preocupar com valores éticos ou normativos. Tal finalidade punitiva também é a proposta por Raffaele Garofalo (1890, p. 243), quando diz que para com os seres humanos psicopatologicamente perigosos a sociedade não tem qualquer dever, devendo extirpá-los do convívio social. As teorias da *eliminación social* e, mais tarde, da *neutralización selectiva de individuos altamente perigosos* são aceitas especialmente sob o argumento de que apenas uma pequena parte da sociedade é considerada perigosa, por ser responsável pela maioria dos crimes cometidos.

O perfil do perigoso é traçado, sobretudo, com base na observação empírica das características pessoais e comportamentais de indivíduos criminalizados. Veja, por exemplo, o funcionamento do instrumento atuarial B.A.C.I.S, utilizado na Política Criminal estadunidense na contemporaneidade: a partir de experimentos comportamentais e preenchimento de formulários objetivos, classifica-se e propõe-se medidas interventivas em criminosos de forma exata e imparcial. Por outro ângulo, o Positivismo Criminológico seguia a mesma lógica, ao preferir o método empírico-indutivo; seus adeptos analisavam as características particulares dos indivíduos, a fim de estabelecer quem seria ou não o delinquente natural, para neutralizá-lo (conforme o caso).

Assim, o padrão do criminoso que é estabelecido tanto pelo Positivismo, quanto pelo Atuarialismo é pautado em aspectos biológicos, psicológicos e sociológicos. Esse é o pensamento de Ferri (*apud* ANDRADE, 2015, p. 72). E também dos atuários Robert Figlio, Marvin Wolfgang e Terrence Thornberry (*apud* DIETER, 2012, p. 106-107), que concluíram que as causas principais do crime são: histórico criminal (social), ser negro (biológica) e ter baixo rendimento escolar (psicológica); de igual forma, a Suprema Corte dos Estados Unidos criou o precedente em 1979 sobre os critérios para decretação



da prisão cautelar: ser jovem, desempregado, usuário de drogas e já ter sido criminalizado. Ainda no âmbito do século XXI, a pesquisadora Terrie Moffit (*apud* DIETER, 2012, p. 107) relacionou as determinantes da criminalidade à deficiência neurológica e à pobreza.

No mesmo sentido, Garofalo (1890, p. 124) ressaltou a existência de uma anomalia psicológica em criminosos perigosos naturalizando, dessa forma, a propensão à delinquência. Um século depois, a Criminologia Atuarial também sustenta que são intrínsecos ao indivíduo os elementos que o fazem perigoso. Para esses especiais seres humanos, admitem-se intervenções estatais extraordinárias, que se pautam no controle absoluto e arbitrário dessas vidas, sob a retórica da “defesa social”.

Após a exposição realizada nessa pesquisa, resta apontar algumas ponderações a título de considerações finais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Política Criminal Atuarial é o modelo de justiça penal desenvolvido pelos Estados Unidos, na década de 1970, e se tornou a principal tendência para os países que se pautam na ideia de *gerencialismo* da Administração Pública. Por isso, é provável que em breve haja a adoção desse programa político-criminal em solo brasileiro; daí a relevância de estudar o tema. Esse sistema tem por racionalidade o Atuarialismo, que busca traçar fatores de risco para ocorrência de determinado evento e, ao ser aplicado na Criminologia, foca na figura do criminoso, estabelecendo quais as suas características pessoais (fatores de risco) que determinam sua perigosidade (evento).

Não obstante essa peculiaridade, pôde-se perceber a significativa semelhança com a Política Criminal Positivista, elaborada pela Escola Criminológica Italiana, no fim do século XIX. Quando a Política Criminal Atuarial incorpora em sua técnica a concepção etiológica-individualista do crime - própria do Positivismo Criminológico - naturaliza as causas da criminalidade, que são encontradas em indivíduos portadores de determinadas características sócio-bio-psíquicas, que os encaixam no padrão de criminoso. Dessa forma, o criminoso é naturalmente criminoso, ou seja, não há como resolver o problema

da delinquência, apenas gerenciar, ou melhor, controlar essas pessoas identificadas, mediante sua extirpação do círculo social.

Além disso, a gestão da criminalidade, mediante o uso de instrumentos atuariais, revive o dilema do Positivismo Criminológico, no que se refere à superação de valores ético-normativos atinentes ao funcionamento do sistema penal. Isso, pois, ao focar o sistema de justiça criminal na defesa da sociedade, mediante a eliminação de sujeitos naturalmente perigosos, faz com que os princípios humanitários, liberais e individuais, conquistados pela Escola Penal Clássica se tornem meros entraves à efetivação do programa de controle eficiente da criminalidade no mundo contemporâneo. Como se viu, a proposta de incapacitação seletiva de Peter Greenwood transfigura o Direito Penal do Fato para o mesmo Direito Penal do Autor dos primeiros criminólogos positivistas.

Esse pensamento legitima a existência de um constante Estado de exceção em desfavor de indivíduos criminalizados, transformados em inimigos públicos, em não-cidadãos. Em face deles não deve haver piedade, e nenhum dever, e nenhuma garantia legal ou proteção ética, pois são eles que causam todo o mal da sociedade devendo, portanto, ser eliminados. Então, a função declarada da pena passa a ser oficialmente a neutralização seletiva. Com isso, cria-se um modelo de justiça criminal paralelo ao Estado Democrático de Direito, que “cuida” apenas dos *seres naturalmente perigosos*

Assim é que – mais uma vez na história – a relativização da Dogmática Penal Liberal dá lugar a um modelo desumano para os considerados desumanos: o encarceramento com função exclusiva de segregação; ou a eliminação física para os escolhidos, a partir de fórmulas matemáticas, como perigos sociais internos. Ou seja, apesar de serem notórias as violações ético-normativas do Positivismo Criminológico de um século atrás, hoje se revive a mesma ameaça à manutenção do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal: compilación in memoriam**. Buenos Aires: Su Gráfica, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Tradução por Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o Homem Delinquent e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história**. Tese de Doutorado em Direito apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. 309 f. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01 jun. 2017.

FEELEY, Malcom M.; SIMON, Jonathan. **The New Penology**: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. 30 *Criminology* 449, 1992. Disponível em: [www.scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/718](http://www.scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/718). Acesso em 22 set. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France 1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARCÍA, José Ángel Brandariz. **Gerencialismo y políticas penales**. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, ano IV, nº 08, set. 2014. Disponível em: <[http://www.academia.edu/8541879/Gerencialismo\\_y\\_pol%C3%ADticas\\_penales\\_Revista\\_de\\_Derecho\\_penal\\_y\\_Criminolog%C3%ADa\\_Argentina\\_2014](http://www.academia.edu/8541879/Gerencialismo_y_pol%C3%ADticas_penales_Revista_de_Derecho_penal_y_Criminolog%C3%ADa_Argentina_2014)>. Acesso em 22 set. 2017.

GAROFALO, Raffaele. **La Criminologia**: estudio sobre el delito y sobre la teoria de la represión. Tradução por Pedro Dorado Monteiro. 2. ed. Madrid: La España Moderna, 1890. Disponível em: < <http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/laCriminologia.pdf>>. Acesso em 04 out. 2017.

GREENWOOD, Peter W. **Selective Incapacitation**. Califórnia (EUA): Rand Corporation, 1982.

MARTINSON, Robert. **What Works? – questions and answers about prison reform**. The Public Interest: 1974. Disponível em: <http://cat.ocw.uci.edu/media/SP14/99015/MartinsonL6T7P2.pdf>. Acesso em 12 set. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3 ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.