

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Prevenção especial negativa da pena: o terreno fértil para a implementação e difusão da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal

Special negative prevention of the punishment: the local where the implementation and dissemination of the actuarial logic in the legal penal subsystem

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Flávia Nunes de Carvalho
Cavichioli Carmona

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Sumário

I. DOSSIÊ ESPECIAL: POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL	19
PENAL ABOLITIONISM AND REFORMISM REVISITED	21
Roger Matthews	
A FORMULAÇÃO DA AGENDA POLÍTICO-CRIMINAL COM BASE NO MODELO DE CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL	37
Mário Lúcio Garcez Calil e José Eduardo Lourenço dos Santos	
TRIAL WITHOUT UNDUE DELAY: A PROMISE UNFULFILLED IN INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS.....	55
Cynthia Cline	
CONSTITUIÇÃO, STF E A POLÍTICA PENITENCIÁRIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM AGNÓSTICA DA EXECUÇÃO DAS PENAS	90
Bruno Amaral Machado e Rafael Seixas Santos	
PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA DA PENA: O TERRENO FÉRTIL PARA A IMPLEMENTAÇÃO E DIFUSÃO DA LÓGICA ATUARIAL NO SUBSISTEMA JURÍDICO-PENAL.....	114
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona	
A RELAÇÃO ENTRE CRIMINOGENESE E PRÁTICAS PENAIIS E O DEBATE SOBRE A TEORIA DA AÇÃO ENTRE SUBJETIVISTAS E OBJETIVISTAS	128
André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas	
A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E A IDEIA NEOLIBERAL DE CRIAÇÃO DE UM ESTADO MÍNIMO ...	163
Gina Marcilio Vidal Pompeu e Carlos Lélío Lauria Ferreira	
LA NECESIDAD DE INVESTIGAR LA PRISIÓN (DESDE AFUERA Y DESDE ADENTRO) PARA TRANSFORMARLA. SOBRE UNAS MODESTAS EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.....	179
Gabriel Ignacio Anitua	
AMBIENTE URBANO E SEGURANÇA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O ESTUDO E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS.....	195
Sergio Francisco Carlos Sobrinho, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Airton Guilherme Guilherme Berger Filho	
ECOCÍDIO: PROPOSTA DE UMA POLÍTICA CRIMINALIZADORA DE DELITOS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS OU TIPO PENAL PROPRIAMENTE DITO?	210
Djalma Alvarez Brochado Neto e Tarin Cristino Frota Mont' Alverne	

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO EM MASSA	228
Selma Pereira de Santana e Carlos Alberto Miranda Santos	
A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA CULTURA DE PAZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL	244
Charlise Paula Colet Gimenez e Fabiana Marion Spengler	
THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW: TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW, BASIS FOR A REGIONAL LEGAL THEORY OF CRIMINAL LAW.....	261
Nicolás Santiago Cordini	
CRIMES NA INTERNET E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS.....	277
Guilherme Berti de Campos Guidi e Francisco Rezek	
O PAPEL DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E ILÍCITOS RELACIONADOS.....	290
Antonio Henrique Graciano Suxberger e Rochelle Pastana Ribeiro Pasiani	
POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA DILACERADA: O EXEMPLO DA LEI 13491/2017 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.....	320
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro	
ATENDIMENTO INTEGRAL À VÍTIMA: A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	337
Waléria Demoner Rossoni e Henrique Geaquinto Herkenhoff	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO.....	361
Pedro Adamy	
O NEAH E A ATENÇÃO AO AUTOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM BELÉM.....	378
Luanna Tomaz Souza, Anna Beatriz Alves Lopes e Andrey Ferreira Silva	
BOTÃO DO PÂNICO E LEI MARIA DA PENHA.....	397
Ludmila Aparecida Tavares e Carmen Hein de Campos	
O QUE PENSAM AS JUÍZAS E OS JUÍZES SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: UM PRINCÍPIO DE DIÁLOGO COM A MAGISTRATURA DE SETE CAPITAIS BRASILEIRAS.....	422
Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt e Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros	
UMA SALA COR-DE-ROSA: A POLÍTICA PÚBLICA DE GÊNERO PREVISTA NA LEI 11.340/2006 NA CIDADE DE PIRAQUARA – PARANÁ.....	450
Priscilla Placha Sá e Jonathan Serpa Sá	

A PRÁTICA DA MISTANÁSIA NAS PRISÕES FEMININAS BRASILEIRAS ANTE À OMISSÃO DO DIREITO À SAÚDE E A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....	473
Elias Jacob de Menezes Neto e Tiago José de Souza Lima Bezerra	
REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: PROTEÇÃO NORMATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O APENADO LGBT	495
Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Daniel Camurça Correia	
CALONS: REDEFININDO AS FRONTEIRAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL	515
Phillipe Cupertino Salloum e Silva e Marcos José de Oliveira Lima Filho	
AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA JANELA PARA A MELHORA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL.....	531
Carolina Costa Ferreira e Gabriel Antinolfi Divan	
A ATUAÇÃO DO AGENTE PENITENCIÁRIO COMO BUROCRATA DE NÍVEL DE RUA: PARA ALÉM DA DISCRICIONARIEDADE.....	551
Thaís Pereira Martins e Camila Caldeira Nunes Dias	
QUANDO A LUTA ANTIMANICOMIAL MIRA NO MANICÔMIO JUDICIÁRIO E PRODUZ DESENCARCERAMENTO: UMA ANÁLISE DOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS PROVOCADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NO CAMPO DA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA E DE SAÚDE MENTAL ...	574
Patricia Carlos Magno e Luciana Boiteux	
PENAS ALTERNATIVAS PARA PEQUENOS TRAFICANTES: OS ARGUMENTOS DO TJSP NA ENGRENAGEM DO SUPERENCARCERAMENTO	605
Maíra Rocha Machado, Matheus de Barros, Olívia Landi Corrales Guaranha e Julia Adib Passos	
II. OUTROS TEMAS	630
AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO LESIVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL (MORALIDADE) E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVOS HORIZONTES DESVELADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	632
Luciano Picoli Gagno e Camilo José d'Ávila Couto	
AS PRÁTICAS DE JURIDICIDADE ALTERNATIVA NA AMÉRICA LATINA: ENTRE O REFORMISMO E O IMPULSO DESESTRUTURADOR A PARTIR DE STANLEY COHEN	649
Jackson da Silva Leal	
DISTINÇÃO INCONSISTENTE E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	668
Patrícia Perrone Campos Mello e Paula de Andrade Baqueiro	

DEMOCRATIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE	690
Rafael Antonio Baldo	
A TRANSPARÊNCIA DA POLÍTICA MONETÁRIA E A SUA LIMITAÇÃO AOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS.....	707
Marcelo Quevedo Do Amaral	
GESTÃO DOS ESPAÇOS MARINHOS NO CONTEXTO DAS ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS	726
Tarin Frota Mont`Alverne e Maira Melo Cavalcante	
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ANTE OS RISCOS ADVINDOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS BÉLICAS	746
Alice Rocha da Silva e Mario Abrahão Antônio	
A ESCOLHA DO ESTADO BRASILEIRO PELO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O DEVER DE FINANCIAR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....	767
Andre Studart Leitão, Thiago Patrício de Sousa e Alexandre Antonio Bruno da Silva	
POR QUE A ÁREA DO DIREITO NÃO TEM CULTURA DE PESQUISA DE CAMPO NO BRASIL?	782
Fayga Silveira Bedê e Robson Sabino de Sousa	

Prevenção especial negativa da pena: o terreno fértil para a implementação e difusão da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal*

Special negative prevention of the punishment: the local where the implementation and dissemination of the actuarial logic in the legal penal subsystem

Paulo Afonso Cavichioli Carmona**

Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona***

RESUMO

O objetivo deste artigo é abordar, dentro da temática dos fins da pena, a prevenção especial negativa como local onde a dinâmica atuarial tem encontrado seu espaço no subsistema jurídico-penal. Por meio de revisão bibliográfica, o artigo, primeiramente, analisa estudos atinentes às finalidades da pena criminal, sobretudo, sob a ótica de Jorge de Figueiredo Dias. Também, traça elementos iniciais de reflexão sobre a “nova penologia”, observada diante da invasão crescente da dinâmica atuarial no referido subsistema, notadamente na visão de Malcom Feeley e de Jonathan Simon, reconhecidos como os primeiros criminólogos a teorizar e tratar de forma crítica o tema. Aborda, ainda, a dinâmica da justiça atuarial, tecendo críticas ao ‘fetiche por números’ e apontando o perigo que emerge da implementação da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal, uma vez que impacta na política de segurança pública. Conclui-se que o discurso da prevenção especial negativa de neutralização da perigosidade social do agente delitivo também está presente no atuarialismo. Mostrar essa convergência e como os discursos do primeiro se entrelaçam ao do segundo é a grande inovação acerca da temática proposta. Destaca-se que o atuarialismo, sob o pretexto de uma suposta gestão eficiente da criminalidade, busca excluir grupos humanos etiquetados como perigosos. Alerta-se, ainda, para os riscos daí advindos como o fato de os modelos de identificação gerar erros (falsos positivos), a perpetuação do etiquetamento de classes já marginalizadas como grupos perigosos e a limitação do cárcere a um lugar apto a tão somente reduzir riscos, excluir e inabilitar agentes delitivos.

Palavras-chave: Fins da pena. Prevenção especial negativa. “Nova penologia”. Justiça atuarial. Gerenciamento de risco. Atuarialismo.

* Recebido em 24/02/2018

Aprovado em 09/04/2018

** Juiz de Direito (TJDFT), doutor em Direito do Estado (PUCSP), professor dos programas de mestrado em Direito e em Arquitetura e Urbanismo (UniCEUB), professor dos cursos de pós-graduação (FESMPDFT). E-mail: paulo.carmona@ceub.edu.br

*** Analista Judiciário (TJDFT), mestranda em Direito (UniCEUB). E-mail: flavianunes@gmail.com

ABSTRACT

The purpose of this article is to address within the thematic of the purposes of the punishment the negative special prevention as a place where the actuarial dynamics has found its space in the legal penal subsystem. Through a bibliographical review, the article, first, briefly analyzes studies related to the purposes of the criminal penalty, especially from the perspective of Jorge de Figueiredo Dias. It also traces initial elements of reflection on the “new penology”, observed in view of the increasing invasion of actuarial dynamics in the referred subsystem, notably in the view of Malcom Feeley and Jonathan Simon, recognized as the first criminologists to theorize and critically treat the subject. It also addresses the dynamics of actuarial justice, criticizing the ‘fetish for numbers’ and pointing out the danger that arises from the implementation of actuarial logic in the legal-penal subsystem, since it has an impact on public security policy. It is concluded that the discourse of the special negative prevention of neutralization of the social danger of the criminal is also present in actuarialism. To show this convergence and how the speeches of the first intertwine with the second is the great innovation about the proposed theme. It should be stressed that actuarialism, under the pretext of allegedly efficient crime management, seeks to exclude human groups labeled as dangerous. It also warns of the risks arising from the fact that the identification models generate errors (false positives), the perpetuation of the labeling of classes already marginalized as dangerous groups and the limitation of the jail to a place suitable only to reduce risks, exclude and disable criminals.

Keywords: Purposes of the punishment. Negative special prevention. “New Penology”. Actuarial justice. Risk management. Actuarialism.

1. INTRODUÇÃO

Compreender os fins da pena é uma tarefa difícil que perpassa a própria “história do direito penal”¹. Com efeito, ao longo do tempo foram utilizadas diversas justificativas para fundamentar e legitimar a repressão por parte do Estado².

Nesse contexto é possível destacar o surgimento de algumas teorias voltadas a explicar as finalidades da pena criminal. São elas: as teorias absolutas, ligadas à doutrina da retribuição ou expiação; as teorias relativas ou preventivas, atribuindo-se à pena finalidade socialmente útil (viés utilitarista) e as teorias mistas ou unificadoras, que buscam as mais variadas combinações entre as teorias anteriores.

Cumprir esclarecer que as teorias relativas supracitadas, associadas fortemente ao viés preventivo, abordam a pena tanto como instrumento de prevenção geral (negativa e positiva), quanto como instrumento de prevenção especial (positiva e negativa). E, dentre estas, para fins do presente artigo, a prevenção especial negativa merece maior destaque, pois, embora haja quem entenda que a correção dos agentes delitivos seja uma utopia de modo que a prevenção especial somente dirigir-se-ia a sua intimidação pessoal, há quem entenda que “a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura defesa social através da separação ou segregação do delinquente, só assim se podendo atingir a neutralização da sua perigosidade social”³.

Daí surge a problemática a ser enfrentada, qual seja: o discurso da prevenção especial negativa da pena de neutralização da perigosidade social do delinquente encontra ressonância no discurso da denominada Nova Penologia?

A hipótese que se delineia é afirmativa, pois a Nova Penologia, propagada pelos criminólogos Malcom

1 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 89.

2 SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 129.

3 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 103.

Feeley e Jonathan Simon, que foram os primeiros a teorizarem, criticamente, acerca do atuarialismo, em artigos publicados em 1992 e 1994, também se vale do discurso de neutralização da perigosidade social dos delinquentes, embora, em perspectiva mais ampla, uma vez que voltada a neutralizar não indivíduos específicos, mas grupos tidos como perigosos.

Com a Nova Penalogia, há uma alteração de paradigma porque a lógica empregada é a do gerenciamento — (*management*) — de risco e da adoção de estratégias de controle. Uma visão mercadológica, que acaba por subtrair o espaço antes ocupado pelo discurso da culpa, responsabilidade, reeducação, reabilitação e ressocialização do criminoso considerado individualmente.

Na sociedade marcada pelo medo, esse discurso ganha espaço, sobretudo, porque está pautado na ideia de segurança e de prevenção. Com efeito, a política criminal atuarial não é projetada para indivíduos, mas para dar uma resposta ao problema da periculosidade⁴. O discurso, no entanto, revela-se politicamente atraente e, ainda que travestido de uma política criminal populista, é “claramente elitista”⁵, porque está voltado a excluir, cada vez mais, os estereotipados.

Nesse contexto, em que se busca uma gestão eficiente da criminalidade, surgem receios e críticas, notadamente diante da nítida predisposição que esse sistema tem de desconsiderar a singularidade dos indivíduos e de acirrar a perseguição às classes sociais menos favorecidas.

Assim, o presente estudo foi sistematizado de modo a, primeiramente, analisar o estudo de Jorge de Figueiredo Dias sobre as finalidades da pena com destaque para prevenção especial negativa. Em seguida, traçam-se elementos iniciais de reflexão sobre a ‘nova penalogia’ na visão de Malcom Feeley e de Jonathan Simon. Aborda-se, ainda, a dinâmica da Justiça atuarial, tecendo críticas ao ‘fetiche por números’ e apontando, de forma desprezenciosa, alguns riscos advindos da implementação da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal.

2. FINS DA PENA CRIMINAL NA VISÃO DE JORGE FIGUEIREDO DIAS⁶: TEORIAS ABSOLUTAS, TEORIAS RELATIVAS, TEORIAS MISTAS OU UNIFICADORAS

Jorge Figueiredo Dias, em sua obra: *Questões fundamentais de direito penal revisitadas* aborda a temática, dedicou-se ao estudo do fundamento, sentido e finalidades da pena criminal⁷. Embora o cenário seja Portugal, de modo geral, a abordagem e sistematização da matéria é extremamente válida, sobretudo porque o autor é referência em obras brasileiras acerca da temática.⁸

Segundo o referido autor, a problemática acerca da finalidade da pena criminal é tão antiga quanto a própria história do direito penal e envolve toda uma discussão teórica com ênfase em questões fulcrais como a legitimação, a fundamentação, a justificação e a função da intervenção penal estatal. Pode-se dizer, portanto, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, também uma questão do destino do direito penal.⁹

O sentido, o fundamento e as finalidades da pena são indispensáveis para decidir, de que forma, a pena deve atuar para cumprir a função do direito penal e, ao longo dos tempos, o problema das finalidades da pena estão associadas às seguintes teorias fundamentais:

4 FEELEY, Malcom. Actuarial Justice and the modern state. In: BRUINSMA, Gerben; ELFFERS, Henk et al. (Ed.). *Punishment, places and perpetrators: developments in criminology and criminal research*. New York, 2012. p. 63.

5 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 816.

6 Jurista português, considerado o pai do Código Penal Português.

7 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 87; 136.

8 Obras como Teoria da Pena de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, *Prevenção criminal de Ana Paula Zomer Sica*, *Teoria da Pena e Execução Penal de Massimo Pavarini* e *André Giaberardino* citam de forma recorrente Figueiredo Dias.

9 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 89.

- a) as teorias absolutas: ligadas à doutrina da retribuição ou da expiação;
- b) as teorias relativas: a pena como instrumento de prevenção. Subdividem-se em prevenção geral (positiva e negativa) e em prevenção especial ou individual (positiva e negativa);
- c) as teorias mistas ou unificadoras: infinitas variações que se têm tentado combinar as teorias supracitadas.

2.1. Teorias absolutas

Conforme as teorias absolutas, a essência da pena criminal reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime e nesta essência se esgota, de modo que efeitos e reflexos laterais, tais como a intimidação da generalidade, a neutralização e a ressocialização dos agentes delitivos não brigam com a referida essência e natureza.

A lógica adotada é a da pena como uma expiação do mal que com o crime se realizou — “pune-se porque se pecou”, mandamento que adveio desde Protágoras (485 a.C - 415 a. C), avalizado por Platão (427 a.C - 347 a.C) e transmitido por Sêneca (65 d.C). O caráter retributivo retirado do princípio do talião — “olho por olho dente por dente”, penetra na idade antiga de representação mitológicas e perpassa a idade média, fundamentalmente de racionalidades religiosas. Com isso, tem-se que a ideia das teorias absolutas de retribuição é, basicamente, a justiça no mundo como mandamento de Deus e o juiz como representante terreno Deste.¹⁰

Já na idade moderna e contemporânea, essa doutrina bebe da filosofia do idealismo alemão de expoentes como Kant para quem a pena seria um imperativo categórico — quando a justiça desaparece, não tem mais valor que os homens vivam na terra. Para Hegel o crime é a negação e a pena a negação da negação, como anulação do crime que, de outro modo, continuaria a valer como restabelecimento do direito.¹¹

O centro da discussão por muito tempo referiu-se aos termos de compensação ou igualação a operar entre o mal do crime e o mal da pena. Ocorre que, ultrapassado o período do talião, reconheceu-se que a pretendida igualação não podia ser fática, mas sim normativa. Daí a controvérsia passou a ser se retribuição assumia caráter de reparação de dano real, dano ideal ou qualquer outra grandeza; se a retribuição ocorria em função do desvalor do fato ou antes da culpabilidade. Hoje, no entanto, a controvérsia está superada, pois a “compensação” de que a retribuição se nutre somente pode ser função da culpabilidade do agente.¹²

Cumprido destacar, o grande mérito da concepção retributiva foi erigir o princípio da culpabilidade¹³ a princípio absoluto de toda a aplicação da pena. Destaca-se que “se toda pena supõe a culpabilidade, nem toda culpabilidade supõe a pena, mas só aquela culpabilidade que simultaneamente acarrete a necessidade ou carência de pena”. A culpabilidade é pressuposto e limite, mas não fundamento único da pena (não é biunívoca). Todavia, como teoria dos fins da pena a doutrina da retribuição deve ser recusada, pois não é uma teoria dos fins da pena. Ao contrário, considera a pena como entidade independentemente de fins.¹⁴

Ademais, é inadequada à legitimação, à fundamentação e ao sentido de intervenção do Estado a retribuição, a expiação ou a compensação, porquanto são meios inidôneos e ilegítimos, notadamente em um Estado

10 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91.

11 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 92.

12 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93.

13 O princípio da culpabilidade não está expresso na Constituição Federal de 1988, mas encontra-se implícito em diversos dispositivos (arts. 1º, III, 5º, caput, dentre outros), é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Doutrinariamente vislumbra-se uma dupla virtude constitucional: a) fundamento da pena e do próprio direito de punir do Estado; b) como medida/limite da intervenção punitiva do Estado. Em outras palavras, não há pena sem culpabilidade e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade.

14 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93-95.

laico e pluralista. Assim, pode-se dizer:

[...] uma pena retributiva esgota seu sentido no mal que faz sofrer ao delinqüente como compensação ou expiação do mal do crime, nesta medida é uma doutrina puramente social-negativa, que acaba por se revelar não só estranha, mas no fundo inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinqüente e restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime; inimiga em suma, de qualquer atuação preventiva e, assim, da pretensão de controle e domínio do fenômeno da criminalidade.¹⁵

2.2. Teorias relativas

As teorias relativas, por seu turno, são voltadas aos fins. A pena se traduz num mal para quem sofre, mas a pena não pode se bastar nesta característica, destituída de sentido social-positivo. Assim, para justificar-se, a pena tem que usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente prevenção ou profilaxia criminal.

A grande crítica que os adeptos das teorias absolutas fazem às teorias relativas é no sentido de que o fato de se aplicar as penas a seres humanos em nome de fins utilitários ou pragmáticos que pretendem alcançar no contexto social, elas transformariam a pessoa humana em objeto, — violando sua dignidade. Figueiredo Dias, no entanto, afirma que a crítica é destituída de fundamento e alega que caso ela fosse verdadeira, ter-se-ia que concluir pela ilegitimidade total de todos os instrumentos destinados a atuar no campo social e a realizar finalidade socialmente úteis.¹⁶

Com efeito, esse viés utilitarista da pena é justificado por perseguir finalidades de prevenção, que em razão dos destinatários pode ser de prevenção geral, caso se volte à generalidade dos cidadãos, ou de prevenção especial se for destinada a um transgressor específico.¹⁷

a) a pena como instrumento de prevenção geral atua psiquicamente sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes por meio da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da aplicação judicial das penas e da efetividade da sua execução. Assim, constata-se uma dupla perspectiva: primeira, a **prevenção geral negativa** como forma acolhida de intimidação de outras pessoas por meio do mal que o delinqüente sofre; segunda, **prevenção geral positiva** ou de integração, como forma de manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força da vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico.¹⁸

Na perspectiva da **prevenção geral** da pena, destaca-se a doutrina de Feuerbach, conhecida hoje como coação psicológica, segundo a qual a finalidade da pena seria criar no espírito dos potenciais criminosos um contra-motivo suficientemente forte para afastá-los da prática do crime. Essa doutrina recebeu até certo ponto a confirmação das doutrinas da psicologia da profundidade, bem como das próprias doutrinas psicanalíticas, segundo a qual pessoas são capazes de dominar suas tendências criminosas porque percebem que quem se decide pelo crime recebem mais desvantagens do que vantagens. Assim, o autor continua destacando:

O reforço das doutrinas da prevenção geral em nova veste é oferecido pelas atuais teorias sistêmicas sociais seja pela via da reacentuação da função do direito penal como tutela subsidiária de bens jurídicos; seja pela via da redução da função da pena no sistema social à sua expressão simbólica de reafirmação contrafática da fidelidade devida às normas jurídicas de um dado ordenamento positivo.¹⁹

No que diz respeito à pena como instrumento de **prevenção especial ou individual**, ela é vista como um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinqüente com o fim de que não cometa novos

15 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 95-96.

16 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97-98.

17 PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146.

18 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97.

19 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 99-100.

crimes no futuro. Nessa perspectiva é nítida a finalidade preventiva contra a reincidência.

Na vertente da **prevenção especial negativa**, já anunciada como ponto relevante para o presente artigo, Figueiredo Dias anuncia que:

Para uns a “correção” dos delinquentes seria uma utopia pelo que a prevenção especial só se poderia dirigir à sua intimidação individual: a pena visaria, em definitivo, atemorizar o delinquente até um ponto em que ele não repetiria no futuro a prática de crimes. Enquanto para outros a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura defesa social através da separação ou segregação do delinquente, só assim se podendo atingir a neutralização da sua perigosidade social. Bem podendo então falar-se, em qualquer destas hipóteses, de uma prevenção especial negativa ou de inocuidade.²⁰

Note-se que esse caráter negativo está associado às teorias de incapacitação e neutralização, segundo as quais é possível derrotar ou conter a reincidência impedindo materialmente que o agente delitivo cometa novos crimes. Nesse viés a denominada reintegração social sede lugar à maior ou definitiva exclusão, que pode ir desde a eliminação física do condenado à segregação em uma prisão de segurança máxima, monitoramento eletrônico à distância, à castração para condenado de crimes sexuais, dentre outros.²¹

Clarividente, nesse cenário o atuarialismo no subsistema jurídico-penal ganha espaço, notadamente porque voltado a técnicas de gerenciamento de riscos, que, sob o pretexto de gestão eficiente da criminalidade, objetiva o controle de grupos humanos etiquetados como perigosos. Nesse ponto, esclarece-se, que, embora a classificação da prevenção especial negativa seja voltada a um indivíduo e a lógica atuarial seja voltada a grupos, são grupos determinados ou determináveis, em geral, estereotipados. E, em ambos os casos, o discurso é o da neutralização e o da exclusão.

Já a prevenção especial positiva ou de socialização tem para alguns por finalidade alcançar a reforma interior (moral) do delinquente, ao passo que para outros a finalidade terá de ser não a emenda moral, mas verdadeiro tratamento das tendências individuais que conduzem ao crime —(modelo médico ou clínico). Em definitivo, deve-se criar condições necessárias para que o delinquente possa, no futuro, viver sem cometer novos crimes o propósito é a reinserção social ou melhor inserção social. Observa-se que o pensamento de prevenção especial positiva é irrenunciável, mas não pode valer por si só como solução integral do problema.²²

2.3. Teorias mistas ou unificadoras

As teorias mistas ou unificadoras são evidenciadas nas doutrinas que tentam da mais variada forma combinar as teorias supracitadas. Figueiredo Dias alerta para dois grupos dessas teorias, são elas, as teorias em que reentra ainda a idéia de retribuição e as teorias de prevenção integral.

Quanto às teorias que reentram, ainda, a ideia de retribuição, pode-se dizer que visam combinar o caráter retributivo com as ideias de cunho preventivo. É dizer pena preventiva por meio de justa retribuição, que, para os olhos de Figueiredo Dias, é uma doutrina diacrônica dos fins da pena:

[...] no momento da sua ameaça abstrata a pena seria, antes de tudo, instrumento de prevenção geral; no momento da sua aplicação ela surgiria basicamente na sua veste retributiva; na sua execução efetiva, por fim, ela visaria predominantemente fins de prevenção especial.²³

Referido autor, no entanto, entende ser inaceitável esse grupo de concepções unificadoras ao argumento de que “a retribuição ou compensação da culpabilidade não é e nem pode constituir uma finalidade da pena”.²⁴

20 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 103.

21 PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 149-150.

22 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 103-107.

23 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109.

24 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109.

No que diz respeito às teorias da prevenção integral, é excluído das finalidades da pena qualquer resquício retributivo, expiatório ou compensatório. Assim, é mantido tão somente o caráter da prevenção, geral e especial, em prol de um ideal de prevenção integral. Também, quanto a esse modelo, o autor tece críticas afirmando que deve ser globalmente recusada.

Se é denominador comum de todas as doutrinas cabidas nesta concepção a idéia de negar in limine a concepção retributiva legitimidade para entrar na composição das finalidades da pena, daí elas concluem pela recusa do pensamento da culpabilidade como mero derivado da prevenção. Com o que, porém, fazem perder à intervenção penal o seu pressuposto e a sua limitação irrenunciáveis - pode dizer-se, o seu “axioma antropológico” -, a saber, o respeito pela eminente dignidade da pessoa. E com esta perda não é só o problema da culpabilidade jurídico-penal que completamente se falha: é a própria questão das finalidades da pena - que à partida se erra e desde o momento inicial irremediavelmente se inquina²⁵

Figueiredo Dias chega a sistematizar uma teoria por ele defendida, asseverando: a) toda pena serve a finalidades exclusivas de prevenção geral e especial; b) a pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpabilidade; c) dentro desse limite máximo, ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico, d) dentro dessa moldura de prevenção geral de integração, a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais. Assim, afirma que o art. 40²⁶ do Código Penal português confirma todo o percurso doutrinário que o conduziu a essas conclusões, o que é bem previsível já que ele próprio foi um dos idealizadores desse diploma Legal.

No Código Penal Brasileiro, por seu turno, a matéria está disciplinada no art. 59, alterado em 1984, passou a determinar que o juiz, atendendo às circunstâncias lá determinadas, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: as penas aplicáveis dentre as cominadas, a quantidade de pena, o regime inicial de cumprimento da pena e a substituição de pena, quando cabível. Assim, desde de 1984 consolidou-se a suposta finalidade preventiva do direito penal brasileiro ao se estabelecer que a pena deve ser avaliada de acordo com critérios suficiente para reprovação e prevenção do crime. Dessa forma, tem-se que necessidade de punir está expressamente ligada à prevenção do crime²⁷.

3. A “NOVA PENALOGIA” E SUA LÓGICA ATUARIAL

A institucionalização da lógica atuarial no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos, de lá projetando-se para demais países, foi promovida por políticos e acadêmicos, os quais utilizaram, em seu favor, o alto custo e o baixo desempenho do ideal ressocializador apresentado pela teoria jurídica da pena. Assim, não tiveram dificuldades, dado o alto índice de reincidência e sob a égide do princípio da eficiência, de afastar a prevenção especial positiva como premissa necessária da política criminal oficial. Esse processo começou nos anos 70, sofrendo aceleração a partir da década de 80, dando-se início a “nova penalogia”, pautada em premissas completamente distintas do modelo disciplinar do Estado do Bem-estar Social — (Welfare State).

De antemão, destaca-se que a nova penalogia tira o foco do indivíduo e o redireciona à lógica atuarial com foco em técnicas de identificação, classificação e administração de grupos populacionais, segundo determinados níveis de periculosidade previamente definidos. Busca-se administrar e regular grupos humanos

25 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 111.

26 - Art. 40 do CP de Portugal.

* n. 1: “a aplicação de penas [...] visa a proteção de bens jurídicos (conclusão c primeira parte) e a reintegração do agente na sociedade (conclusão d)”.

*n. 2 “em caso algum a pena de pode ultrapassar a medida de culpabilidade” (conclusão b).

27 SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção criminal: análise de políticas extrapenais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 9.

etiquetados como perigosos, com o objetivo de otimizar o gerenciamento dos riscos²⁸.

Cumpra esclarecer que o atuarialismo é uma técnica que nasce com o aumento exponencial dos acidentes de trabalho na indústria, em virtude do renascimento econômico pós Segunda Guerra Mundial, com os processos judiciais de consumidores contra sociedades comerciais por danos decorrente de produtos defeituosos e com outros feitos geradores de responsabilidade civil decorrente de relações de consumo. Assim, a fim de limitar os prejuízos econômicos, foram feitos estudos estatísticos que permitiam prever o grau de risco que podia causar um trabalhador ou uma relação de consumo e, com isso, limitar o tipo de tarefa a ser exercida pelo trabalhador ou a oferta de certos produtos.²⁹ Essa é a lógica empregada pelas seguradoras, em que técnicas atuariais são utilizadas para produzir taxas percentuais de seguros, estabelecendo prêmios para cobrir perdas e despesas esperadas. No sistema de justiça, por seu turno, a lógica atuarial é voltada à avaliação de risco e periculosidade dos criminosos e programas de tratamento, bem como sustenta estratégias de prevenção de crime e policiamento.³⁰

O artigo seminal “the new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications”, publicado em 1992 pelos criminólogos Feeley e Simon, traça um paralelo entre a antiga penologia e a mudança de paradigma que adveio com a “nova penologia”.

Na antiga penologia, o indivíduo era objeto de análise, ao passo que a nova está direcionada a previsões estatísticas, a preocupação com grupos e com estratégias de gerenciamento, ou seja, o foco é em uma categoria de ofensores e não em um indivíduo específico. A lógica da nova penologia é voltada ao gerenciamento de uma população permanentemente perigosa enquanto o sistema é mantido a um mínimo custo.³¹

Os referidos criminólogos apontam mudanças em três áreas distintas:

a) Surgimento de um novo discurso, ou seja, os discursos de diagnose clínica e retribuição são substituídos pela linguagem da probabilidade e do risco. Com efeito, é empregada a linguagem de utilidade social e gerenciamento e não a linguagem da responsabilidade individual. Desse modo, há uma tendência de mirar categorias e subpopulações em vez de indivíduos, não havendo mais foco na reabilitação ou outros métodos de intervenção orientados mais diretamente aos condenados.

b) Formação de novos objetivos, quais sejam: aumentar a primazia do controle eficiente do sistema ao invés do objetivo tradicional de reabilitação e controle de crime; o alvo não é mais a eliminação do crime, mas torná-lo tolerável por meio da coordenação do sistema; não há mais referência à reabilitação e à punição, mas sim à identificação e ao gerenciamento de grupos de risco; a taxa de reincidência continua a ser importante, mas com outro significado, pois passa a ser vista não mais como uma falha do sistema de reabilitação, mas como evidência da eficiência e efetividade do parole³² como aparato de controle; há uma diminuição de expectativas ao enfatizar o gerenciamento do sistema e os programas correcionais de controle de grupos populacionais em detrimento de sucessos ou fracassos individuais; há uma diminuição de expectativas em relação a sanção criminal; procura-se classificar, tipificar e gerenciar grupos perigosos eficientemente; a revogação de benefícios são tratados pelo sistema como forma eficiente de policiar e punir uma população cronicamente problemática; instituições começam a aferir suas próprias produções como indicador de performance, isolando as instituições da confusa e incontrolável demanda do mundo social, por limitar sua exposição a indicadores que a própria instituição controla, isso torna mais difícil, em longo prazo, avaliar,

28 MACHADO, Bruno Amaral. Duas “leituras” sobre a construção jurídica da impunidade. *Revista de informação legislativa*, [S.l.], n. 171, p. 281, jul/set. 2006.

29 LEITE, André Lamas. ‘Nueva penología’, punitivo tum y Derecho Penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre (pos)moderna. *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n.2, p. 9, 2013.

30 ROBERT, Dominique. Actuarial Justice. In: BOSWORTH, M. (Ed.). *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*. Thousand Oaks: Sage, 2005. p. 11. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4135/9781412952514.n5>, 1997>.

31 FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. *The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*. *Criminology*, London, n. 20, 1992.

32 O parole americano é comparável no Brasil ao ‘livramento condicional’

criticamente, as instituições, uma vez que não se tem referência com fins sociais substantivos.

c) desenvolvimento de novas técnicas: essas expectativas diminuídas manifestam-se no desenvolvimento de formas de custódia e controle com melhor custo-benefício e técnicas de identificação e classificação de risco. As formas de controle são justificadas em termos mais nebulosos do que a reabilitação ou a reintegração, pois a detenção depende da avaliação do risco. A incapacitação promete reduzir os efeitos do crime não modificando o ofensor ou o contexto social, mas reformulando a distribuição de ofensores na sociedade; se a prisão nada pode fazer, ao menos a detenção do ofensor por um tempo retardará a sua volta à atividade criminal, efeitos agregados significativos surgirão, alterando, apenas, de forma marginal, o destino do indivíduo. Conforme a incapacidade seletiva, o alcance da sentença depende do perfil do risco do condenado, portanto, o objetivo é identificar ofensores de alto risco, impondo-lhes penas altas e deixando as penas menores e menos invasiva para ofensores de menor risco, já que a prisão dá máxima segurança a um alto custo. Por outro lado, parole concede vigilância de baixo custo para ofensores de baixo risco. Assim, como o foco é direcionado a categorias de ofensores, os métodos mudam para mecanismos de avaliação e gerenciamento de grupos em vez de intervenção nas vidas de indivíduos.

A liberdade vigiada (probation) e o livramento condicional (parole) aumentaram de proporção rapidamente, revelando-se mecanismos importantes para além da aptidão de alargar as penas previstas, mas também na expansão e na redistribuição do uso do encarceramento, uma vez que parte dos encarcerados estavam em parole e probation.³³

Destaca-se que a “nova penologia” não considera a prisão uma instituição especial capaz de fazer diferença nos indivíduos que passam por ela. Ao contrário, funciona como uma das várias opções de custódia. Nesse cenário, a lógica atuarial determina uma expansão da manutenção do controle para gerenciamento mais eficiente do risco de modo que, por exemplo, o uso de drogas não é mais um indicador de desvio, mas sim um mecanismo de classificação do ofensor em um grupo de risco. Dessa forma, testes toxicológicos possuem função, mesmo na ausência de opção de tratamento, porque possibilita uma maior coordenação de recursos penais escassos.³⁴

4. A JUSTIÇA ATUARIAL, O “FETICHE POR NÚMEROS” E O RISCO DA IMPLEMENTAÇÃO DA LÓGICA CRIMINAL NO SUBSISTEMA JURÍDICO-PENAL

São associadas quatro características à denominada ‘justiça atuarial’, que se refere a esse modelo teórico atual que emprega métodos similares aos do atuarialismo na justiça criminal. Primeiramente, o desvio é tido como algo normal — o crime é percebido como um fato social inevitável; segundo, são prestigiados perfis de risco ao invés de indivíduos — as lentes do atuarialismo reconstrói o fenômeno individual e social como objetos de risco; terceiro, o gerenciamento é valorizado em detrimento da transformação — diagnóstico e tratamento têm cada vez mais dado lugar ao gerencialismo de modo que, conforme supracitado, ofensores são identificados, classificados e organizados segundo perfis de risco; e, quarto, o futuro é prestigiado em relação ao passado — o olhar lançado é prospectivo, interessado em estimar e prevenir a ocorrência de futuros comportamentos ao invés de sancioná-los ou compreendê-los, abordando as suas causas passadas.³⁵

Os prognósticos de risco são elaborados com base em estatísticas criminais relativas a um grupo social para determinar critérios de justiça aplicáveis a alguém identificado como seu integrante, seja na condição

33 FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, London, n. 20, 1992.

34 FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, London, n. 20, 1992.

35 ROBERT, Dominique. Actuarial Justice. In: BOSWORTH, M. (Ed.). *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*. Thousand Oaks: Sage, 2005. p. 11-12. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4135/9781412952514.n5>, 1997>.

de suspeito, acusado ou condenado. Ademais, o processo de mensuração do risco do criminoso tem por núcleo a atribuição numérica às suas características individuais e sociais que serão comparadas com dados de outros sujeitos já criminalizados.³⁶

A estrutura delineada revela um certo “fetiche por números”, nos dizeres de Jock Young, em sua obra *The criminological imagination*, onde tece críticas às pesquisas que vêm sendo desenvolvidas nas ciências sociais, como a criminologia, que prestigiam critérios quantitativos.³⁷ Embora a crítica lá seja voltada, basicamente, a pesquisas acadêmicas, é possível transplantar elementos aplicáveis à temática ora abordada. É o caso da necessidade de se ver com reservas esse ‘fetiche’, oriundo da ilusão de precisão e do ar de cientificidade e solidez que os números trazem, pois, ao tratar-se de questões sociais de cunho criminológico, corre-se o risco de ver pessoas meramente como dados estatísticos, ignorando realidades e fatos relevantes, fazendo com que criminosos ou grupos inteiros percam sua subjetividade.

Acrescente-se que a dinâmica mercadológica e contábil é terreno fértil para o populismo punitivo, onde regras como “três golpes e você está fora” (*three strikes you're out*) para os multireincidentes ganha força.³⁸ Tal política, reconhecida no chavão da comunidade de segurança como tolerância zero, evidencia a intolerância com incivildades, visando varrer desvios e desordem das ruas. Assim, calcula-se o que pode, provavelmente, causar desordem e mal-estar, mandando circular os inconvenientes em vez de prender criminosos.³⁹

A incapacitação seletiva, citada no item anterior, sustenta que, embora a prisão não possa fazer mais nada, pessoas consideradas perigosas podem ser detidas em um ambiente seguro para prevenir ou retardar a sua atividade criminosa. Circunstância que possui um efeito perverso, pois, mesmo que a aplicação em larga escala de incapacitação seletiva possa trazer efeito agregado significativo na redução da vitimização criminal⁴⁰, os modelos de identificação acabariam por cometer erros (falsos positivos) demasiados para um sistema minimamente democrático e que se baseia em valores humanos.⁴¹

Imperioso destacar outro risco da aplicação decorrente da lógica atuarial ao subsistema jurídico-penal, qual seja, a técnica de identificação dos grupos humanos etiquetados como perigosos para objetivar a otimização do gerenciamento dos riscos. Ora, observa-se que esse perfil tende a ser perpetuado como os das classes já marginalizadas — pobres e negros — evidenciando-se um controle social, que não deveria encontrar espaço em sociedades democráticas. Entretanto, é inegável que esse padrão encontre ressonância nas instituições responsáveis tanto na prevenção quanto na repressão do crime. Nesse aspecto, há alerta para necessidade de mudança de visão, por exemplo, por parte da polícia judiciária:

A realização da atividade de polícia judiciária sob o prisma de que o fato criminoso é um fenômeno inerente à convivência em sociedade, conforme preconiza a criminologia, é importante para que seus atores mudem a visão de agência policial-penal ainda impregnada pelas correntes biologicista do criminoso por tendência, do criminoso nato, dos traços em raças propensas ao crime, da condição de pobreza, etc. Visão ressuscitada pela investigação atuarial baseada na identificação e classificação de grupos de riscos e pelo direito penal do inimigo, baseado no alijamento dos direitos daqueles que representam o perigo.⁴²

Ademais, o encarceramento em massa e a vigilância contínua dessas classes consideradas perigosas reafirmam processos de exclusão, evidenciando a idéia da prisão como substituta do gueto, nos termos de Wacquant.⁴³

36 DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 20.

37 YOUNG, Jock. *The criminological imagination*. Cambridge: Polity, 2012.

38 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 817.

39 YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na sociedade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 182.

40 FEELEY, Malcom. Actuarial justice and the modern state. In: BRUINSMA, Gerben; ELFFERS, Henk et al. (Ed.). *Punishment, places and perpetrators: developments in criminology and criminal research*. New York, 2012. p. 62-78.

41 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 22.

42 HOTT, Júlio Lopes. A polícia judiciária e o combate à criminalidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 254, 2015.

43 WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 331.

É possível, ainda, observar que o abandono completo dos ideais, voltados à prevenção especial positiva da pena, como a ressocialização, reabilitação e reinserção social, decorrente da descrença total de que prisão não funciona, limita o cárcere a um lugar apto a tão somente reduzir riscos, excluir e inabilitar o criminoso, voltando-se praticamente ao modelo leprosário.⁴⁴

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca das finalidades da pena, com destaque para a prevenção especial negativa como terreno fértil para o discurso da “nova penalogia” e o riscos advindos da aplicação da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal, é possível tecer as seguintes considerações:

1 - Segundo Jorge Figueireido Dias, a problemática acerca da finalidade da pena criminal é tão antiga quanto a própria história do direito penal e envolve toda uma discussão teórica com ênfase em questões fulcrais como a legitimação, a fundamentação, a justificação e a função da intervenção penal estatal.

2 - Os problemas das finalidades da pena conduzem às seguintes teorias: a) as teorias absolutas: ligadas à doutrina da retribuição ou da expiação; b) as teorias relativas: a pena como instrumento de prevenção. Subdividem-se em prevenção geral (positiva e negativa) e em prevenção especial ou individual (positiva e negativa); c) as teorias mistas ou unificadoras: infinitas variações que se têm tentado combinar as teorias supracitadas.

3 - Dentre as teorias supracitadas, destacam-se as relativas na vertente da prevenção especial negativa, segundo a qual para uns a “correção” dos delinquentes seria uma utopia pelo que a prevenção especial só se poderia dirigir à sua intimidação individual, ao passo que, para outros, a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura defesa social por meio da separação ou segregação do delinqüente, somente assim se podendo atingir a neutralização da sua perigosidade social. Pode-se falar, em qualquer dessas hipóteses, de uma prevenção especial negativa ou de inocuização.

4 - Associa-se esse caráter negativo às teorias de incapacitação e neutralização, segundo as quais é possível derrotar ou conter a reincidência impedindo materialmente que o agente delitivo cometa novos crimes. Nesse viés a denominada reintegração social sede lugar à maior ou definitiva exclusão, que pode ir desde a eliminação física do condenado à segregação em uma prisão de segurança máxima, monitoramento eletrônico à distância, à castração para condenado de crimes sexuais, dentre outros. Esse discurso, também, está presente no atuarialismo, voltado basicamente ao gerenciamento de riscos, que tem ganhado espaço no subsistema jurídico-penal. Note-se que, ainda que voltado, em regra, a grupos e não a indivíduos específicos, esses grupos são determinados ou determináveis. São grupos humanos etiquetados como perigosos que, em nome de uma suposta gestão eficiente da criminalidade, buscam-se excluir.

5 - A institucionalização da lógica atuarial no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos, de lá projetando-se para demais países, foi promovida por políticos e acadêmicos, os quais utilizaram, em seu favor, o alto custo e o baixo desempenho do ideal ressocializador apresentado pela teoria jurídica da pena. Assim, não tiveram dificuldades, dado o alto índice de reincidência e sob a égide do princípio da eficiência, de afastar a prevenção especial positiva como premissa necessária da política criminal oficial.

6 - Os criminólogos Malcom Feeley e Jonathan Simon foram os primeiros a teorizarem criticamente acerca do atuarialismo, em artigos publicados em 1992 e 1994, anunciando a emergência de uma “Nova Penalogia”.

7 - A nova penalogia tira o foco do indivíduo e o redireciona à lógica atuarial com foco em técnicas de

44 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 819.

identificação, classificação e administração de grupos populacionais, segundo determinados níveis de periculosidade previamente definidos.

8 - Feeley e Simon apontam mudanças em três áreas distintas: a) surgimento de um novo discurso, ou seja, os discursos de diagnose clínica e retribuição são substituídos pela linguagem da probabilidade e do risco; b) formação de novos objetivos, quais sejam: aumentar a primazia do controle eficiente; o alvo é tornar o crime tolerável por meio da coordenação do sistema; identificação e gerenciamento de grupos de risco; a taxa de reincidência passa a ter outro significado, isto é evidência da eficiência e efetividade do parole como aparato de controle; enfatiza o gerenciamento do sistema e os programas correccionais de controle de grupos populacionais; há uma diminuição de expectativas em relação a sanção criminal; procura-se classificar, tipificar e gerenciar grupos perigosos eficientemente; a revogação de benefícios são tratados pelo sistema como forma eficiente de policiar e punir uma população cronicamente problemática; instituições começam a aferir suas próprias produções como indicador de performance; c) - desenvolvimento de novas técnicas, manifestadas no desenvolvimento de formas de custódia e controle com melhor custo-benefício e técnicas de identificação, e classificação de risco. São exemplos a incapacidade seletiva e vigilância eletrônica. O foco é direcionado a categorias de ofensores, os métodos mudam para mecanismos de avaliação e gerenciamento de grupos em vez de intervenção nas vidas de indivíduos.

9 - São associadas quatro características à denominada “justiça atuarial”: (1) o desvio é tido como algo normal; (2) são prestigiados perfis de risco em vez de indivíduos; (3) o gerenciamento é valorizado em detrimento da transformação; e, (4) o futuro é prestigiado em relação ao passado.

10 - A estrutura delineada na justiça atuarial revela um certo “fetiche por números”. É necessário se ver com reservas esse fetiche, oriundo da ilusão de precisão e do ar de cientificidade e solidez que os números trazem, pois, ao tratar-se de questões sociais de cunho criminológico, corre-se o risco de ver pessoas apenas como dados estatísticos, ignorando realidades e fatos relevantes, fazendo com que os criminosos ou grupos inteiros percam sua subjetividade.

11 - A dinâmica mercadológica e contábil é terreno fértil para o populismo punitivo, em que regras, como three strikes you're out para os multireincidentes, e discursos de intolerâncias, ganham força, impactando as políticas de segurança pública a serem adotadas.

12 - A própria incapacitação seletiva, a qual sustenta a possibilidade de se deter pessoas perigosas em um ambiente seguro para prevenir ou retardar a sua atividade criminosa, possui um efeito perverso, pois os modelos de identificação podem gerar erros (falsos positivos) demasiados para um sistema minimamente democrático e que se baseia em valores humanos.

13 - Outro risco da aplicação decorrente da lógica atuarial ao subsistema jurídico-penal é que haja perpetuação do etiquetamento de classes já marginalizadas como grupos perigosos. Ademais o encarceramento em massa e a vigilância contínua dessas classes reafirmariam processos de exclusão, evidenciando a idéia da prisão como substituta do gueto.

14 - Por fim, observa-se que o abandono dos ideais de ressocialização, reabilitação e reinserção social, decorrente da descrença total de que prisão não funciona, limita o cárcere a um lugar apto a tão somente reduzir riscos, excluir e inabilitar o criminoso.

REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- FEELEY, Malcom. Actuarial justice and the modern state. In: BRUINSMA, Gerben; ELFFERS, Henk et al (Ed.). *Punishment, places and perpetrators: developments in criminology and criminal research*. New York, 2012.
- FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, London, n. 20, 1992.
- FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. Actuarial justice: the emerging new criminal law. In: NELKEN, David (Ed.). *The futures of criminology*. London: Sage, 1994.
- HOTT, Júlio Lopes. A polícia judiciária e o combate à criminalidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 246-272, 2015.
- LEITE, André Lamas. ‘Nueva penologia’, punitivo tum y Derecho Penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertindumbre (pos)moderna. *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2, p. 1-62, 2013.
- MACHADO, Bruno Amaral. Duas “leituras” sobre a construção jurídica da impunidade. *Revista de informação legislativa*, [S.l.], n. 171, p. 277-284, jul/set. 2006.
- PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROBERT, Dominique. Actuarial Justice. In: BOSWORTH, M. (Ed.). *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*. Thousand Oaks: Sage, 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4135/9781412952514.n5>, 1997>.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SICA, Ana Paula Zomer. *Prevenção criminal: análise de políticas extrapenais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na sociedade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- YOUNG, Jock. *The criminological imagination*. Cambridge: Polity, 2012.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.