



ENCARCERANDO O FUTURO

Prisão preventiva,
reiteração delitiva e
avaliação atuarial de risco

MARCELO CARDozo DA SILVA

ENCARCERANDO O FUTURO

**Prisão preventiva,
reiteração delitiva e
avaliação atuarial de risco**

Direitos autorais © 2020 Marcelo Cardozo da Silva

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida sem a permissão expressa por escrito do autor.

Projeto gráfico e diagramação

LAURA GUIDALI AMARAL

Imagen da capa

PIKISUPERSTAR

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Silva, Marcelo Cardozo da

Encarcerando o futuro : prisão preventiva, reiteração delitiva e avaliação atuarial de risco / Marcelo Cardozo da Silva.

– 1. ed. – Porto Alegre : yoyo ateliê gráfico, 2020.

198 p.

ISBN 978-65-991347-0-8

1. Avaliação de risco 2. Direitos fundamentais 3.
Instrumentos atuariais 4. Prisão preventiva 5. Reiteração
delitiva I. Título.

20-38025

CDU-343.126

ENCARCERANDO O FUTURO

**Prisão preventiva,
reiteração delitiva e
avaliação atuarial de risco**

MARCELO CARDOZO DA SILVA

A ignorância, por si só, não é vergonhosa, desde que seja inevitável. No entanto, quando nos apressamos a medidas que afetam a liberdade humana e a dignidade humana, partindo do pressuposto de que sabemos o que não sabemos ou podemos fazer o que não podemos fazer, então o problema da ignorância assume uma tonalidade sombria.

Albert W. Alschuler

AGRADECIMENTOS

Este livro constitui minha tese de doutoramento, adaptada a um formato mais convidativo à leitura.

Assim, os agradecimentos que aqui faço, mesmo que já tenham sido externados na tese, merecem mais uma vez ser repetidos, pois que minha gratidão permanece absolutamente atual, ontem e sempre.

Renovo, portanto, meus agradecimentos. Primeiramente, à minha orientadora, a muito competente e gentil Professora Doutora Martha Lucía Olivari Jimenez. Ao Professor Doutor Robert Cottrol e à Professora Rosa Celorio, da George Washington University Law School, pela amável recepção, apoio e acolhida. Ao Professor Doutor Roger Raupp Rios, pelo fundamental apoio, pelas leituras dos originais e da versão final deste livro, por suas sempre muito bem-vindas contribuições e críticas, por sua participação na banca examinadora e por ter feito o prefácio desta obra, pela profunda amizade construída ao longo de tantos anos. Aos demais membros da banca, os Professores Doutores Adriana Alves dos Santos Cruz, Ângelo Roberto Ilha da Silva e Sandro Brescovit Trotta, por toda a atenção, cordialidade e gentileza. Ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que me autorizou a realizar parte da pesquisa da tese nos Estados Unidos da América. A todo o pessoal da 1ª Vara Federal de Gravataí e ao colega Dr. Bruno Polgati Diehl, cujos suportes e companheirismo me foram essenciais ao longo de toda a jornada. Aos colegas Germano Alberton Junior, Stefan Espírito Santo Hartmann e Paulo Canabarro Trois Neto, pela leitura deste trabalho e por suas sugestões.

E, no que concerne ao meu núcleo afetivo familiar, ofereço meus agradecimentos à minha irmã Ana Lúcia Cardozo da Silva e a meu cunhado Marcelo Figueiredo Ferzola, pelo tanto que me ajudaram. À minha mãe Marlene Cardozo da Silva, pelos sempre impressionantes apoio e incentivo. À querida amiga Jussara Marques Pereira de Castro, por toda a dedicação e auxílios. E, especialmente, à minha muito amada pequena grande família. À minha querida esposa Gisele Simone Scherer da Silva, que, além de ser meu esteio e parceira em todos os momentos deste trabalho, auxiliou-me muito nas diversas revisões por que passou o texto. E a meu muito amado filho, Tobias Scherer da Silva, a quem dedico este livro. Lutemos, meu filho, pela construção de um mundo melhor, sempre!!!

RESUMO

Nos Estados Unidos da América, o paradigma para a predição de reiteração delitiva na prisão preventiva encontra-se alicerçado na utilização de instrumentos atuariais de avaliação de risco. Tais ferramentas preditivas situam sua racionalidade no âmbito da periculosidade. Seguem um fio condutor que parte do positivismo criminológico do final do século XIX, passando pela subsequente acolhida desse movimento naquele país e pelos trabalhos da Escola de Sociologia de Chicago na primeira metade do século XX, ganhando, a partir de meados da década de 1960 em diante – quando o sistema de justiça criminal estadunidense passou a rumar cada vez mais para a lógica da periculosidade e da incapacitação, o proporcional crescimento do emprego de sua utilização. Tais ferramentas estatísticas, então, encontraram duas condições institucionais para sua consolidação: i) o reconhecimento, pela Suprema Corte, da constitucionalidade das prisões preventivas extraprocedimentais visando a evitar a reiteração delitiva; ii) a instituição das Pretrial Services Agencies, a quem coube o desenvolvimento e a aplicação dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, bem como o gerenciamento do risco identificado. Nos dias de hoje, corporificam e representam um modelo administrativo de análise do risco de reiteração delitiva, operando com base em uma concepção de justiça atuarial, tida por objetiva e científica.

Contudo, os instrumentos atuariais de avaliação de risco empregados nos Estados Unidos da América para a predição de reiteração delitiva, na prisão preventiva, não são hábeis para cumprir o fim a que se destinam, sendo, a partir da perspectiva do direito brasileiro, juridicamente inválidos e não-passíveis de incorporação. Sustenta-se que: 1) tais ferramentas estatísticas provocariam restrição inadequada ao direito fundamental à liberdade de locomoção (artigo 5º, inciso XV, da Constituição), pois que incapazes de predizer comportamento criminoso futuro, o que ocorreria porque: a) ocasionariam indevidas generalizações e extrações; b) careceriam de quaisquer análises qualitativas nas transformações que fariam dos fatos em dados; c) não apresentariam qualquer espaço para a causalidade em seus modelos, funcionando a partir de meras correlações; d) engendrariam substancial número de falsas

predições; 2) restringiriam indevidamente o exercício do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição), isto porque suas opacidade e ofuscação, que os caracterizariam, impediriam o acesso às razões que culminaram nos resultados por elas fornecidos nos casos concretos; 3) infringiriam o direito fundamental à liberdade na sua dimensão da autonomia (artigo 5º, caput e inciso II, da Constituição), que seria mais do que restringida indevidamente, sendo excluída totalmente; 4) gerariam discriminação institucional, violando o direito fundamental à igualdade (artigo 5º, caput e inciso XLI, c/c o artigo 3º, inciso IV, todos da Constituição), visto que: a) acarretariam o antijurídico etiquetamento da periculosidade (esta considerada como o risco de determinada pessoa vir a cometer um crime no futuro), constituindo-se um critério proibido de discriminação (inciso IV, in fine, do artigo 3º da Constituição); b) consubstanciariam uma forma de manutenção e de perpetuação das discriminações múltiplas já existentes no sistema de justiça criminal, exponenciando-as pelo efeito catraca que realizariam.

ABSTRACT

In the United States, the actuarial risk assessment is the tool most commonly used for predicting new criminal activity in cases involving pretrial detention. Actuarial risk assessment and similar predictive tools have as their rationale their ability to predict dangerous behavior. These methodologies began with the development of positivist criminology in the late nineteenth century. They developed further with the subsequent reception of positive criminology in the United States with contributions from the Chicago School of Sociology in the first half of the twentieth century. From the mid-1960s onwards – as the US criminal justice system began to move more and more toward incapacitation as the primary rationale for its penal system, usage of positive criminology increased. The development of statistical tools to determine future dangerousness was aided by two important institutional developments in the United States: (i) the recognition by the Supreme Court of the constitutionality of pretrial detentions aimed at preventing new criminal activity and ii) the establishment of Pretrial Services Agencies, which became responsible for the development and application of actuarial risk assessments, as well as the management of individuals deemed to be identified risks. Nowadays, these developments embody and represent an administrative model for the analysis of the risk of new criminal activity, operating on the basis of a concept of actuarial justice that is allegedly objective and scientific. Despite this, the actuarial risk assessments used in the United States for the prediction of new criminal activity are not capable of fulfilling their intended purpose and are, from the perspective of Brazilian Law, constitutionally invalid and, are thus not suitable for adoption. This thesis argues that: 1) such statistical tools would cause unlawful restrictions on the fundamental right to freedom of movement (article 5, item XV, of the Brazilian Constitution) and are unfit for their intended purpose, as they are unable to predict future criminal behavior, because a) they would cause undue generalizations and extrapolations; b) they lack any qualitative analyses of the facts; c) they do not have any room for causality in their models, instead they function on mere correlations; d) they would engender a substantial number of false predictions. 2) They would

also unduly restrict the exercise of the individual constitutional guarantee of the right to an adversarial process and a full defense (article 5, item LV, of the Brazilian Constitution). These tools, which often employ opaque methodologies frequently make it difficult to determine the validity of their results. 3) Employment of these methodologies would infringe the fundamental right to liberty particularly in the dimension of individual autonomy (article 5, *caput*, and item II, of the Brazilian Constitution). 4) They would generate institutional discrimination, violating the fundamental right to equality (article 5, *caput* c / article 3, item IV, and article 5, item XLI, of the Brazilian Constitution), because (a) they would lead to an non-judicial labeling of people as dangerous, constituting a prohibited category of discrimination (clause IV, in fine, of article 3 of the Brazilian Constitution); (b) these methodologies would substantiate a way of maintaining and perpetuating multiple discriminations already existing in the criminal justice system and indeed would greatly increase them.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

ABA – American Bar Association	NIC – National Institute of Corrections
AgR – Agravo Regimental	NERA – No Early Release Act
AJA – American Judges Association	NJSA – New Jersey Statutes Annotated
CEDH – Convênio Europeu dos Direitos Humanos	NVCA – new violent criminal activity
CF – Constituição Federal	p. – página
CJI – Crime and Justice Institute	PAS – Pretrial Assessment Services
COMPAS – Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions	PML – Pretrial Monitoring Level
CP – Código Penal	t. – tomo
CPP – Código de Processo Penal	RE – Recurso Extraordinário
DJ – Diário da Justiça	REsp – Recurso Especial
DMF – Decision Making Framework	ROR – release on own recognizance
ed. – edição	SFC – Salient Factor Score
Ed. – Editora	SPJ – structured professional judgment
EM/HD – electronic monitoring/ home detention	ss. – seguintes
FC – falha em comparecer	STF – Supremo Tribunal Federal
FTA – failure to appear	STJ – Superior Tribunal de Justiça
FY – fiscal year	TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
I2G – group-to-individual	UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul
HC – Habeas Corpus	US – United States
loc. – localização	USA – United States of America
NAC – nova atividade criminal	v. – volume
NCA – new criminal activity	v.g. – verbi gratia
NCSC – National Center for State Courts	

PREFÁCIO

A todo tempo, somos atormentados por sentimentos de insegurança; em todos os espaços, nossas sociedades estruturam mecanismos de segurança; nossos corações e nossas mentes vivem assombrados pelo medo; por todos os lados, multiplicam-se as instituições de controle e vigilância; culturalmente, alardeia-se a repressão como condição indispensável às existências. Brasileiros que somos, ano a ano a violência letal soma dígitos além dos de guerras entre nações. Não é de se admirar, portanto, que, onipresente, a angústia por segurança tome a cada um e à sociedade, nem que o clamor prisional se avolme entre nós. Testemunham-no as cifras massivas do encarceramento, não só pela condenação definitiva transitada em julgado, mas em especial na prisão preventiva.

É nesse cenário conturbado que Marcelo Cardozo da Silva oferece mais uma contribuição sólida e necessária para a concretização das prisões processuais nos marcos da democracia e do Estado Constitucional de Direito. Como já se notabilizara em “A Prisão em Flagrante na Constituição”, mais uma vez a inteligência, a seriedade acadêmica e a sensibilidade prudencial que caracterizam o ser humano, o cidadão e o magistrado florescem aqui.

Fruto de pesquisa de doutorado realizada no Brasil (UFRGS) e nos Estados Unidos (George Washington University), acolhida com nota máxima e distinção, “Encarcerando o futuro preventivamente: reiteração delitiva e avaliação atuarial de risco” abre ao leitor tantos horizontes quanto substancial e rico é seu texto. Ao invocar clássicos do passado e do presente, o autor dialoga, em seu pano-de-fundo, com a filosofia e as ciências sociais e humanas (Foucault, Garland, Wacquant) e entrelaça, como de rigor e hoje urgente, argumentação jurídica, direitos fundamentais e processo penal (Beccaria, Alexy, Figueiredo Dias, Pound, Tribe), para então, postos esses pilares com firmeza, debruçar-se os sistemas atuariais de avaliação de risco de predição delitiva. Passo a passo, a pesquisa debruça-se sobre a institucionalidade mal resolvida de sistemas atuariais nebulosos, destrinchando-os por dentro e em sua atuação, por meio de efetivo “estudo pormenorizado de cada parte de um todo, para conhecer melhor sua natureza, suas funções, relações, causas etc” (esse o

sentido denotativo de ‘análise’, conforme o Dicionário Houaiss).

Ao desincumbir-se com maestria e minúcia dessa tarefa, Marcelo Cardozo da Silva abre a caixa de Pandora da avaliação atuarial de risco, seja na dimensão técnica-estrutural dos instrumentos, seja perante exigências normativas de justiça.

Assim, procede ao desnudamento dos graves e comprometedores defeitos de representatividade do grupo nestes instrumentos, da ausência de fundamentação racional nas correlações realizadas e de altos índices de falsos positivos e falsos negativos, envoltos na cegueira simplificadora das impressionantes diferenças entre os eventos singulares; tudo resultando em violações ao direito de defesa, ao contraditório, à dignidade humana (pela adoção de um modelo de periculosidade incapacitador dos indivíduos) e à igualdade (pela intensa discriminação institucional).

A pesquisa acadêmica, cujo fruto agora se apresenta a auditório além dos muros universitários, adquire funções sociais e políticas incontornáveis. Ela demonstra como a segurança pública e o sistema de justiça acabam empregando métodos pseudocientíficos, carregados de distorções que tem em sua origem, assim como em seu fruto, dinâmicas altamente discriminatórias.

O livro com que Marcelo Cardozo da Silva nos brinda faz avançar a racionalidade jurídica, nos seus mais preciosos conteúdos democráticos e de direitos humanos, no árduo campo da segurança pública e da justiça penal. Ele também está visceralmente conectado à concretude da vida de indivíduos e grupos vitimados por não só persistentes, como tantas vezes renovadas discriminações.

Ao finalizar, peço licença para evocar e peço perdão por parafrasear “Os Miseráveis”; licença, para reverberar o alerta do autor sobre “as misérias da ‘injustiça atuarial’, sem o que “encarceramento do futuro” permanecerá aprisionado pela discriminação e injustiça; perdão, por ousar tocar na abertura do colossal romance, que personifica em Jean Valjean todos os encarcerados injustiçados, no seu passado e no seu futuro:

Enquanto, por efeito de leis e costumes, houver discriminação, forçando a existência, em plena civilização, de verdadeiros infernos, e desvirtuando, por humana fatalidade e por injustiça atuarial, um destino por natureza divino; enquanto os três problemas do século – a degradação do homem pelo proletariado, a prostituição da mulher pela fome, e a

atrofia da criança pela ignorância – não forem resolvidos; enquanto houver lugares onde seja possível a asfixia social e as discriminações estruturais; em outras palavras, e de um ponto de vista mais amplo ainda, enquanto sobre a terra houver ignorância e miséria, livros como este não serão inúteis (Victor Hugo, “Os Miseráveis”. São Paulo: Cosac & Naif, 2012. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros, p. 17).

Boa e proveitosa leitura a todos!

ROGER RAUPP RIOS

Mestre e Doutor em Direito – UFRGS. Pós-Doutor em Direito – Universidade de Paris. Professor do PPGD UNISINOS. Desembargador Federal do TRF4

Porto Alegre, 02 de junho de 2020

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	21
1. A REITERAÇÃO DELITIVA ENQUANTO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA	25
2. OS INSTRUMENTOS ATUARIAIS DE AVALIAÇÃO DE RISCO	33
2.1. Considerações gerais	33
2.2. Uma plethora de instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva	41
2.3. Os instrumentos atuariais de avaliação de risco enquanto carro-chefe da reforma do sistema de prisão/liberdade provisórias	46
2.4. Uma nova apregoada racionalidade de decidir	52
2.5. O funcionamento dos instrumentos atuariais de avaliação de risco no âmbito do sistema de prisão/liberdade provisórias	57
3. O ALICERCE DOS INSTRUMENTOS ATUARIAIS DE AVALIAÇÃO DE RISCO: O MODELO DA PERICULOSIDADE	65
3.1. Positivismo criminológico	67
3.1.1. A substituição da autonomia pela periculosidade	67
3.1.2. <i>Cientificismo</i> e estatística	73
3.1.3. A prisão: um laboratório. O processo de diferenciação	75
3.1.4. Uma legião de profissionais. Um novo objeto científico e uma nova disputa de poder	77
3.1.5. O controle social da <i>periculosidade</i>	78
3.2. A acolhida do positivismo criminológico nos Estados Unidos da América	81
3.3. A Escola de Sociologia de Chicago	86
3.4. As mudanças e continuidades do projeto positivista de meados dos anos 1960 em diante	90
3.4.1. A queda do ideal reabilitativo	93
3.4.2. Incapacitação	97

3.5. O surgimento das prisões preventivas extraprocedimentais no direito estadunidense: o tombo da autonomia	101
3.6. Um modelo administrativo de intervenção	116
3.7. Uma justiça atuarial	120
4. A ANTIJURIDICIDADE DO PARADIGMA DOS INSTRUMENTOS ATUARIAIS DE AVALIAÇÃO DE RISCO	125
4.1. O preceito da proporcionalidade: a estrutura dos argumentos jurídicos.....	127
4.2. Violação ao direito fundamental à liberdade de locomoção: a inadequação dos instrumentos atuariais de avaliação de risco para a predição de reiteração delitiva	134
4.2.1. Os problemas G2I e de representatividade do grupo	135
4.2.2. Fatos para números: meras análises quantitativas.....	137
4.2.3. Correlação, e não causação	138
4.2.4. Falsos positivos e falsos negativos.....	140
4.3. Violação ao direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório: a opacidade dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva.....	144
4.4. Violação ao direito fundamental à liberdade: a desconsideração da autonomia	149
4.5. Violação ao direito fundamental à igualdade: discriminação institucional	158
4.5.1. Discriminação institucional e o <i>etiquetamento</i> da <i>periculosidade</i>	162
4.5.2. Discriminação institucional e o efeito catraca	169
CONCLUSÃO.....	175
BIBLIOGRAFIA	179

INTRODUÇÃO

A aplicação da norma penal incriminadora (e correspondente sanção) dá-se *post facto* por intermédio do processo penal, no qual, em um procedimento aberto ao contraditório, a partir de um determinado contexto probatório, em retrospectiva analisam-se o fato e a possível incidência da norma. Apenas com base em provas (lícitas e suficientes) sobre fatos passados é possível a aplicação da sanção penal, que, por regra, consubstancia-se na restrição à liberdade de locomoção por determinados períodos de tempo (a pena privativa de liberdade). Mesmo que o passado seja essencialmente móvel na perspectiva daquele que o interpreta, sua apreciação, no procedimento penal, é reduzida aos fatos cujas provas se encontrem à disposição. Pode-se não haver certeza como o passado se deu, mas ninguém pode voltar no tempo para mudar o passado: o passado não volta.

Embora nossas inseguranças, o passado é incomparavelmente mais seguro do que o futuro, aberto ao tempo e à vontade. Pode-se (e por vezes é obrigatório) falar sobre o futuro, apresentando-se argumentações sobre certas tendências; contudo, o fato, em si, ainda não existe; está (ou estará) no futuro, passível, inclusive, de não ocorrer em vista dos múltiplos encadeamentos que nos levam do presente até o futuro. Pode-se saber que “A” matou “B”; mas não há, definitivamente, como dizer que “C” matará “D”.

O direito penal volta-se para o passado; sua estrutura normativa apoia-se em suas regras fundantes da legalidade e da irretroatividade, aquela exigindo previsão legal da norma penal incriminadora e de sua sanção previamente à ocorrência do fato; esta última (a irretroatividade), vedando a edição de norma penal incriminadora, ou a alteração de sua sanção, que vise a tipificar fato já acontecido ou agravar-lhe a sanção.

Como será visto neste livro, a lógica da prisão preventiva, contudo, é inversa à do direito penal, pois que essencialmente preditiva de riscos. Analisa o presente e prognostica um futuro que se pretende prevenir; e o faz de forma radical, já que com a possível segregação de alguém.

Um dos riscos cuja concretização a prisão preventiva visa a evitar é o da reiteração delitiva.

Contudo, é altamente problemático predizer que alguém virá a cometer um crime e que, por isso, deva ser preventivamente preso. Como prever o futuro?

Em seu início, o objetivo principal da pesquisa que desaguou na tese de que resulta este livro era o de construir um modelo jurídico-interpretativo que apresentasse e que elaborasse elementos que pudessem vir a auxiliar os juízes brasileiros na análise do risco de reiteração delitiva na prisão preventiva, análise esta que, para tornar ainda mais complexa a já complexa tarefa, é realizada, por regra, em um ambiente de urgência (como ocorre, por exemplo, quando o juiz tem de decidir, durante uma audiência de custódia, sobre pedidos de prisão preventiva).

A proposta inicial era verdadeiramente ambiciosa; mas também era, ao mesmo tempo, realista na necessidade sentida, pois que, diariamente, os juízes têm de realizar tais prognósticos, por mais difíceis que sejam. Aqui, no Brasil, não parecia (e ainda não nos parece) tivessem sido dados passos consistentes rumo à estruturação do juízo de prognóstico do *risco de reiteração delitiva*. Até hoje, não se sabe como concretamente realizar esse juízo de predição em nosso país, o que se há de reconhecer altamente complexo e, provavelmente, até mesmo inatingível.

Passou-se, então, a pesquisar por soluções adotadas por ordenamentos jurídicos de outros países acerca do tema. Dos ordenamentos apreciados, nenhum se aproximava da forma direta e concreta com que os Estados Unidos da América cuidavam da *reiteração delitiva* como elemento autorizador da prisão preventiva. Parecia-nos, nas primeiras pesquisas, impressionante a clareza com que o tema era lá tratado. Também os movimentos de reforma do sistema de justiça criminal nos Estados Unidos da América, que tinham como elemento central de sua agenda a realização de prognósticos de risco na prisão preventiva, motivavam fosse estudado com maior profundidade o que lá estava e está sendo feito. Talvez, aqui no Brasil, fosse possível seguir os passos do que lá era produzido (e do tanto do que lá se refletia) sobre o tema.

Foram selecionados, então, os Estados Unidos da América como experiência jurídica e social a conhecer; por isso, nos anos de 2018-2019, como *Visiting Scholar*, procedi à pesquisa sobre o tema na George Washington University Law School, em Washington DC. Lá, além dos estudos e pesquisas levados a efeito, foi possível acompanhar, em alguma medida, o trabalho que era realizado pelo Poder Judiciário estadunidense.

No cerne da experiência estadunidense para a análise do risco de reiteração delitiva, encontram-se ferramentas estatísticas que, naquele país, foram criadas às dezenas e mais dezenas, os denominados *instrumentos atuariais de avaliação de risco*. A promessa desses instrumentos atuariais era e é algo quase inimaginável para um juiz que tem poucos minutos para decidir sobre a prisão ou a liberdade de uma pessoa: predizer o futuro com alguma segurança.

Os objetivos da pesquisa passaram a aqui residir: analisar se os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva seriam não apenas hábeis a cumprir, com segurança, o fim a que se destinavam, mas também se, a partir da perspectiva do direito brasileiro, seriam juridicamente válidos, e, portanto, passíveis de incorporação. Articulou-se, então, a hipótese da pesquisa nos seguintes termos:

HIPÓTESE: Os instrumentos atuariais de avaliação de risco empregados nos Estados Unidos da América para a predição de reiteração delitiva, na prisão preventiva, são hábeis a cumprir o fim a que se destinam, sendo, a partir da perspectiva do direito brasileiro, juridicamente válidos e passíveis de incorporação.

Para a apreciação da hipótese, a pesquisa foi assim estruturada.

No capítulo I, situa-se a *reiteração delitiva* enquanto um dos riscos cuja concretização a prisão preventiva almeja evitar, entendimento este que é plenamente admitido no direito brasileiro, defluindo do conceito de *garantia da ordem pública*. Expõe-se que a prisão preventiva cujo objetivo é evitar o cometimento de novos crimes ostenta caráter *extraprocedimental*, pois que suas finalidades são exteriores às necessidades intrínsecas do procedimento penal.

No capítulo II, apresenta-se, de uma maneira ampla, os instrumentos atuariais de avaliação de risco de predição de reiteração delitiva, que corporificam e representam, em grande medida, o âmago de diversos projetos de reforma do sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América. São trazidos seus conceitos fundamentais, suas rationalidades, suas finalidades; toma-se, ainda, em meio a dezenas e mais dezenas de possibilidades, um dos instrumentos como exemplo para demonstrar seus concretos funcionamentos – o *Public Safety Assessment* – PSA, utilizado no Estado de New Jersey e produzido especialmente para o sistema de prisão/liberdade provisórias.

No capítulo III, os instrumentos atuariais de avaliação de risco são postos no âmbito próprio de sua rationalidade: o da *periculosidade*. Traça-se,

como fio condutor da evolução de tais institutos, uma sequência que parte do *positivismo criminológico* do final do século XIX, passando pela subsequente acolhida desse movimento nos Estados Unidos da América e pelos trabalhos da Escola de Sociologia de Chicago (berço do primeiro instrumento de previsão de comportamento delitivo), na primeira metade do Século XX. Na sequência, considerando as profundas alterações que sofreu o sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América a partir de meados da década de 1960 – que passou a rumar cada vez mais para a lógica da *periculosidade* e da *incapacitação*, o fio condutor da argumentação segue expondo o correspondente gradativo crescimento do emprego dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, que, então, encontram duas condições institucionais para sua consolidação: i) o reconhecimento da constitucionalidade das prisões preventivas *extraprocedimentais* pela Suprema Corte (ou seja, o reconhecimento da possibilidade de realização de prisões provisórias com base na *periculosidade* visando a evitar a reiteração delitiva); ii) a instituição das *Pretrial Services Agencies*, agências administrativas, vinculadas ao Poder Judiciário, a quem coube o desenvolvimento e a aplicação dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, bem como o gerenciamento do risco identificado. No encerramento desse capítulo, examina-se a concepção de justiça que provém dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, denominada por *justiça atuarial*.

Desenvolvido o amplo contexto em que se encontram os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva na experiência estadunidense, no capítulo IV são eles analisados a partir da perspectiva jurídico-constitucional brasileira, atentando para a possível incorporação de tais ferramentas preditivas ao nosso ordenamento jurídico. A análise jurídica realiza-se tendo como parâmetros o direito fundamental à liberdade de locomoção, o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, o direito fundamental à liberdade na sua dimensão da *autonomia* e o direito fundamental à igualdade.

Pode-se dizer que, caso tais ferramentas estatísticas viessem a ter a aptidão e a juridicidade que seus proponentes e aplicadores defendem, estariámos diante da maior revolução por que já passara a prisão preventiva em toda sua história, pois que, pela primeira vez, teríamos um instrumento tido por científico para previsão de comportamentos criminosos futuros. Estariámos diante de uma profunda mudança de paradigma.

Eis os temas de que se ocupou a tese, ora publicada neste livro.

1.

A REITERAÇÃO DELITIVA ENQUANTO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA.

A prisão preventiva é instituto que se destina a evitar que determinados riscos restem concretizados, sendo-lhe, assim, ínsita a realização de prognósticos.

Dois são os grupos de riscos cuja concretização visa a prisão preventiva evitar: um, cujas razões da segregação provêm da necessidade do asseguramento do procedimento penal e, por consequência, de seu resultado; outro, cujas razões provêm de finalidades absolutamente exteriores ao procedimento penal, dele aproveitando-se para fins de restrição da liberdade daqueles que, encontrando-se investigados ou processados por crimes, sejam considerados *perigosos* a terceiros ou à sociedade à luz do possível cometimento de novos delitos.

Tendo-se como parâmetro o procedimento, tais riscos podem ser assim classificados: i) riscos ao procedimento penal, seja ao fluxo do processo penal seja à futura execução da pena; ii) riscos à sociedade ou a terceiros. Os primeiros são chamados de *endoprocedimentais*; os segundos, de *extraprocedimentais*¹.

1. No ano de 2010, já escrevia sobre a presente classificação (SILVA, Marcelo Cardozo da, Propostas para um estudo das prisões preventivas extraprocedimentais, in: **Curso Modular de Direito Processual Penal**, Florianópolis: Conceito Editorial, 2010). Acerca do tema das *prisões preventivas endoprocedimentais*, dizia que: "No direito brasileiro, o princípio da persecução penal tem a potencialidade de restringir a liberdade de locomoção em casos em que esta seja medida imprescindível para a garantia do desenvolvimento do processo e de eventual execução de uma sentença penal condenatória. Assim, por exemplo, a prisão preventiva decretada para, nos casos de fuga do imputado, assegurar a aplicação do direito penal, é exemplo de restrição à liberdade de locomoção decorrente do princípio constitucional da persecução penal, que, nesses casos, justifica a tomada da medida em face da imprescindibilidade de garantir o desenvolvimento do processo e a eventual execução de sentença condenatória. Outro exemplo de restrição à liberdade de locomoção havida em favor da proteção da persecução penal opera-se naqueles casos em que há severa obstrução à instrução penal gerada pelo imputado, que se dá, por exemplo, quando este ameaça testemunhas, tendo a prisão por finalidade garantir o desenvolvimento do processo nesses casos. Em verdade, quando a restrição à liberdade de locomoção opera-se em meio a uma relação de precedência condicionada que tem como princípio preponderante a persecução penal, a prisão consequente deterá, necessariamente, natureza estritamente cautelar, uma vez que a persecução penal apenas cuida da aplicação do direito penal no caso concreto, vale dizer, das condições fáticas e jurídicas imprescindíveis para o desenvolvimento do processo e para a eventual execução de uma sentença condenatória. Em outras palavras, as razões de ser das prisões preventivas fundadas na conveniência da instrução penal e na aplicação

No direito brasileiro, as prisões preventivas que visam a evitar riscos *procedimentais* e as que visam a evitar riscos *extraprocedimentais* (doravante simplesmente denominadas prisões preventivas *endoprocedimentais* e *extraprocedimentais*) se encontram normativamente dispostas da seguinte forma:

- 1) Prisões preventivas *endoprocedimentais*: i) para o esclarecimento da identidade civil da pessoa (artigo 313, parágrafo único, do CPP)²; ii) para a conveniência da instrução criminal (artigo 312, *caput*, do CPP); iii) para o asseguramento da aplicação da lei penal (artigo 312, *caput*, do CPP).
- 2) Prisões preventivas *extraprocedimentais*: i) para a garantia da ordem pública (artigo 312, *caput*, do CPP); ii) para a garantia da ordem econômica (artigo 312, *caput*, do CPP); iii) para a proteção do Sistema Financeiro Nacional (artigo 30 da Lei 7.492/86); iv) para a garantia

da lei penal encontram-se exclusivamente nas necessidades do procedimento, seja no aspecto atinente à viabilidade de alcançar seu êxito, seja no aspecto atinente à viabilidade da aplicação da eventual sanção a ser imposta no processo de execução penal. Essas prisões, endoprocessuais porque no procedimento encontram sua sustentação, são de mais fácil tratamento jurídico, uma vez que estritamente cautelares. Com efeito, as restrições que geram à liberdade de locomoção situam-se na relação de causalidade do atuar do indiciado/reú e os danos, atuais ou potenciais, consequentes sobre o procedimento ou sobre a futura aplicação da sanção penal" (*Ibid.*, p. 271-273). Já sobre as *prisões preventivas extraprocedimentais*, ponderava que: "É crítica corrente na doutrina que, ao restringir-se a liberdade de locomoção com base na proteção da ordem pública (ou da ordem econômica ou da integridade do sistema financeiro nacional), exceder-se-ia a natureza cautelar estritamente procedural da prisão preventiva (de garantia do desenvolvimento do processo e de eventual execução de uma sentença penal condenatória), que assumiria feição de medida destinada à prevenção geral e especial. É verdade que os fundamentos da ordem pública, da ordem econômica e da integridade do sistema financeiro nacional permitem a decretação de prisões preventivas que não tenham por desiderato acautelar o próprio procedimento em que são determinadas. Com efeito, nesses casos, o procedimento, em si, nada está a sofrer, mesmo que potencialmente, não apresentando, os fundamentos da segregação, nenhum caráter de instrumentalidade para com o procedimento..." (*Ibid.*, p. 271-272). Contra a validade jurídica do emprego das *prisões preventivas extraprocedimentais*, sugerem-se, v.g.: SANGUINÉ, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 96.; MUÑOZ CONDE, Francisco, Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional, in: *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, p. 225-226.; ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 257.

2. A Lei 7.960/89, que trata da *prisão temporária* (uma prisão provisória de índole *endoprocedimental* por excelência – visa a assegurar o êxito das investigações do inquérito policial – artigo 1º, I, da Lei 7.960/89), também prevê a hipótese de restrição da liberdade de locomoção no caso de o indicado "não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade" (artigo 1º, II, da Lei 7.960/89), tal qual ocorre também no artigo 313, parágrafo único, do CPP (que foi incluído pela Lei 12.403/2011). Embora o fundamento seja aqui idêntico tanto para a decretação da prisão preventiva quanto da prisão temporária, os regimes normativos regulatórios da restrição à liberdade de locomoção são significativamente diferentes. Não é objetivo deste trabalho o desenvolvimento e o cotejamento de ambos regimes jurídicos. Acerca desse tema, confiram-se, v.g.: MENDONÇA, Andrey Borges de, *Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos*, Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 50-52.; CHOUIKR, Fauzi Hassan, *Garantias constitucionais na investigação criminal*, 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 72.

da execução das medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica e familiar, contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência (artigo 313, III, do CPP).

À *garantia da ordem pública*³, típica hipótese autorizadora de *prisões preventivas extraprocedimentais*, tem sido atribuídos diferentes significados interpretativos⁴. Dentre as diversas linhas interpretativas, destaca-se, neste trabalho, aquela que considera o *risco de reiteração delitiva* como constituindo *abalo à ordem pública* hábil a justificar a decretação da prisão preventiva.

É absolutamente pacífico, na jurisprudência brasileira, o entendimento de que o risco de reiteração delitiva permite a decretação da prisão preventiva,

3. O conceito de ordem pública pode ser manejado, tecnicamente, de múltiplas formas. Tal conceito pode ser concebido, por exemplo, como um *conceito jurídico indeterminado*. À diferença do conceito de *cláusula geral*, cuja necessidade de construção argumentativa encontra-se no pressuposto (no conteúdo) e no consequente (solução legal), no *conceito jurídico indeterminado* a necessidade de construção de conteúdo dá-se somente no pressuposto, e não no consequente (solução legal), que já está pré-definido em lei. Sobre a definição de *conceito jurídico indeterminado*, ver HARMUT, Maurer, *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 54-56. Sobre o conceito de *cláusula geral*, ver LARENZ, Karl, *Metodología da Ciéncia do Direito*, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 310 e ss e 406 e ss. A ordem pública também pode ser compreendida como um *princípio*, ou seja, como uma norma jurídica que comanda que aquilo que enuncia seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas concretas. Teríamos, assim, um *princípio* da ordem pública, que ainda demandaria por desenvolvimento argumentativo; no caso da prisão preventiva, o *princípio* da ordem pública necessariamente estaria contraposto ao *princípio* da liberdade de locomoção (um direito fundamental que seria veiculado também por intermédio de *princípio*). Assim, nos casos concretos, tais conflitos superar-se-iam, sem que se declararasse a invalidade de nenhum deles, mediante a ponderação, estabelecendo-se uma relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso (por todos ver ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86-103, 272 e 317-318).

4. Não se pretende, neste livro, desenvolver um conceito de *ordem pública*, porque desnecessário para os fins deste trabalho pelas razões mais adiante expostas. É preciso ser dito, de toda forma, que, embora há quase 80 anos no CPP, o conceito de *ordem pública* nunca foi satisfatoriamente construído, e talvez mesmo nunca o seja. Em si, trata-se de conceito com enorme abertura semântica – jurídica, filosófica, sociológica e histórica, que, talvez exatamente por isso, careça de consistentes desenvolvimentos teóricos que possam auxiliar a jurisprudência. Mais interessante (e pragmático) parece ser compreender e ter em mente, na realidade, os *indicadores de abalo à ordem pública* (e não um inatingível conceito abstrato dela) que foram e são construídos jurisprudencialmente, criticando-os, desenvolvendo-os, construindo novos. Como *indicadores de abalo à ordem pública*, podem-se citar, com posições jurisprudenciais antagônicas mesmo no interior de um mesmo Tribunal, a *participação em organizações criminosas* (RHC 165225, AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 28/06/2019, DJe-170, 05/08/2019; HC 171390, AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 24/06/2019, DJe-167, 01/08/2019), a *gravidade em concreto da conduta* (HC 172344, AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 09/08/2019, DJe-181, 20/08/2019; RHC 169834, AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 28/06/2019, DJe-170, 06/08/2019), a *periculosidade social do agente* (HC 170980 AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 28/06/2019, DJe-169, 05-08-2019; HC 166655, AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 01/03/2019, DJe-049, 13/03/2019), a *reiteração delitiva* (HC 168863, AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/06/2019, DJe-167, 01/08/2019; HC 167120, AgR, Relatora Min. Cármel Lúcia, Segunda Turma, julgado em 14/06/2019, DJe-167, 01/08/2019).

havendo centenas e mais centenas de precedentes nesse sentido, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça⁵.

Não é objeto deste trabalho examinar o conceito de *garantia da ordem pública* nem como o *risco de reiteração delitiva*, na experiência brasileira, dela defluui.

Toma-se apenas que, no Brasil do ano de 2019, o risco de *reiteração delitiva* é autorizador da decretação de prisão preventiva com base na *garantia da ordem pública*, atendidos os demais pressupostos normativos⁶.

É até mesmo possível que, em algum dia, a *garantia da ordem pública*, tão criticada⁷, deixe de figurar como uma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva⁸; contudo, é altamente improvável que, em qualquer cenário,

5. Do Supremo Tribunal Federal, citam-se: HC 165740, AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 29/04/2019, DJe-094, 07/05/2019; HC 167580, AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 29/04/2019, DJe-101, 14/05/2019; HC 150570, AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 22/02/2019, DJe-041, 27/02/2019; HC 152860, AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 07/12/2018, DJe-268, 13/12/2018; HC 160866, AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22/10/2018, DJe-232, 30/10/2018; HC 148372, AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe-261, 16/11/2017. Do Superior Tribunal de Justiça, citam-se: RHC 109.112/AM, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 23/05/2019; HC 495.927/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/05/2019, DJe 27/05/2019; HC 497.619/SC, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 27/05/2019; HC 497.710/SP, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 27/05/2019; RHC 110.912/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 27/05/2019; HC 506.613/AL, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 27/05/2019; AgRg no RHC 103.944/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 24/05/2019.

6. No Brasil, é autorizada a utilização do sistema de prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos de reclusão e, independentemente de um patamar máximo de pena: i) quando se estiver diante de pessoa que já tenha sido condenada por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; ii) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; e se iii) houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após sua identificação.

7. Confira-se, v.g., SANGUINÉ, Odone, **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 282-309.

8. A ideia de proteção da *ordem pública* parece ficar cada vez mais para o passado, ultrapassada, encontrando-se em curso um movimento oposto, no direito penal e no direito processual penal, que pretende sejam as normas penais incriminadoras e os institutos encarcerantes interpretados como dispositivos para a proteção de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais (sobre o conceito de *bem coletivo constitucional*, ver ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 187). Isso é mais do que evidente quando movimentos de proteção de direitos humanos lutam pela criminalização de condutas que violam direitos humanos (v.g. ENGLE, Karen, *Anti-Impunity And The Turn To Criminal Law In Human Rights*, *CORNELL LAW REVIEW*, v. 100, 2015; ENGLE, Karen, *A Genealogy of the Criminal Turn in Human Rights*, in: *Anti-Impunity and the Human Rights Agenda*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016). Nossa Constituição, aliás, possui mandamentos expressos de criminalização visando à proteção de direitos fundamentais (FELDENS, Luciano, **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005). E também parece estejamos diante de uma sólida tendência em nível

o risco de reiteração delitiva não seja contemplado, nessa conjectura, como ensejador da prisão preventiva.

De fato, o risco de reiteração delitiva é, por regra, nos países com democracia estabilizada, um dos principais critérios autorizadores para a decretação de prisões provisórias, v.g.:

Holanda, Seção 67a do Código de Processo Penal:

[1] Uma ordem pode ser emitida sob a seção 67 somente se ... b. pode ser demonstrado, com base em certas circunstâncias, que razões imperiosas de segurança pública exigem a privação imediata da liberdade.

2. Na aplicação da subseção anterior, uma razão imperiosa de segurança pública só poderá ser levada em conta se:

1 °. existir a suspeita de que o suspeito tenha cometido uma infração com pena de prisão de pelo menos doze anos e essa ofensa abalou profundamente a ordem jurídica;

2 °. existir um risco sério de que o suspeito cometa uma ofensa grave...,

França, artigo 114 do Código de Processo Penal:

A prisão preventiva só pode ser ordenada ou prorrogada se puder ser demonstrado, à luz das circunstâncias precisas e detalhadas do processo, que ela é a única maneira de atingir um ou mais dos seguintes

internacional. Tome-se, como exemplo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), que vem caminhando nesse sentido desde a década de 1980, com o seu *leading case X and Y v. the Netherlands*, Appl. No. 8978/80, 26 March 1985). Conforme Francoise Tulkens, “em subsequentes acórdãos, o TEDH não hesitou em utilizar – alguns diriam mesmo em explorar – o direito penal para reforçar e salvaguardar de forma mais eficaz os direitos das vítimas de violações dos direitos fundamentais”, vindo, nessa nova lógica, destacados deveres substantivos e procedimentais estatais: i) de fazerem efetivas as previsões penais de proteção a direitos fundamentais, com o funcionamento correlato dos mecanismos não apenas de punição, mas, e especialmente, de prevenção; ii) de colocarem em funcionamento as medidas operacionais necessárias à proteção dos direitos humanos ameaçados de violação (TULKENS, F., The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights, *Journal of International Criminal Justice*, v. 9, n. 3, 2011, p. 584currently a judge at the International Criminal Court, is widely credited with the eloquent reference to an opposition between the ‘shield’ function and the ‘sword’ function of human rights in the application of criminal law. In short, human rights have both a defensive and an offensive role, a role of both neutralizing and triggering the application of criminal law. If this is indeed a paradox and not just a contradiction, an attempt must be made not to resolve it but to come to terms with it, while being aware of the complexity of the ensuing consequences, and to clarify it in the light of the requisite balance between its component parts. In this contribution, we will examine the way in which the case law of the European Court of Human Rights, in its function of applying and interpreting the rights and freedoms guaranteed by the European Convention on Human Rights, in turn confers on them a role of protecting from and giving rise to criminal law enforcement.”, “container-title”?: “Journal of International Criminal Justice”, “issue”?: “3”, “journalAbbreviation”?: “Journal of International Criminal Justice”, “language”?: “en”, “source”?: DOI.org (Crossref). Nesse contexto, a prisão preventiva poderá caminhar, em algum ponto no futuro, para cada vez mais assumir, discursivamente, o papel de proteção de direitos fundamentais postos em situação de risco de violação.

objetivos, que não poderiam ser alcançados em caso de colocação sob supervisão judicial ou prisão domiciliar com vigilância eletrônica: ...
6º Por fim à ofensa ou impedir sua renovação; ...

Portugal, artigo 204 do Código de Processo Penal:

Nenhuma medida de coacção, à excepção da prevista no artigo 196º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida: a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.

Alemanha, Seção 112a do Código de Processo Penal:

[Mais motivos para a prisão]

- (1) Um motivo para a prisão também existirá se o acusado for fortemente suspeito de ...
2. ... [que venha a cometer] certos fatos que consubstanciem o risco de que, antes da condenação final, ele cometerá outras infrações penais graves da mesma natureza ou continuará com a infração penal, caso em que a detenção se fará necessária para evitar perigo iminente...

Estados Unidos da América – do US Code, Title 18, Part II, Chapter 207, § 3142:

- (e) Prisão.
- (1) Se, depois de realizada a audiência em conformidade com as disposições da subseção (f) desta seção, o juiz julgar que nenhuma condição ou combinação de condições assegurará razoavelmente o comparecimento da pessoa como requerida e a segurança de qualquer outra pessoa e da comunidade, tal juiz ordenará a prisão da pessoa antes do julgamento.

Aliás, o risco de reiteração delitiva, como elemento autorizador de segregação provisória, está previsto expressamente, inclusive, no Artigo 5º, “c”, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem:

Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o

procedimento legal:

...c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido.

Assentada, neste capítulo, portanto, a reiteração delitiva enquanto um dos riscos cuja concretização a prisão preventiva almeja evitar, passa-se à análise da experiência estadunidense, que tem, como paradigma para a predição de reiteração delitiva, os instrumentos atuariais de avaliação de risco.

2.

OS INSTRUMENTOS ATUARIAIS DE AVALIAÇÃO DE RISCO

2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A análise de reiteração delitiva é basilar para o sistema de justiça criminal dos Estados Unidos em um nível que não apresenta quase nenhum parâmetro de comparação para com o sistema de justiça criminal do Brasil.

Dados sobre o investigado/acusado e a utilização desses dados por meio de ferramentas estatísticas determinam, em grande medida, o destino de pessoas submetidas ao sistema de justiça criminal dos Estados Unidos. Instrumentos atuariais de avaliação de risco podem determinar se a pessoa será submetida à intervenção policial, como, por exemplo, uma revista pessoal em um aeroporto ou em uma rodovia; se será preventivamente presa ou se será, e em qual extensão, submetida a medidas cautelares pessoais na hipótese de *liberdade provisória*; se condenada, algo tão radical quanto a duração da pena, se receberá a suspensão condicional da pena (*probation*) ou se cumprirá prisão domiciliar; e, se encarcerada, a quais programas no sistema penitenciário deverá se submeter; e, ainda, se ser-lhe-á possível conceder livreamento condicional (*parole*)⁹.

Uma profusão de decisões fundamentais sobre a liberdade é realizada com suporte em (ou mesmo substituída por) instrumentos atuariais de avaliação de risco; tais instrumentos, quase todos, visam a prever a probabilidade de que alguém venha a cometer crimes no futuro (mas não apenas), o que é feito com base na presença ou na ausência de variáveis que estatisticamente correlacionam-se à reiteração delitiva.

Neste trabalho, em face de seu objeto, cuidaremos quase apenas dos instrumentos atuariais de avaliação de risco na parte em que utilizados para a predição de reiteração delitiva, embora haja riscos outros avaliados por tais

9. HARCOURT, Bernard E., *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. loc 65.

ferramentas estatísticas, tais como aqueles englobados no que é denominado *failure to appear in court* (o risco de não-comparecimento em juízo, que se pode dar, por exemplo, em caso de fuga).

As variáveis preditivas de reiteração delitiva são múltiplas, a depender da construção de cada instrumento atuarial e de suas finalidades. Sua aplicação, por regra, dá-se por meio de uma *Pretrial Services Agencies* (Agências de Serviços Pré-Processuais e Processuais, em uma tradução livre), que são agências administrativas vinculadas a unidades de primeira instância da Justiça estadunidense, sendo sumamente importantes para todo o funcionamento do sistema de prisão/liberdade provisórias¹⁰.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco são, hoje, construídos a partir de *modelos estatísticos de regressão múltipla* – também chamados de *análise de regressão multivariada*¹¹. Seu funcionamento é realizado por meio de *associações significativas* entre as *variáveis explicativas* (história criminal e idade, por exemplo) e a *variável dependente*, que, no nosso caso, é a reiteração delitiva. Mais especificamente, as *variáveis explicativas* são correlacionadas à *variável dependente* segundo técnicas matemáticas; toma-se, para tanto, dados de um prévio grupo estudado de *offenders* (com, portanto, um finito número de observações), construindo-se uma *equação de regressão*, que será, no futuro, utilizada em face da pessoa presa ou a ser presa.

10. Oportunamente, trataremos das *Pretrial Services Agencies* no subcapítulo 3.6 – *Um modelo administrativo de intervenção*.

11. Conforme Rubinfeld, “A análise de regressão múltipla é uma ferramenta estatística para entender a relação entre duas ou mais variáveis. A regressão múltipla envolve uma variável a ser explicada – chamada de variável dependente – e variáveis explicativas que se acredita que produzam ou estejam associadas a mudanças na variável dependente” (RUBINFELD, Daniel L., *Multiple Regression*, in: **Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony**, [s.l.: s.n.], 2018, v. II, p. 1). Por sua vez, Wheelan assevera que “a análise de regressão nos permite quantificar a relação entre uma variável específica e um resultado que nos interessa enquanto controlamos outros fatores. Em outras palavras, podemos isolar o efeito de uma variável... enquanto mantemos os efeitos das outras variáveis constantes” (WHEELAN, Charles, **Estatística: o que é, para que serve, como funciona.**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2013, p. 222). Com efeito, o “modelo de regressão é particularmente adequado para instrumentos direcionados à predição, porque permite que os pesquisadores identifiquem variáveis que são preditivas de um resultado de interesse, sem necessariamente ter que entender por que esse fator é significativo” (BARABAS, Chelsea et al, *Interventions over Predictions: Reframing the Ethical Debate for Actuarial Risk Assessment*, in: **Conference on Fairness, Accountability and Transparency**, New York: [s.n.], 2017, v. 81, p. 3). Assim, o principal objetivo do método de regressão seria identificar um conjunto de variáveis que seriam preditivas de uma variável resultado. Isso seria obtido através da determinação dos pesos ótimos para um conjunto de variáveis, variáveis estas que seriam as melhores, do ponto de vista preditivo, para o atingimento do resultado de interesse. Durante esse desenrolar, seria feito um processo de *checking* e *selecting*, quando testes estatísticos seriam aplicados em cada covariável para ver quão significativamente preditiva seria ela para a ocorrência de uma variável resultado. As covariáveis identificadas por tal método seriam de natureza exclusivamente correlacional, e não causal, da variável resultado (*Ibid.*, p. 4).

Esta equação pode ser composta por múltiplas *variáveis explicativas*, conforme exemplos que mais adiante traremos¹². Uma vez inseridos os dados referentes às *variáveis explicativas* no instrumento atuarial de avaliação de risco, este mecanicamente comunica o grau do risco de reiteração delitiva, seja percentualmente, seja por escalas de risco (riscos alto, médio e baixo, por exemplo)¹³. Os criadores dos instrumentos atuariais de avaliação de risco procuram *variáveis explicativas* que, estatisticamente, estejam linear e significativamente correlacionadas com a *variável dependente*.

Também existem instrumentos de avaliação de risco de caráter *não-atuarial*, que são chamados de *structured professional judgment* (SPJ); contudo, não são objeto deste livro, uma vez que não são utilizados para a tomada de decisões judiciais no âmbito dos sistemas estadunidenses de prisão/liberdade provisórias¹⁴.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, na experiência estadunidense, são provenientes da execução penal, tendo migrado, bem posteriormente, para o sistema de liberdade/prisão provisórias¹⁵.

12. A seguir, no subcapítulo 2.2 – *Uma plethora de instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva*.

13. HEILBURN, Kirk; KENTO, Yasuhara; SHAH, Sanjay, Violence Risk Assessment Tools, in: **Handbook of Violence Risk Assessment (International Perspectives on Forensic Mental Health)**, [s.l.]: Routledge, 2015, p. e-book Kindle, loc. 253.

14. Na conceituação oferecida por Heilburn, Kento e Shah: “O julgamento profissional estruturado envolve a apresentação de fatores de risco especificados, que geralmente são derivados de uma revisão ampla da literatura, ao invés de formar um conjunto de dados específicos. Os fatores de risco são operacionalizados para que sua aplicabilidade possa ser codificada (geralmente como *não, possível* ou *sim*) de forma confiável. Os avaliadores preenchem uma ferramenta SPJ (*structured professional judgement*) classificando todos os fatores especificados, usando entrevista, entrevistas colaterais, registros e outras fontes de informação. Então, ao avaliar o risco geral, os avaliadores são solicitados a considerar a presença dos fatores de risco e a intensidade antecipada das necessidades de gerenciamento, tratamento ou supervisão para chegar a uma conclusão geral sobre o risco. Isso é feito com o avaliador apresentando sua conclusão, ao invés de se classificarem e combinarem os fatores de risco de uma maneira predeterminada, usando uma fórmula estabelecida, como é feito na avaliação atuarial (*Ibid.*, p. loc 264). Embora algumas similaridades, apresentam profundas diferenças com os instrumentos atuariais de avaliação de risco: “Há vários aspectos em que as abordagens de avaliação de risco atuarial e SPJ são similares. Ambas empregam variáveis que foram selecionadas por sua relação empírica com o resultado ... (embora as medidas atuariais tendam a se basear mais em variáveis tiradas de um único conjunto de dados, enquanto que as abordagens do SPJ tendam a usar variáveis para as quais parece haver amplo suporte empírico na literatura). Ambas especificam as variáveis a serem consideradas e ambas exigem que essas variáveis sejam suficientemente bem operacionalizadas para que possam ser codificadas ou classificadas com confiabilidade. Essas abordagens diferem também em alguns aspectos importantes. As abordagens atuariais combinam seus fatores de risco em um escore preditivo, que foi validado de forma cruzada em face dos resultados conhecidos na fase de validação do desenvolvimento da ferramenta. As abordagens SPJ não combinam os fatores de risco de uma forma predeterminada, mas deixam a critério do usuário se o indivíduo avaliado é (por exemplo) de alto, moderado ou baixo risco” (*Ibid.*, p. loc. 279.).

15. Como poderemos ver no subcapítulo 3.2 – *A Escola de Sociologia de Chicago*.

A racionalidade subjacente, no que concerne à reiteração delitiva, contudo, é substancialmente a mesma; assim, não apenas os específicos instrumentos empregados para o sistema de liberdade/prisão provisórias serão analisados, mas igualmente também outros utilizados na execução penal naqueles temas que entre si ostentem base comum.

Em 1983, Andrew von Hirsch e Don Gottfredson assim descreviam os estudos que serviam como base para a construção dos instrumentos atuariais de risco de reiteração delitiva, que, na prática, seguem, ainda hoje, a mesma metodologia:

Esses estudos empregavam essencialmente o mesmo método, com diferentes graus de sofisticação. O pesquisador coletava vários dados sobre uma amostra de infratores condenados – incluindo os tipos de crimes praticados, antecedentes criminais e histórias sociais. Usando técnicas estatísticas bivariadas ou multivariadas, o pesquisador examinava como esses fatores estavam correlacionados com a reincidência subsequente. Um índice preditivo era então construído com base em alguns ou em todos os fatores encontrados associados à reincidência. Finalmente, o índice preditivo era testado em pelo menos uma amostra de validação (uma amostra não estudada anteriormente) para ver quão bem ele realmente previa o recidivismo. Seja qual fosse o método de desenvolvimento do índice, o último passo era considerado o mais importante para determinar quão bem o índice funcionava. Esses estudos tendiam a mostrar que alguns poucos itens similares – como histórico criminal, idade, situação laboral e histórico de utilização de drogas – podiam ser combinados para identificar subgrupos de criminosos com maior probabilidade de retornar ao crime do que criminosos condenados em geral¹⁶.

Propriamente, os instrumentos atuariais de avaliação de risco não dizem se a pessoa presa ou a ser presa virá a cometer qualquer crime no futuro – eles, na realidade, não cuidam da pessoa concreta que é submetida ao instrumento; o que eles dizem é que, considerando uma população estudada previamente e considerando determinadas variáveis correlacionadas dessa população, tal pessoa apresentaria, em face daquele grupo de estudo, um determinado

16. HIRSCH, Andrew Von; GOTTFREDSON, Don M., Selective Incapacitation – Some Queries about Research Design and Equity, *New York University Review of Law & Social Change*, v. 12, 1983, p. 14.

percentual probabilístico de vir a cometer um crime. Tais instrumentos atuariais cuidam, assim, das relações existentes entre determinadas características do indiciado/acusado e sua relação com índices de recidivismo de dada população pretérita que serviu para a construção da ferramenta. Sobre isso voltaremos a debater em diversos pontos deste livro, pois que as consequências dessa compreensão são múltiplas e merecedoras de análise detida¹⁷.

As *variáveis explicativas* que apontam para o risco de reiteração delitiva apresentam grande diversidade. Logo mais à frente, no subcapítulo 2.2, traremos uma longa lista dessas *variáveis explicativas*, conectando-as aos específicos instrumentos atuariais de avaliação de risco que as empregam.

Tais *variáveis explicativas* comumente são classificadas em *estáticas* e *dinâmicas*. As variáveis estáticas seriam aquelas que não poderiam ser alteradas mesmo por intervenções realizadas por terceiros, o que ocorreria, por exemplo, com a variável *idade quando do cometimento do primeiro crime*; independem do agir, em especial, daquele que é objeto da avaliação. Já as *variáveis explicativas* dinâmicas poderiam ser, pelo menos teoricamente, alteradas mediante intervenção, como se daria com as *variáveis explicativas* situação laboral, atitudes antissociais, dependência a substâncias ilícitas¹⁸.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva são amplamente defendidos e utilizados nos Estados Unidos da América, inclusive lá sendo compreendidos como uma forma alternativa, futurística e revolucionária de justiça criminal¹⁹.

Datam dos anos 1920, embora sua exponencial utilização tenha ocorrido somente a partir dos anos 1970²⁰.

Historicamente, para fins classificatórios, podem ser englobados em quatro gerações²¹.

17. Todo o capítulo 4 – *A antijuridicidade do paradigma dos instrumentos atuariais de avaliação de risco*, tratará das consequências jurídicas e técnicas do modelo preditivo empregado nos instrumentos atuariais de avaliação de risco.

18. COLLINS, Erin, *Punishing Risk*, *The Georgetown Law Journal*, v. 107, 2018, p. 64.

19. Como veremos mais a frente no subcapítulo 2.3 – *Os instrumentos atuariais de avaliação de risco enquanto o carro-chefe da reforma do sistema de prisão/liberdade provisórias*.

20. Consoante será exposto no subcapítulo 3.2 – *A Escola de Sociologia de Chicago*.

21. Trata-se de classificação empregada por muitos autores, v.g.: HAMILTON, Melissa, *Risk-Needs Assessment: Constitutional and Ethical Challenges*, *American Criminal Law Review*, v. 52, 2015.; BARABAS *et al.*, *Interventions over Predictions*; DRAKE, E., *Predicting Criminal Recidivism: A Systematic Review of Offender Risk Assessments in Washington State*, Olympia: Washington State Institute for Public Policy, 2014.; ANDREWS, D. A.; BONTA, James; WORMITH, J. Stephen, *The Recent Past and Near Future of Risk and/or Need Assessment*, *Crime & Delinquency*, v. 52, n. 1, 2006.;

A primeira geração compreenderia o período de 1920 ao início de 1970; pelas lentes de hoje, tais instrumentos são tidos como ainda muito subjetivos e com baixa capacidade preditiva²²; tal período será objeto de específica análise no subcapítulo 3.2 – *A Escola de Sociologia de Chicago*, quando analisaremos o primeiro de todos os instrumentos atuariais de avaliação de risco, qual seja, aquele desenvolvido por Ernest W. Burgess.

Em sua segunda geração, os instrumentos atuariais de avaliação de risco passaram por uma importante revolução técnica, tendo significativamente ampliada sua capacidade preditiva em vista do emprego do *modelo estatístico de regressão*²³. Acerca das *variáveis explicativas* utilizadas na segunda geração dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, Chelsea Barabas, Karthik Dinakar, Joichi Ito, Madars Virza e Jonathan Zittrain esclarecem que:

... a segunda geração de avaliação se concentrou quase que exclusivamente em fatores históricos estáticos, como idade e antecedentes criminais. Tais fatores foram considerados *desejáveis*, pois foram percebidos como objetivos e altamente preditivos. Isso marcou uma sutil mudança nos valores e metas para os quais as avaliações de risco foram projetadas, distanciando-se do tratamento semipersonalizado e aproximando-se da previsão objetiva. Como resultado, as avaliações de risco foram reconfiguradas como uma ferramenta mais objetiva que dependia fortemente do histórico criminal anterior para prever os resultados futuros²⁴.

E, em compasso com seu novo contexto histórico, que apreciaremos no subcapítulo 3.4, os instrumentos atuariais de avaliação de risco passaram a fazer parte de um esforço de *incapacitação* de indiciados e de acusados, vale dizer, de simples segregação objetivando a *neutralização do risco* de reiteração delitiva; de fato, nos anos 1970s, conforme Chelsea Barabas *et al*, as “políticas penais mudaram, de intervenções para fins de reabilitação, para abordagens mais administrativas objetivando a gestão de populações, quase que exclusivamente baseadas na *incapacitação* para a mitigação do risco”²⁵. A ideia central

CHANENSON, Steven L; HYATT, Jordan M, **The Use of Risk Assessment at Sentencing: Implications for Research and Policy**, Washington DC: Bureau of Justice Assistance – US Department of Justice, 2016.

22. BARABAS *et al*, *Interventions over Predictions*, p. 3.

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*

25. *Ibid.*

passou a ser a administração do risco com o emprego de uma estratégia negativa, *incapacitante*, não se objetivando produzir transformações na pessoa.

Na terceira geração dos instrumentos de avaliação de risco, que se opera nos anos 1980, há uma resposta às críticas apresentadas ao modelo preditivo essencialmente *incapacitante*:

Na década de 1980, críticas a essa abordagem orientada para predição começaram a surgir, engendrando uma próxima geração de avaliação. Os proponentes da justiça baseada em evidências reforçaram que a avaliação de risco deveria ser reconfigurada para ajudar no esforço de reduzir o risco de reincidência e reduzir as taxas de encarceramento. Queria-se que as avaliações de risco fossem reenquadradadas como uma maneira de efetivamente identificar e alocar recursos escassos a programas e intervenções que tivessem se provado eficientes²⁶.

Assim, na terceira geração, foram inseridas *variáveis explicativas* que permitissem a realização de intervenções sobre “*criminogenic needs*” ou “*intervenable factors*” que se acreditavam influir no risco de recidivar – passando a ser utilizadas, por exemplo, variáveis socioeconômicas. Tais variáveis, tidas como *dinâmicas*, por serem passíveis de modificação, embora diminuíssem a capacidade preditiva dos instrumentos atuariais de avaliação de risco²⁷, abriram espaço, segundo se objetivava, à diminuição do próprio risco de reiteração delitiva por outros caminhos, vale dizer, o das intervenções estatais. Nas palavras de Barabas *et al.*:

Para esse fim, uma terceira geração de ferramentas atuariais integrou fatores que foram concebidos como “necessidades criminogênicas”, ou fatores intervenientes que, acreditava-se, afetavam o risco de recidivismo. Estes incluíam um conjunto mais diversificado de *inputs*, como situação laboral e histórico de abuso de substâncias, que efetivamente reconstituíam o risco como um fenômeno dinâmico que poderia ser objeto de intervenção. Embora muitos desses fatores dinâmicos tivessem menos poder de previsão do que os atributos estáticos incluídos nas ferramentas de segunda geração, esses fatores dinâmicos eram desejáveis porque permitiam aos profissionais da justiça criminal que

26. *Ibid.*

27. *Ibid.*, p. 4.

considerassem um conjunto mais amplo de opções de tratamento voltadas à redução do risco²⁸.

Criaram-se, assim, instrumentos atuariais de avaliação de risco *híbridos*, com *variáveis explicativas* estáticas e dinâmicas.

A quarta geração veio a trazer um novo gênero de *variáveis explicativas* – a *responsividade*, vale dizer, fatores que diziam respeito diretamente às posturas, respostas, atitudes e emoções que os *avaliandos* apresentavam, correlacionando-as à diminuição do risco de reiteração delitiva. Assim, ainda conforme Chelsea Barabas e *al.*:

Na década de 1990, esses esforços foram suplementados por ferramentas de quarta geração que acrescentaram “fatores de responsividade”, como níveis de inteligência, autoestima e distúrbios psicológicos, a fim de melhorar os resultados da resposta ao tratamento. A estrutura de risco-necessidade-responsividade (RNR) reafirmou a autoridade de uma abordagem de tratamento correcional que considerava os ofensores como indivíduos capazes de reforma através de intervenções²⁹.

Hoje em dia, no cotidiano do sistema de justiça criminal estadunidense, são utilizados instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva das 2^a, 3^a e 4^a gerações, combinados de diversas formas (ou mesmo puros), mas com essencialmente dois grandes objetivos: a predição do risco de reiteração delitiva e a redução do risco do recidivismo³⁰; na prática, poder-se-ia dizer que cuidam de um mesmo amplo objetivo, isto é, a evitação da reiteração delitiva, que se busca alcançar por vias distintas: pela simples *incapacitação* ou pela *in incapacitação* agregada de medidas de intervenção sobre o indiciado/acusado.

28. *Ibid.*, p. 3.

29. *Ibid.*

30. Ainda conforme Barabas *et al.*: “Hoje, as avaliações de risco são usadas para duas finalidades principais, as quais Monahan e Skeem consideram abordagens de avaliação “orientadas para a predição” e “orientadas para a redução”. Avaliações orientadas para predição são usadas para facilitar a previsão precisa e eficiente da reincidência futura, enquanto as ferramentas orientadas para a redução têm a intenção de informar os planos de tratamento e supervisão” (*Ibid.*).

2.2. UMA PLETORA DE INSTRUMENTOS ATUARIAIS DE AVALIAÇÃO DE RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva encontram-se, nos Estados Unidos da América, em ampla marcha de ampliação. Foram criados para a fase da execução penal, vindo a terem estendida sua utilização para outros momentos processuais: em especial, primeiro, para o momento da aplicação da pena (*sentencing*), chegando, após, ao sistema de prisão/liberdade provisórias.

Existem dezenas e mais dezenas desses instrumentos; dentre tantos, apresentando suas principais *variáveis explicativas* correlacionadas à reiteração delitiva, podem-se citar, a título exemplificativo:

1. *Correctional Assessment and Intervention System* (CAIS). O CAIS apresenta, dentre outras, as seguintes *variáveis explicativas* de reiteração delitiva: a situação laboral do indiciado/acusado, mudanças de endereço no último ano, padrões de relacionamentos com pessoas ligadas a atividades ilícitas, idade quando da primeira prisão, número de prévios ilícitos penais cometidos, prévios julgamentos e condenações, número de condenações à prisão, número de períodos de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, se o avaliando já teve suspensão condicional da pena ou livramento condicional revogados, percentual de comportamentos criminais relacionados com o abuso de álcool, percentual de comportamentos criminais relacionados com a utilização de outras drogas³¹.
2. *Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions* (COMPAS). Traz, dentre as *variáveis explicativas* de reiteração delitiva, no caso de sua *General Recidivism Risk Scale*: idade, histórico criminal, associação do acusado a pessoas com histórico criminal, utilização de drogas ilícitas, histórico de “delinquência” juvenil; no caso da *Violent Recidivism Risk Scale*, encontram-se entre as *variáveis explicativas*: histórico de violência, histórico de não-aceitação às regras sociais, problemas educacionais e vocacionais, idade e, também, idade quando da primeira prisão³².

31. BAIRD, Christopher, The CAIS/JAIS Approach to Assessment., in: **Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools**, Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018, p. loc. 2493.

32. BRENNAN, Tim; DIETERICH, William, Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions (COMPAS), in: **Handbook of Risk/Needs Assessments Tools**, Chichester, UK: Wiley

3. *Inventory of Offender Risk, Needs, and Strengths* (IORMS). Apresenta *variáveis explicativas* tais como: idade quando do cometimento do primeiro crime, problemas de conduta quando jovem, comportamentos violentos prévios, prévias revogações ou da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, atitudes inclinadas ao cometimento de crimes, negatividade social, impulsividade, desconsideração aos outros, problemas decorrentes da utilização de álcool ou de outras drogas, ausência de apoio familiar e social, habilidades de educação ou de treinamento para o emprego, baixa autoestima, histórico de agressões, ausência de participação social, problemas de autocontrole³³.
4. *Level of Service Instruments* (LS-I). São constituídos de *variáveis explicativas* tais como: história criminal, problemas relacionados à situação educacional, familiar, marital, financeira e de emprego, companhias negativas, problemas relacionados à recreação e lazer, utilização de drogas ilícitas e álcool, problemas pessoais e emocionais, padrões antissociais, atitudes inclinadas ao cometimento de crimes³⁴. Há diversas espécies deste instrumento: *Level of Service/Case Management Inventory* (LS/CMI), *Level of Service/Risk Need, Responsively* (LS/RNR), *Level of Service Inventory* (LSI), *Level of Service Inventory-Revised* (LSI-R) e o *Level of Service Inventory-Revised: Screening Version* (LSI-R:SV).
5. *Ohio Risk Assessment System* (ORAS). Dentre as *variáveis explicativas* do ORAS, citam-se, no que concerne especificamente à avaliação de riscos de reiteração delitiva para análise da situação de prisão/liberdade provisórias: histórico criminal, situação de emprego, abuso de substâncias, estabilidade residencial³⁵. O ORAS também apresenta diversas espécies: o *Ohio Risk Assessment System-Pretrial Assessment Tool* (ORAS-PAT), *Ohio Risk Assessment System – Community Supervision Tool* (ORAS-CST), *Ohio Risk Assessment System – Community Supervision Screening Tool* (ORAS – CSST), *Ohio Risk Assessment System – Prison Intake Tool* (ORAS-PIT) e o *Ohio Risk Assessment System – Reentry Tool* (ORAS-RT).

Blackwell, 2018, p. loc. 3111.

33. MILLER, Holly, The Inventory of Offender Risk, Needs, and Strengths (IORMS), in: **Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools**, Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018, p. loc 4826.

34. WORMITH, J. Stephen; BONTA, James, The Level of Service (LS) Instruments, in: **Handbook of Recidivism Ris/Needs Assessment Tools**, Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018, p. loc 5803.

35. LATESSA, Edward J.; LOVINS, Brian; LUX, Jennifer, The Ohio Risk Assessment System, in: **Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessement Tools**, Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018, p. loc 6468.

6. *Self-Appraisal Questionnaire* (SAQ). Além dos Estados Unidos da América, também é empregado na Austrália, Canadá, Grã-Bretanha, Singapura, África do Sul³⁶. Algumas de suas *variáveis explicativas* são: tendências criminais, problemas de personalidade antissocial, problemas de conduta, histórico criminal, problemas com álcool e com outras drogas, relacionamento com pessoas conectadas a atividades ilícitas³⁷.
7. *Services Planning Instrument* (SPIn) e o *Service Planning Instrument – Women* (SPIn-W). O SPIn traz, como suas variáveis, por exemplo: histórico criminal, histórico de agressão, uso de substâncias, influências sociais, situações familiar e de emprego, atitudes antissociais, capacidades cognitivas, estabilidade e saúde mental³⁸.
8. *Static Risk Offender Needs Guide – Revisited* (STRONG-R). No STRONG-R, encontram-se *variáveis explicativas* tais como: condenações criminais, situação familiar, educacional e laboral, relacionamento com pessoas conectadas a atividades ilícitas, história de abuso de substâncias, saúde mental, história de agressões, atitudes e comportamentos antissociais³⁹.
9. *Pretrial Risk Assessem*t (PTRA). O PTRA é especificamente utilizado para a decisão no sistema de prisão/liberdade provisórias no âmbito federal; tem, como *variáveis explicativas*, por exemplo: número de condenações pelo cometimento de crimes (*felonies*), processos ou investigações em curso, tipo específico de crime e classe de crime imputado no caso concreto, idade, grau de educação, situação laboral, residência, cidadania, problemas com a utilização de drogas ilícitas⁴⁰.
10. *Public Safety Assessment* do Distrito de Colúmbia (PSA/DC): O PSA/DC, que tive a oportunidade de pessoalmente ver sua aplicação, também é especificamente construído para o âmbito do sistema da prisão/liberdade provisórias e traz como *variáveis explicativas*, dentre outras: gênero, idade quando da prisão, se a pessoa é residente no Distrito de Colúmbia, situação laboral, problemas

36. LOZA, Wagdy, Self-Appraisal Questionnaire (SAQ), in: **Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools**, Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018, p. loc 6940.

37. *Ibid.*, p. loc 7128.

38. JONES, Natalie J.; ROBINSON, David, Service Planning Instrument (SPIn), in: **Handbook of Recidivism Risk/Assessment Tools**, Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018, p. loc 7624.

39. HAMILTON, Zachary; MEI, Ziaohan; ROUTH, Douglas, The Static Risk Offender Needs Guide – Revised (STRONG-R), in: **Handobook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools**, Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018, p. Loc 8469.

40. CADIGAN, Timothy P.; JOHNSON, James L.; LOWENKAMP, Christopher T., The Re-validation of the Federal Pretrial Services Risk Assessment (PTRA), **Federal Probation**, v. 76, 2012, p. 10.

emocionais, cidadania, histórico criminal, se possui processos criminais em andamento, se faz uso de drogas ilícitas⁴¹.

11. *Pretrial Risk Assessment* de Connecticut (PTRA/CT). O PRTA/CT tem entre suas *variáveis explicativas*: história criminal, *status* marital, tipo de acusação, meios de sobrevivência, tempo de emprego, educação, saúde mental, abuso de substâncias, número de condenações, histórico de utilização de instrumentos perigosos⁴².
12. *Federal Post Conviction Risk Assessment* (PCRA). Podem ser listadas como suas *variáveis explicativas*: histórico criminal, situação de emprego e de educação, abuso de substâncias, conexões sociais, atitudes em face da supervisão⁴³.
13. *Risk Management System* (RMS). Dentre suas *variáveis explicativas*, observam-se: percentual de tempo de atividade laboral no último ano, problemas com a utilização de álcool e de outras substâncias, idade quando da primeira condenação, número de períodos e de revogações de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, número de condenações criminais, condenações por atos infracionais, histórico criminal, atitudes antissociais⁴⁴.
14. *Wisconsin Risk and Needs-Revised* (WRN-R). Entre suas *variáveis explicativas*, destacam-se: percentual de tempo de atividade laboral nos últimos 12 meses, problemas com a utilização de álcool, problemas com a utilização de drogas ilícitas, atitudes, idade quando da primeira condenação, número de períodos de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, número de revogações da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, número de condenações, número de condenações em crimes com emprego de violência⁴⁵.
15. *Public Safety Assessment* (PSA). Trata-se de um instrumento atuarial de avaliação de risco especificamente desenvolvido para aplicação no sistema de liberdade/prisão provisórias, sendo amplamente

41. KENNEDY, Spurgeon; HOUSE, Laura; WILLIAMS, Michael, Using Research to Improve Pretrial Justice and Public Safety. Results from PSA's Risk Assessment Validation Project., **Federal Probation**, v. 77, 2013, p. 31.

42. CONNECTICUT SENTENCING COMMISSION, **Report to the Governor and the General Assembly on Pretrial Release and Detention in Connecticut**, New Britain: [s.n.], 2017, p. 29.

43. COHEN, Thomas H.; LOWENKAMP, Christopher T.; ROBINSON, Charles, The Federal Post-Conviction Risk Assessment Instrument: A Tool for Predicting Recidivism for Offenders on Federal Supervision, in: **Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools**, Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018, p. loc 4039.

44. KELLY, Bridget, **A Validation study of Risk Management Systems**, University of Nevada, Las Vegas, 2007, p. 15.

45. EISENBERG, Mike; BRYL, Jason; FABELO, Tony, Validation of the Wisconsin Department of Corrections Risk Assessment Instrument, 2009, p. 4.

utilizado nos Estados Unidos da América⁴⁶. Apresenta, como *variáveis explicativas*, por exemplo: idade quando da atual prisão, se o crime atual por que responde o indiciado/acusado é violento, se havia alguma acusação em seu desfavor quando da prática do crime atual, condenações anteriores por contravenções (*misdemeanor*), condenações anteriores por crimes (*felonies*), condenações anteriores por crime violento, prévia condenação à pena a ser cumprida em regime de encarceramento⁴⁷.

Ainda poderiam ser referidos muitos outros instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva⁴⁸.

Com a finalidade de melhor situar as discussões deste trabalho, no subcapítulo 2.5 mais à frente (*O funcionamento dos instrumentos atuariais de*

46. Os Estado do Arizona, Kentucky e Nova Jersey, além de grandes cidades como Phoenix, Chicago e Houston, utilizam o PSA (PRETRIAL JUSTICE INSTITUTE, **Public Safety Assessment (PSA)**, disponível em: <<https://psapretrial.org/>>, acesso em: 3 jun. 2019).

47. LAURA AND JOHN ARNOLD FOUNDATION, *Public Safety Assessment: Risk Factors and Formula*, 2016.

48. Também podem ser referidos exemplificativamente: 1. Community Risk/Needs Management Scale (CRNMS); 2. Dynamic Factors Intake Assessment (DFIA); 3. Offender Assessment System (OASys); 4. Offender Group Recoviction Scale (OGRS); 5. Recidivism Risk Assessment Scales (RISc); 6. Risk of Recoviction (ROC); 7 Statistical Information of Recidivism Scale (SIR); 8. Offender Assessment System (OASys); 9. Offender Group Recoviction Scale (OGRS). Listam-se ainda: 1. o Alabama Risk and Needs Assessment; 2. Allegheny County Risk Assessment; 3. Arizona Risk Assessment Suite; 4. Arkansas Post-Prison Board Transfer Risk Assessment; 5. California Parole Violation Decision Making Instrument; 6. California Static Risk Assessment; 7. Colorado Actuarial Risk Assessment Scale; 8. Connecticut Salient Factor Score; 9. Delaware Parole Board Risk Assessment; 10. Georgia Board of Pardons and Parole's Field Log of Interaction Data; 11. Georgia Parole Behavior Response and Adjustment Guide; 12. Georgia Parole Decisions Guidelines Grid System; 13. Georgia Department of Corrections Offender Tracking Information System; 14. Hawaii Risk and Needs Assessment; 15. Illinois Risk Assessment Instrument; 16. Illinois Risks, Assets and Needs Assessment Tool; 17. Indiana Risk Assessment System; 18. Kentucky Pretrial Risk Assessment Instrument; 19. Kentucky Parole Guidelines Risk Assessment Instrument; 20. Iowa Board of Parole Risk Assessment; 21. Louisiana Risk Needs Assessment; 22. Maryland Public Safety Risk Assessment; 23. Michigan Parole Guidelines Score Sheet; 24. Mississippi Parole Risk Instrument; 25. Missouri Sentencing Assessment Risk Instrument; 26. Missouri Parole Board Salient Factor Guidelines; 27. Montana Risk Assessment Instrument; 28. Nebraska Criminal History Assessment instrument; 29. Nevada Parole Risk Assessment; 30. New Mexico Risk and Needs Assessment; 31. North Carolina Risk Needs Assessment; 32. Oregon Criminal History/Risk Assessment; 33. Public Safety Checklist for Oregon; 34. Orange County Pretrial Risk Assessment; 35. Rhode Island Parole Risk Assessment; 36. South Carolina Parole Risk Assessment Instrument; 37. South Dakota Initial Community Risk/Needs Assessment; 38. State of Hawaii LSI-R Proxy; 39. Tennessee Offender Risk Assessment/Needs Assessment; 40. Tennessee Parole Grant Prediction Scale and Guidelines; 41. Texas Parole Risk Assessment Instrument; 42. Utah Criminal History Assessment; 43. Vermont Parole Board Risk Assessment; 44. Virginia Pretrial Risk Assessment Instrument; 45. Virginia Risk Assessment Tool; 46. Washington Risk Level Classification; 47. West Virginia Parole Board Assessment. (DESMARAIS, Sarah L; JOHNSON, Kiersten L; SINGH, Jay P, *Performance of Recidivism Risk Assessment Instruments in U.S. Correctional Settings*, p. 221–222). Para os casos de violência sexual, podem ser citados, ainda, por exemplo: 1. STATIC-99; 2. Rapid Risk Assessment for Sexual Offense Recidivism (RRASOR); 3. Sex Offender Risk Appraisal Guide (SORAG); 4. Risk Matrix 2000 – Sexual/Violence (RM2000-SV); 5. Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised (MnSOST-R).

avaliação de risco no âmbito do sistema de prisão/liberdade provisórias), apresentarei, em detalhes, o *Public Safety Assessment* (PSA) tal como aplicado em New Jersey, onde foi elemento central da substancial reforma do sistema de prisão/liberdade provisórias procedida naquele Estado.

Antes, porém, tratarei das finalidades atribuídas, positivamente, aos instrumentos atuariais de avaliação de risco.

2.3. OS INSTRUMENTOS ATUARIAIS DE AVALIAÇÃO DE RISCO ENQUANTO CARRO-CHEFE DA REFORMA DO SISTEMA DE PRISÃO/LIBERDADE PROVISÓRIAS.

Desde os anos 1960, há movimentos reformadores do sistema processual estadunidense que centram seus esforços e suas propostas na substituição da *fiança*, enquanto mecanismo primacial para a concessão da liberdade provisória, em favor de um sistema de análise de riscos, apregoando, então, a utilização de instrumentos atuariais.

Nos Estados Unidos da América, ao criticado instituto da fiança são apontadas diversas distorções; dentre tantas, em apertada síntese, listam-se:

i) haveria a manutenção de prisões provisórias de muitos acusados pelo só fato de não terem condições econômicas para arcar com os valores exigidos, mesmo que relativamente baixos – ou seja, a manutenção na prisão de pessoas pelo fato de serem pobres⁴⁹. Por exemplo, na cidade de Nova Iorque, em estudo que teve como base o ano de 2013, mais de 50% das pessoas presas assim permaneceram porque não detinham recursos financeiros para arcar com fianças relativamente baixas para os padrões estadunidenses, de até US\$ 2.500,00⁵⁰;

ii) por não ser um instituto que tenha sua construção vinculada a qualquer análise de risco, pessoas que verdadeiramente representassem riscos poderiam simplesmente “comprar”⁵¹, com a fiança, o restabelecimento de sua liberdade;

49. Na severa critica apresentada pelo U.S. Attorney General Robert Kennedy, já em 1964: “O que foi demonstrado aqui é que geralmente apenas um fator determina se um réu fica preso antes de ser julgado. Esse fator não é culpa ou inocência. Não é a natureza do crime. Não é o caráter do réu. Esse fator é simplesmente dinheiro. Quanto dinheiro tem o réu?” (JUSTICE POLICY INSTITUTE, *Bail Fail: Why the U.S. should end the practice of using money for bail*, Washington DC: [s.n.], 2012, p. 2.).

50. SUBRAMANIAN, Ram et al, *The Misuse of Jails in America*, [s.l.]: VERA Institute of Justice, 2015, n. 2.

51. As razões de proteção à sociedade e a terceiros não são contempladas em um sistema de liberdade provisória centrado em *fianças*: “... a capacidade de pagar fiança em dinheiro não é nem um indicador da culpa de um réu, nem um indicador de risco na concessão de sua liberdade. O foco apenas no dinheiro como mecanismo de liberdade provisória significa que as pessoas muitas vezes não são adequadamente

- iii) com a fiança, haveria uma diminuição do espaço de decisão judicial, que até mesmo se vincularia, em determinados sistemas normativos, a apenas seguir tabelas de valores correspondentes às diferentes espécies de crimes (*bond schedules*)⁵², sem análises de risco;
- iv) teria havido o desenvolvimento de uma “*indústria*” da fiança, um sistema comercial de venda de *seguros-fiança*, a que pobres não teriam acesso, uma verdadeira mercantilização do sistema de prisão e de liberdade provisórias⁵³;
- v) dar-se-ia, em muitos casos, a utilização da fiança de forma *sub rosa* para a manutenção na prisão de determinados acusados, com fixações de valores elevados⁵⁴, sem a correspondente explícita e fundamentada análise de risco;
- vi) da manutenção de prisões provisórias desnecessárias decorreria a

avaliadas em busca de medidas mais racionais de proteção à segurança pública... Enquanto isso, os que são pobres demais para pagar uma fiança em dinheiro continuam presos, independentemente do seu nível de risco ou presunção de inocência. Evidências sugerem que até 25% mais pessoas poderiam ser libertadas de forma segura das prisões dos EUA enquanto aguardam julgamento, se os procedimentos apropriados fossem implementados, incluindo avaliações de risco válidas e supervisão apropriada” (JUSTICE POLICY INSTITUTE, *Bail Fail: Why the U.S. should end the practice of using money for bail*, n. 4.).

52. Acerca da sistemática de *bond schedules*, conferir OTTONE, Sarah, *Punishing Poverty: California's Unconstitutional Bail System*, *Stanford Law Review*, v. 167, 2018.

53. Há tempos a chamada *indústria da fiança* sofre críticas: “O papel da indústria da fiança com fins lucrativos começou nos Estados Unidos em 1800, principalmente devido à falta de grandes laços familiares ou comunitários, bem como grandes áreas onde um réu poderia fugir durante a colonização do país. No entanto, já em 1920, críticas ao uso do sistema de fiança por empresas de fiança com fins lucrativos surgiram e reclamaram alternativas aos seguros-garantia, pois ‘não garantiam segurança à sociedade nem protegiam o direito do acusado’... Em 1954, relatórios começaram a mostrar que uma maioria crescente de pessoas detidas enquanto aguardavam julgamento era de baixa renda. Essas observações prepararam o caminho para programas-piloto, como o *Manhattan Bail Project*, testando o uso do *Release-on-Recognizance* e outras formas de liberdade provisória. Devido em grande parte aos esforços de reforma, foi aprovada a Lei de Reforma da Fiança de 1966, que criou uma base para reduzir a dependência à fiança em dinheiro e aumentar o uso de opções de liberação não-financeira... Desde a década de 1970, vários Estados e jurisdições têm trabalhado para melhorar o processo de liberdade provisória através de vários programas e pilotos; enquanto isso, a indústria de fiança com fins lucrativos continuou seus esforços para manter as empresas de fiança com fins lucrativos como parte do sistema judicial” (JUSTICE POLICY INSTITUTE, *Bail Fail: Why the U.S. should end the practice of using money for bail*, p. 6.).

54. No sistema estadunidense, a *fiança* teria como objetivo histórico garantir a presença do indiciado/acusado perante o sistema de justiça criminal; a utilização *sub rosa* desse instituto ocorre quando *fianças* são fixadas com a finalidade de cumprir outros objetivos, em especial o de controlar a *periculosidade* de indiciados e acusados, quando, então, são fixadas em valores altamente elevados, impagáveis na prática. Acerca dessa realidade, dentre outros: KELLEHER, Lauren, *Out On Bail: What New York Can Learn From D.C. About Solving a Money Bail Problem*, *AMERICAN CRIMINAL LAW REVIEW*, v. 53, p. 2016, ; WANGER, Betsy Kushlan, *Limiting Preventive Detention Through Conditional Release: The Unfulfilled Promise of the 1982 Pretrial Services Act*, *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 2, 1987; GOLDKAMP, John S., *Danger and Detention: a Second Generation of Bail Reform*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 76, 1985.

geração de grandes custos orçamentários, pessoais e sociais⁵⁵;

vii) a impossibilidade de pagamento da fiança, com a manutenção da pessoa presa por esse fato apenas, contribuiria para o aumento das taxas de reiteração delitiva⁵⁶.

O *Criminal Justice Policy Program*, da Faculdade de Direito da

55. De acordo com o estudo *Collateral Costs: Incarceration's Effect on Economic Mobility*, são múltiplos os impactos econômicos decorrentes da experiência prisional, tal estudo aponta: "A INCARCERAÇÃO É CONCENTRADA ENTRE OS HOMENS, OS JOVENS, OS NÃO-EDUCADOS E MINORIAS ÉTNICAS E RACIAIS – ESPECIALMENTE AFRO-AMERICANOS: i) Um em cada 87 homens brancos em idade ativa está preso ou encarcerado, comparado com 1 em cada 36 hispânicos e 1 em cada 12 afro-americanos homens; ii) homens afro-americanos mais jovens (20 a 34 anos) sem um diploma do ensino médio ou GED (supletivo) estão atualmente mais atrás das grades (37%) do que empregados (26%). A ENCARCERAÇÃO AFETA NEGATIVAMENTE AS PERSPECTIVAS ECONÔMICAS DOS REENTRANDOS: i) o tempo de prisão reduz os salários por hora para os homens em aproximadamente 11 por cento, a empregabilidade anual em 9 semanas e os rendimentos anuais em 40 por cento; ii) aos 48 anos, um ex-detento típico terá ganhado US\$ 179.000 a menos do que se nunca tivesse sido encarcerado; iii) o encarceramento deprime a renda total dos homens brancos em 2%, dos homens hispânicos em 6% e dos homens negros em 9%. REENTRANDOS EXPERIMENTAM MENOS MOBILIDADE ECONÔMICA DO QUE OS QUE NÃO FORAM ENCARCERADOS: i) dos ex-detentos que estavam na quinta parte mais baixa da distribuição de rendimentos masculinos em 1986, dois terços permaneceram no último degrau em 2006, duas vezes o número daqueles que não foram encarcerados; ii) apenas 2% dos homens anteriormente encarcerados, que começaram no quinto percentil da distribuição de rendimentos, chegaram à quinta parte mais alta depois de 20 anos, em comparação com 15% dos homens que começaram na base mas nunca foram encarcerados. OS IMPACTOS DA ENCARCERAÇÃO ALCANÇAM FILHOS E FAMÍLIAS: i) 54% dos presos são pais com filhos menores (de 0 a 17 anos), sendo mais de 120.000 mães e 1,1 milhão de pais; 2,7 milhões de crianças têm pais atrás das grades; 1 em cada 28 crianças (3,6%) tem um dos pais encarcerado – o índice era de 1 em 125 há apenas 25 anos. Dois terços dos pais dessas crianças foram encarcerados por crimes não violentos; ii) uma em cada 9 crianças afro-americanas (11,4 por cento), 1 em cada 28 crianças hispânicas (3,5 por cento) e 1 em cada 57 crianças brancas (1,8 por cento) têm um progenitor encarcerado. A MOBILIDADE ECONÔMICA PARA A CRIANÇA É NEGATIVAMENTE AFETADA PELA INCARCERAÇÃO DE UM PAI: i) pesquisas anteriores mostraram que ter um pai encarcerado prejudica as crianças, tanto educacional quanto financeiramente; ii) crianças com pais que foram encarcerados têm uma probabilidade significativamente maior do que outras crianças de serem expulsas ou suspensas da escola (23% em comparação com 4%); iii) a renda familiar média dos anos em que um pai está encarcerado é 22% menor do que a renda familiar no ano anterior ao encarceramento do pai. Mesmo no ano após a libertação do pai, a renda familiar permanece 15% menor do que no ano anterior ao encarceramento; iv) tanto a educação quanto a renda dos pais são fortes indicadores da futura mobilidade econômica das crianças" (WESTERN, Bruce; PETTIT, Becky, **COLLATERAL COSTS: Incarceration's effect on economic mobility**, Washington DC: The PEW Charitable Trusts, 2010, p. 3-4.).

56. No estudo *The Hidden Costs of Pretrial Detention*, analisou-se o sistema prisão/liberdade provisórias referente a 153.407 presos no Estado de Kentucky, tendo-se como referência o período de 1º de julho de 2009 a 30 de junho de 2010, tendo-se chegado às seguintes conclusões: a) a manutenção da prisão de investigados, de baixo e moderado risco, mesmo que por poucos dias, estaria fortemente correlacionada a maiores índices de nova atividade criminal; b) mesmo quando a prisão durasse de dois a três dias, tratando-se de indivíduos de baixo risco, o índice de reiteração delitiva seria superior em 40% em comparação com indivíduos de baixo risco que permanecessem presos por período inferior a 24 horas; c) quando a prisão durasse de oito a quatorze dias, com relação a indivíduos de baixo risco, haveria a maior probabilidade (51%) de eles virem a cometer novo crime dentro de dois anos em comparação com aqueles indivíduos de baixo risco que tivessem permanecido presos por período inferior a 24 horas (LOWENKAMP, Christopher T; VANNOSTRAND, Marie; HOLSINGER, Alexander, **The Hidden Costs of Pretrial Detention**, Washington DC: Laura and Arnold Foundation, 2013).

Universidade de Harvard, resume, em parte, o momento atual, tido como de imprescindível reforma do sistema de liberdade provisória baseado na fiança:

A reforma do sistema de fiança apresenta um desafio histórico – e também uma oportunidade. A fiança é historicamente uma ferramenta destinada a permitir que os tribunais minimizem a intervenção na liberdade de um réu, enquanto ajuda a garantir o comparecimento ao julgamento. É um mecanismo disponível para administrar o processo antes do julgamento. No entanto, em tribunais de todo o país, os juízes usam o instrumento contundente da fiança para garantir que certos réus sejam detidos antes de seu julgamento. A fiança monetária impede que muitos réus indigentes deixem a prisão enquanto seus casos estão pendentes. Em muitas jurisdições, isso levou a um estado de coisas indefensável: muitas pessoas foram presas desnecessariamente, com seu *status* econômico definindo frequentemente os resultados. A fiança monetária é frequentemente imposta arbitrariamente e pode resultar em desigualdades injustificadas. Quando a prisão provisória depende de alguém poder pagar uma obrigação em dinheiro, dois réus com situações semelhantes enfrentarão resultados muito diferentes, baseados apenas em suas riquezas. Essas disparidades podem ter consequências crescentes, já que mesmo curtos períodos de prisão preventiva podem prejudicar o emprego, a moradia ou a guarda dos filhos. A prisão preventiva também pode minar a capacidade do réu de montar uma defesa eficaz. À medida que esses resultados se acumulam em casos individuais, o uso indevido da fiança monetária pode acelerar taxas desnecessariamente altas de encarceramento e aprofundar disparidades baseadas em riqueza e raça em todo o sistema de justiça criminal. Prender réus não condenados porque eles não têm a riqueza para pagar fiança em dinheiro também viola a Constituição. Uma onda recente de ativistas criou um impulso nacional para repensar fundamentalmente como funciona a tomada de decisões a respeito da liberdade provisória. Tal litígio, em todo o país, resultou na declaração de inconstitucionalidade dos sistemas de fiança de várias jurisdições, desestabilizando práticas bem estabelecidas e focalizando a atenção dos formuladores de políticas sobre os problemas resultantes da fiança monetária. A crescente atenção da mídia às consequências injustas da fiança monetária intensificou o escrutínio sobre a prática existente. Tudo isso se baseia na atenção sustentada de especialistas e grupos de ativistas que há muito pedem uma reforma fundamental da fiança em dinheiro. À medida que os formuladores de políticas em todo o espectro político buscam

acabar com a era do encarceramento em massa, a reforma da administração da liberdade provisória emergiu como uma forma crítica de desacelerar o fluxo de pessoas para dentro do sistema de justiça criminal⁵⁷.

Em face do sistema de liberdade provisória centrado na fiança, em que se dá o massivo *encarceramento pela pobreza*⁵⁸, apresenta-se, como contraproposta e solução a ele, a utilização de um sistema de análise de riscos, em cujo cerne se encontram exatamente os instrumentos atuariais de avaliação de risco.

Nos Estados Unidos da América de hoje, os instrumentos atuariais de avaliação de risco ingressaram no sistema jurídico dotados, assim, de forte aura reformadora, progressista, como o caminho para o enfrentamento das profundas distorções e injustiças geradas pelo sistema de prisão/liberdade provisórias baseado na *fiança*.

Aos instrumentos atuariais de avaliação de risco entregou-se, pode-se dizer, grande parcela das esperanças de uma nova justiça criminal nos Estados Unidos da América: de fato, uma de suas finalidades principais é ser o veículo de uma mudança de paradigma, que toma o risco como o critério basilar para

57. CRIMINAL JUSTICE POLICY PROGRAM, **Moving Beyond Money: A Primer on Bail Reform**, [s.l.]: Harvard Law School, 2016, p. 4.

58. O próprio governo federal estadunidense, por seu Departamento (Ministério) de Justiça, em 14/03/2016, apresentou um pacote de políticas públicas, de assistências econômica e técnico-jurídica, dirigido às cortes estaduais e locais, visando a “*reformar práticas danosas e antijurídicas ocorrentes em determinadas jurisdições relativas à aplicação e à exigência de fianças*” para a concessão de liberdade provisória (LORETTA, Lynch E., **Attorney General Loretta E. Lynch Delivers Remarks at White House Convening on Incarceration and Poverty**, disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-loretta-e-lynch-delivers-remarks-white-house-convening-incarceration-and>>, acesso em: 4 jun. 2019.). A então Procuradora-Geral dos Estados Unidos (U.S. General Attorney), Loretta E. Lynch, afirmou, na oportunidade, que haveria, com as práticas então adotadas, a “*criminalização da pobreza*”, foco a se combater com a política pública instituída. Nas palavras da Procuradora-Geral: “Qual é o preço da justiça? Qual é o preço da justiça? Quando a fiança é fixada excessivamente alta, as pessoas estão atrás das grades apenas porque são pobres. Não porque são um perigo ou um risco de fuga – apenas porque são pobres. Elas não têm dinheiro para sair da prisão e certamente não têm dinheiro para fugir para qualquer lugar. Outras pessoas que têm os meios econômicos podem evitar as desigualdades do sistema desde o início” (*Ibid.*). Tal pacote tinha os seguintes objetivos reformadores: (1) Os tribunais não deveriam encarcerar uma pessoa por falta de pagamento de multas ou honorários sem antes conduzir uma verificação de indigência e estabelecer que a falta de pagamento foi intencional; (2) Os tribunais deveriam considerar alternativas ao encarceramento para os réus indigentes incapazes de pagar multas e taxas; (3) Os tribunais não deveriam condicionar, para o acesso a uma audiência judicial, o pagamento antecipado de multas ou taxas; (4) Os tribunais deveriam fornecer informações significativas e, nos casos apropriados, um advogado, ao aplicar multas e taxas; (5) Os tribunais não deveriam usar mandados de prisão ou suspensões de licenças como meio de coagir ao pagamento de dívidas judiciais quando os indivíduos não tivessem asseguradas proteções procedimentais constitucionalmente adequadas; (6) Os tribunais não deveriam empregar a fiança ou práticas de fiança que fizessem com que os réus indigentes permanecessem encarcerados somente pelo fato de não poderem pagar por sua liberdade provisória (DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS, **Letter Regarding Law Enforcement Fees and Fines**).

a decretação de prisões preventivas e para a concessão da liberdade provisória.

As exigências de reformas provêm de diferentes setores, inclusive da *American Bar Association* (ABA)⁵⁹ – a congênere da nossa Ordem dos Advogados do Brasil, e da própria Associação dos Juízes Americanos (*American Judges Association*); esta última veio a posicionar-se em prol da utilização de instrumentos atuariais de avaliação de risco por meio da Resolução nº 2, adotada em abril de 2017, que, trazendo um amplo espectro de objetivos reformadores, recomendou aos administradores judiciais (*court leaders*) “promover e apoiar a adoção de instrumentos de avaliação de risco baseados em evidências”, eliminando-se “práticas que gerem encarceramento fundadas somente na ausência de recursos financeiros para o pagamento de fiança por parte dos indiciados/acusados”⁶⁰.

Tais movimentos reformadores do sistema de prisão/liberdade provisórias já são vencedores em grande parte dos Estados Unidos da América, como se dá, por exemplo, na jurisdição federal⁶¹ e na jurisdição de muitos Estados, como em New Jersey, Arizona, Kentucky⁶², Washington⁶³, Colorado⁶⁴, Virgínia⁶⁵, Ohio⁶⁶, no Distrito de Colúmbia⁶⁷.

No ano de 2019, encontrava-se em pleno andamento uma ampla e radical reforma do sistema de prisão/liberdade provisórias da Califórnia, que extinguia a *fiança*, substituindo-a precisamente pela análise de risco, adotando,

59. Em seu *Pretrial Release Standards*, a ABA defende a utilização de instrumentos atuariais de avaliação de risco em todas as jurisdições, a serem desenvolvidos e aplicados por *Pretrial Services Agencies* (Standard 10-1.10.), sugerindo, como *variáveis explicativas*, por exemplo: a condição mental, situação familiar, situação laboral, situação financeira, condutas passadas, utilização de drogas e de álcool, história criminal (Standard 10-5.1.) (AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Pretrial Release Standards*, disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_pretrialrelease_blk/>, acesso em: 4 jun. 2019).

60. AMERICAN JUDGES ASSOCIATION, Resolution 2, 2017, parag. 1 e 2.

61. CADIGAN; JOHNSON; LOWENKAMP, The Re-validation of the Federal Pretrial Services Risk Assessment (PTRA).

62. Nesses três Estados é utilizado o *Public Safety Assessment* (PSA), cujo funcionamento será especificado no subcapítulo 2.5 – *O funcionamento dos instrumentos atuariais de avaliação de risco no âmbito do sistema de prisão/liberdade provisórias*, cuidando-se de sua aplicação no Estado de New Jersey.

63. DRAKE, *Predicting Criminal Recidivism: A Systematic Review of Offender Risk Assessments in Washington State*.

64. PRETRIAL JUSTICE INSTITUTE; JFA INSTITUTE, *The Colorado Pretrial Assessment Tool (CPAT)*, Washington DC: [s.n.], 2012.

65. VIRGINIA DEPARTMENT OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES, *Virginia Pretrial Risk Assessment Instrument (VPRAI) – Instruction Manual*, Richmond: [s.n.], 2018.

66. SMITH, Paula *et al*, *Creation And Validation Of The Ohio Risk Assessment System Final Report*, 2009: University of Cincinnati, 2009.

67. KENNEDY; HOUSE; WILLIAMS, *Using Research to Improve Pretrial Justice and Public Safety. Results from PSA's Risk Assessment Validation Project*.

para tanto, um instrumento atuarial de avaliação de risco como elemento fundante de todo o sistema⁶⁸.

2.4. UMA NOVA APREGOADA RACIONALIDADE DE DECIDIR.

A predição do risco de reiteração delitiva por instrumentos atuariais de avaliação de risco, como visto, ganha cada vez mais espaço. Pode-se dizer até mais: que tais ferramentas estatísticas passaram a ser um dos ícones do movimento reformador de todo o sistema de justiça criminal no que concerne a prisões, sejam provisórias, sejam definitivas; essa realidade pode ser constatada, por exemplo, de forma impactante na recente reforma do sistema criminal da justiça federal ocorrida em dezembro de 2018 pelo *First Step Act*, que tem a utilização dos instrumentos atuariais de avaliação de risco como elemento central para diversos propósitos desencarcerantes⁶⁹.

68. Talvez esse seja o exemplo recente mais eloquente de reforma do sistema de liberdade/prisão provisórias nos Estados Unidos da América. Trata-se da *Senate Bill (SB) n. 10*, de 2018, da Califórnia, cuja entrada em vigor estava prevista para outubro de 2019. Exatamente um dos pontos centrais da nova lei é a extinção da fiança e o emprego do novo paradigma – o paradigma da avaliação de riscos, assim compreendidos: o risco de não-comparecimento em juízo e o risco de reiteração delitiva. Para a realização dessa análise de risco, assumirá papel central um instrumento atuarial de risco, ainda em desenvolvimento, que, por sua vez, será aplicado por uma *Pretrial Assessment Services (PAS)*. Caberá à PAS assinalar o nível de risco de cada preso, reportando os resultados às unidades judiciárias e fazendo recomendações das condições para a liberdade provisória. Por regra, serão aplicados instrumentos de avaliação de risco somente aqueles presos que supostamente tenham cometido *felonies* (crimes). Nos casos de *misdemeanor* (contravenções), a regra será a concessão de liberdade provisória sem a necessidade de aplicação de instrumento atuarial de avaliação de risco. Por sua vez, nos casos de *felony*, oferecendo o preso *baixo risco*, conforme a ferramenta estatística, caberá à própria PAS conceder liberdade provisória sob a condição de *own recognizance* (comparecimento em juízo). O mesmo poderá ocorrer, até mesmo, em casos de *risko médio*. Segundo a lei, deverá o Poder Judiciário definir, por regra sua a ser editada, em quais casos os presos de *medium risk* poderão ser postos em liberdade provisória mediante *own recognizance* (comparecimento em juízo). Quando não concedida a liberdade provisória pela própria PAS, poderá ser realizada uma audiência para a concessão da liberdade provisória. A prisão provisória caberá quando houver alta probabilidade de que nenhuma das condições, ou combinação de condições de supervisão, assegure a segurança pública (evitando-se a reiteração delitiva) ou o retorno do acusado à unidade judiciária. Há, contudo, *rebuttable presumption* (presunção de periculosidade) em desfavor do acusado quando o crime for uma *felony* com violência ou quando o acusado tiver sido condenado por uma *felony* violenta no intervalo prévio de 5 anos. Ou seja, o sistema de avaliação atuarial de riscos cede em face dessa decisão legislativa de manter preventivamente presos aqueles que cometem crimes violentos ou que foram condenados pelo cometimento de crimes violentos. Também quando o resultado do instrumento atuarial de avaliação de risco for *high risk*, a concessão de liberdade provisória, por regra, será vedada.

69. Tal estatuto, de nível federal, promove alteração à Seção 3.632 do US Code 18, instituindo a utilização de um instrumento atuarial de avaliação de risco que deverá: 1. determinar o risco de recidivismo de cada preso como baixo, médio ou alto; 2. determinar o risco de conduta violenta ou grave de cada prisioneiro; 3. determinar o tipo e a intensidade de utilização de programa de redução de recidivismo a ser desenvolvido; 4. reavaliar o risco de reincidência de cada prisioneiro periodicamente; 5. reatribuir os prisioneiros a programas apropriados de redução de recidivismo ou a atividades produtivas; 6. determinar

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco são tidos como promotores de uma nova forma de decidir, hábeis a sustentar *evidence-based decisions* – o decidir com base em dados empíricos apreendidos segundo procedimentos metodológicos adequados⁷⁰. Nesse sentido, em 2007, a Conferência dos *Chief Justices* e a Conferência dos Administradores de Cortes Estaduais emitiram uma resolução conjunta, defendendo-os. Trata-se da Resolução 12, de 1º de agosto de 2007, que afirma que “as melhores pesquisas mostraram que o uso de ferramentas de avaliação de riscos [...] validadas é fundamental para reduzir a reiteração delitiva”⁷¹. Nesse mesmo sentido e nesse ano, o *National Center for State Courts* (NCSC), o *Crime and Justice Institute* (CJI) e o *National Institute of Corrections* (NIC) lançaram um relatório conjunto a favor da utilização dos instrumentos atuariais de avaliação de risco⁷².

Afirma-se, também, que os instrumentos atuariais de avaliação de risco teriam a aptidão para padronizar as decisões judiciais e diminuir espaços para o subjetivismo⁷³.

Por alguns, os instrumentos atuariais de avaliação de risco são considerados como superiores à capacidade humana de predizer o futuro⁷⁴. As análises de risco realizadas sem apoio em instrumentos atuariais de risco, chama-

quando serão fornecidos incentivos e recompensas; e 7. determinar quando um preso estiver pronto para ser transferido para a custódia de pré-liberdade ou para a liberdade supervisionada (COLLINS, Doug, *Text – H.R.5682 – 115th Congress (2017-2018): FIRST STEP Act*, disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5682/text>>, acessado em: 29 jun. 2019).

70. CADIGAN, Timothy P, Evidence-based Practices in Federal Pretrial Services, **Federal Probation**, v. 72, p. 6, 2008; ETIENNE, Margareth, Legal and Practical Implications of Evidenced-Based Sentencing by Judges, **Chapman Journal of Criminal Justice**, 2009; KLINGELE, Cecelia, The Promises And Perils Of Evidence-Based Corrections, **NOTRE DAME LAW REVIEW**, v. 91, 2015; WARREN, Roger K, Evidence-Based Practice to Reduce Recidivism: Implications for State Judiciaries, 2007.

71. CONFERENCE OF CHIEF JUSTICES; CONFERENCE OF STATE COURT ADMINISTRATORS, Resolution 12 – In Support of Sentencing Practices that Promote Public Safety and Reduce Recidivism, 2007.

72. WARREN, Evidence-Based Practice to Reduce Recidivism: Implications for State Judiciaries.

73. Nas palavras de Megan Stevenson e de Jennifer L. Doleac: “As ferramentas de avaliação de risco algorítmico tornaram-se um elemento popular das reformas da justiça criminal, muitas vezes com o objetivo explícito de reduzir as taxas de encarceramento. A esperança é que essas ferramentas baseadas em dados padronizem as decisões sobre prisão preventiva e sentença e garantam que apenas os infratores de maior risco sejam encarcerados (STEVENSON, Megan T.; DOLEAC, Jennifer L., *The Roadblock to Reform*, 2018, p. 8.).

74. Christopher Slobogin afirma categoricamente que: “Quando a questão é saber se o Estado pode privar um indivíduo de liberdade, a avaliação de risco atuarial fornece a informação mais efetiva e menos discriminatória (SLOBOGIN, Christopher, *Prevention as the Primary Goal of Sentencing: The Modern Case for Indeterminate Dispositions in Criminal Cases*, v. 48, 2011, p. 1147). Também sobre a temática: N. ZOE, Hilton; GRANT, T. Harris; MARNIE, E. Rice, *Sixty-six years of research on the clinical versus actuarial prediction of violence*, **The Counseling Psychologist**, v. 34, 2006; GUAY, Jean-Pierre; PARENT, Geneviève, *Broken Legs, Clinical Overrides, and Recidivism Risk: An Analysis of Decisions to Adjust Risk Levels With the LS/CMI*, **Criminal Justice and Behavior**, v. 45, n. 1, 2018.

das por *clínicas* (tais como as que os juízes realizam), seriam inferiores às dos instrumentos atuariais de avaliação de risco; consoante Christopher Slobogin:

Primeiro, pesquisas estabeleceram firmemente que as previsões baseadas no método clínico, embora tipicamente melhores do que o acaso, são menos válidas do que as previsões atuariais por uma magnitude significativa. Em segundo lugar, as previsões clínicas são muito difíceis de avaliar em termos de taxas de erro, porque o método clínico varia de avaliador para avaliador. Ademais, as previsões baseadas em dados atuariais fornecem informações padronizadas sobre a taxa de erro. Terceiro, enquanto a análise de predição atuarial é hábil a identificar uma estimativa de probabilidade quantificada que pode ser comparada com os padrões descritos anteriormente, os especialistas que se baseiam na previsão clínica podem, no máximo, fazer afirmações gerais sobre risco, como “o ofensor apresenta um risco acima da média” ou “o réu representa um baixo risco”. Estes últimos tipos de declarações podem significar coisas muito diferentes para diferentes avaliadores e, em qualquer caso, não são suscetíveis de verificação. Estas considerações apontam que a evidência atuarial tem valor probatório muito maior do que a análise de predição clínica não-estruturada⁷⁵

Deposita-se, nos instrumentos atuariais de avaliação de risco, a capacidade de resolver ou indicar a resolução do complexo conflito *liberdade individual/segurança pública*. Assim, a diminuição dos índices de encarceramento nos Estados Unidos da América⁷⁶, desde a prisão preventiva, passando

75. SLOBOGIN, Prevention as the Primary Goal of Sentencing: The Modern Case for Indeterminate Dispositions in Criminal Cases, p. 1146). Inclusive, Slobogin defende tal superioridade atuarial em face dos julgamentos estruturados: “A menos que associadas a estimativas de probabilidade, as opiniões de especialistas derivadas das avaliações por SPJ sofrem das mesmas deficiências probatórias que afetam a avaliação clínica não-estruturada. A SPJ pode estar mais focada em fatores relevantes de risco e proteção do que qualquer outra abordagem, e é muito útil no desenvolvimento de planos de gerenciamento de riscos quando a prisão preventiva ou uma sentença indeterminada for autorizada. Porém, por não ser validada, gera apenas informações sobre gerenciamento de riscos, não fornecendo às unidades judiciais uma avaliação empírica do grau de risco de um indivíduo (*Ibid.*, p. 1146–1147). Acerca da definição de *julgamentos profissionais estruturados*, ver nota 14.

76. Os Estados Unidos da América possuem a maior população prisional do planeta, com 2.162.400 presos em dezembro de 2016 – além de 3.788.800 em *probation* e 4.650.900 em *parole* nesse ano (KAEBLE, Danielle; COWHIG, Mary, **Correctional Populations in the United States, 2016**, Washington DC: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE – Office of Justice Programs – Bureau of Justice Statistics, 2016). Sobre o tema do encarceramento em massa, entre tantos: SIMON, Jonathan, LAW'S VIOLENCE, THE STRONG STATE, AND THE CRISIS OF MASS IMPRISONMENT (FOR STUART HALL), **Wake Forest Law Review**, v. 49, 2014; NATAPOFF, Alexandra, **Punishment without crime: how massive misdemeanor system traps the innocent and makes America more unequal**, New York: Basic Books, 2018; STEIKER,

pelo *sentencing*⁷⁷ e indo até a execução da pena, é apregoada como sendo um dos principais objetivos dos instrumentos atuariais de avaliação de risco⁷⁸. Concomitantemente, outro de seus objetivos é o aumento da segurança pública, com um maior aprisionamento daqueles que seriam considerados como de alta *periculosidade*⁷⁹. E tudo realizado de uma maneira que seria objetiva, excluindo-se, assim, na maior medida possível, a exposição a pressões políticas e eleitorais⁸⁰ a que se submeteria o Poder Judiciário nos Estados Unidos da América.

Carol S; STEIKER, Jordan M, The Death Penalty and Mass Incarceration: Convergences and Divergences, **American Journal of Criminal Law**, v. 41, 2014; SIMON, Jonathan, **Mass incarceration on trial**, New York: The New Press, 2014.”properties”:“formattedCitation”,”SIMON, Jonathan, LAW\uc0\u8217\}S VIOLENCE, THE STRONG STATE, AND THE CRISIS OF MASS IMPRISONMENT (FOR STUART HALL O massivo encarceramento, com superlotação das unidades prisionais, foi e ainda é, em grande medida, uma preocupação nos Estados Unidos da América. A superlotação das prisões deslegitima todo o sistema de justiça criminal, levando-nos à barbárie. Conforme há mais de três décadas expunha Hirsh: “A superlotação das prisões é um mal, não porque constitua uma falha na alocação de recursos, mas porque as prisões sobrecarregadas são lugares bárbaros. O apinhamento piora as privações do confinamento, agrava os atritos que podem levar à violência e diminui a capacidade da instituição de garantir a segurança dos prisioneiros. Onde a superlotação foi longe demais, os tribunais federais intervieram, mas a razão pela qual os formuladores de políticas de justiça criminal devem se preocupar com a superlotação é não apenas para impedir a intervenção judicial, mas para fazer cumprir a obrigação ética do Estado de tratar suas unidades prisionais de maneira condizente com uma sociedade civilizada” (HIRSCH; GOTTREDSON, Selective Incapacitation – Some Queries about Research Design and Equity, p. 830). Ademais, as políticas criminais encarcerantes também deveriam considerar as prisões como *recursos limitados* do ponto de vista físico e econômico, com uma previsão de utilização de acordo com as possibilidades do sistema prisional. Ainda conforme Hirsh: “A superlotação é uma questão de vontade política. Acredita-se que o público teme os criminosos, mas não gosta de pagar por novas prisões caras. A tentação dos órgãos políticos é ter os dois lados: pedir penas de prisão mais duras sem fornecer as instalações necessárias. É preciso alguma firmeza por parte dos órgãos de formulação de políticas para resistir a essa tentação e insistir em políticas de condenação que não ultrapassem os recursos. O que os teóricos podem encorajar é uma maneira de pensar sobre a condenação criminal que se baseie na consciência de que a prisão é, e deveria ser, um recurso restrito” (*Ibid.*, p. 834).

77. No que concerne à aplicação de pena (momento específico do direito processual penal estadunidense, que é denominado *sentencing*), a utilização de instrumentos atuariais de predição de risco de reiteração delitiva é prática usual (COLLINS, Punishing Risk, p. 60). Recentemente, o próprio Código Penal Modelo estadunidense, desenvolvida pelo American Law Institute, em modificação de 2017, adotou a utilização de instrumentos atuariais para a aplicação da pena, defendendo seu emprego para a análise de futuro comportamento delitivo (*Ibid.*).

78. MONAHAN, John; METZ, Anne L.; GARRETT, Brandon L., Judicial appraisals of risk assessment in sentencing, **Behavioral Sciences & the Law**, v. 36, n. 5, 2018, p. 565–566.

79. COLLINS, Punishing Risk, p. 59.

80. No modelo estadunidense, os instrumentos de avaliação de risco também são tidos como possíveis escudos em face da severidade dos juízes, que são cotidianamente expostos a pressões eleitorais e políticas, que os empurrariam rumo a decisões desfavoráveis à liberdade. Conforme Stevenson e Deleac: “Embora tenham suas próprias preferências, os juízes também respondem aos incentivos. Os juízes sabem que alguns erros são mais caros do que outros: acredita-se que os eleitores punirão um juiz por libertar alguém que cometa um crime, mas pode nem perceber quando prende alguém que não é uma ameaça. Enquanto possam ser responsabilizados perante eleitores que se comportem dessa maneira, os juízes irão encarcerar em excesso – especialmente nos casos em que houver substancial cobertura da mídia. Além disso, o comportamento de julgamento dos juízes muda em diferentes pontos do ciclo eleitoral. Em particular,

Ademais, no âmbito do sistema da prisão/liberdade provisórias, a racionalidade dos instrumentos atuariais de avaliação de risco iria além da própria identificação do risco, abarcando também sua gestão, seja na definição das medidas de liberdade provisória a serem adotadas, seja na aplicação e supervisão do cumprimento dessas medidas, com uma melhor alocação dos recursos humanos e financeiros disponíveis⁸¹.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco também tornariam mais eficientes e céleres não apenas a decisão⁸², mas também o processo de decisão a respeito dos níveis de supervisão e intervenção no âmbito da liberdade provisória. Iriam muito além da possível objetividade humana, seriam de aplicação simples, precisos, transparentes e rápidos.

Em suma, os instrumentos atuariais de avaliação de risco teriam trazido nada menos do que um novo paradigma para a predição de riscos para o processo penal, uma verdadeira revolução⁸³.

81. Eles tendem a optar por penas mais severas quando estão se aproximando da reeleição, para satisfazer um eleitorado que (as pesquisas sugerem) tende a favorecer penas mais duras. Essa variação no comportamento ao longo do tempo é problemática porque significa que os resultados dos processos dependem do momento de sua instrução e julgamento" (STEVENSON; DOLEAC, *The Roadblock to Reform*, p. 8).

82. Em estudo de 2015 considerando 45 Estados, o Vera Institute apontou que os custos com o sistema de prisões desses Estados fora de US\$ 42.883.537.590,00 (VERA INSTITUTE, **The Price of Prisons – 2015**, disponível em: <<https://www.vera.org/publications/price-of-prisons-2015-state-spending-trends/price-of-prisons-2015-state-spending-trends/price-of-prisons-2015-state-spending-trends-prison-spending>FY 2019 Performance Budget, Washington DC: Department of Justice – Federal Bureau of Prisons, 2018).

83. Embora não sejam juridicamente vinculantes, seus resultados são considerável e consistentemente adotados pelo Poder Judiciário estadunidense. Por exemplo, em recente pesquisa envolvendo a aplicação da ferramenta *Pretrial Safety Assessment* (PSA), constatou-se que: 24% dos juízes sempre seguiam as recomendações do PSA; 39%, com frequência; 21%, às vezes; 11%, raramente; e, nunca, apenas 4% dos juízes. No que diz respeito à concordância dos juízes com os resultados do PSA, 63% deles estavam frequentemente de acordo com a recomendação da ferramenta e 37% estavam às vezes de acordo com a recomendação; não houve nenhuma resposta de rara ou total discordância com os resultados do PSA (DEMICHELE, Matthew *et al*, *What do criminal justice professionals think about risk assessment at pretrial?*, **Federal Probation**, v. 83, 2019, p. 38).

84. Como diz Cecilia Klingele, "what is old often becomes new again" – o que é velho com frequência torna-se novo mais uma vez (KLINGELE, **THE PROMISES AND PERILS OF EVIDENCE-BASED CORRECTIONS**, p. 551). Já nos anos 1970, os instrumentos atuariais de avaliação de risco passaram a ser intensamente utilizados para a predição de reiteração delitiva para fins de *parole*, trazendo consigo promessas muito próximas às de hoje preconizadas por seus defensores. No caso da Califórnia dos anos 1970, Jonathan Simon assim descreve as esperançosas possibilidades afirmadas pelos apoiadores dessas ferramentas estatísticas: "O estilo e a textura da previsão estatística ajudavam a abordar preocupações sobre a uniformidade das decisões... Havia a promessa de resultados independentemente dos indivíduos que tomavam as decisões, eliminando dúvidas sobre os caprichos do sistema... permitindo-se uma revisão real da racionalidade de uma decisão" (SIMON, Jonathan, **Poor Discipline: Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990**, Chicago: The University of Chicago Press, 1993, p. 175).

2.5. O FUNCIONAMENTO DOS INSTRUMENTOS ATUARIAIS DE AVALIAÇÃO DE RISCO NO ÂMBITO DO SISTEMA DE PRISÃO/ LIBERDADE PROVISÓRIAS

Neste tópico, apresentarei, na prática, o funcionamento dos instrumentos de avaliação de risco de modo a melhor situar as discussões realizadas neste livro.

Tomo, para servir como exemplo, o sistema de avaliação de risco de New Jersey, de cunho progressista, que entrou em vigor em janeiro de 2017 (por meio do *Criminal Justice Reform Statute*), em que é utilizado o *Public Safety Assessment* (PSA), desenvolvido pela Laura and John Arnold Foundation, validado para esse Estado americano.

Em crítica ao sistema anterior, que tinha a *fiança* como seu pilar, o *Chief Justice* da Suprema Corte de New Jersey, Stuart Rabner, assim expôs:

Sob o antigo sistema, os réus pobres – muitas vezes membros de grupos minoritários – sentavam-se na prisão por semanas ou meses, apesar da presunção de inocência e de representarem pouco risco para o público. Durante esse tempo, eles poderiam perder seus empregos, contato com os membros da família e até a custódia de seus filhos. Enquanto isso, o custo para os contribuintes para abrigar um réu de baixo risco podia chegar a US\$ 100 ou mais por dia. O tempo gasto na prisão também podia se tornar um incentivo para um réu se declarar culpado e receber uma sentença por tempo cumprido. Estudos mostram que os acusados presos declararam-se culpados com mais frequência, são condenados com maior frequência, são sentenciados à prisão com maior frequência e recebem penas de prisão mais duras do que aqueles que são liberados antes do julgamento. No outro extremo do espectro, réus perigosos tiveram a oportunidade de pagar fiança, apesar do risco de cometem novos crimes ou tentarem intimidar testemunhas. Sua liberação antes do julgamento levantou uma preocupação genuína de segurança pública⁸⁴.

O PSA visa a avaliar três riscos: i) o risco de reiteração delitiva não-violenta (nesse instrumento denominada *new criminal activity*, NCA – nova atividade criminal); ii) o risco de reiteração delitiva violenta (*new violent criminal activity*, NVCA – nova atividade criminal violenta); iii) e o risco de o

84. RABNER, Justice Stuart, Criminal Justice Reform Is About Fairness, *Judges Journal*, v. 57, n. 3, 2018, p. 13.

indiciado/acusado não comparecer em juízo (*failure to appear* – FTA).

São suas *variáveis explicativas*: (1) a idade quando da atual prisão; (2) se o atual suposto crime praticado é violento (com uma *variável explicativa* específica caso tal suposto crime tenha sido perpetrado por alguém com 20 anos ou menos); (3) se havia alguma acusação em desfavor do preso quando do cometimento do atual suposto crime; (4) condenações anteriores por desordem (*prior disorderly persons conviction*); (5) condenações anteriores por *indictable charges*; (6) condenações anteriores por crime violento; (7) falha em comparecer em juízo em data pré-determinada no período dos últimos dois anos; (8) falha em comparecer em juízo em data pré-determinada no período superior há dois anos; (9) prévia condenação à pena a ser cumprida em regime de encarceramento (condenações a 14 ou mais dias de privação de liberdade).

A avaliação de risco de futura falha no comparecimento em juízo (*failure to appear* – FTA) apresenta a seguinte pontuação: se o indiciado/acusado tinha uma acusação pendente ao tempo do cometimento do suposto crime, ele receberá um ponto; se teve uma anterior condenação, um ponto; se deixou de comparecer em juízo há mais de dois anos, um ponto; recentes falhas de comparecimento, em período inferior a dois anos, um ponto se houver uma falha – se houver duas ou mais, adicionam-se quatro pontos.

Se, ao final, o indiciado/acusado alcançar um ponto, o risco de falha no comparecimento é de 16% de probabilidade; se dois pontos, 19%; se três pontos, 25%; se quatro pontos, 37%; se 5 pontos, 53%; se seis pontos, 65%.

O risco para a reiteração delitiva para crimes não-violentos é assim calculado: se o indiciado/acusado tem menos de 22 anos, receberá dois pontos; se há acusações em curso, três pontos; se há condenações por desordem, um ponto; se há condenações por crimes, um ponto; uma ou duas condenações por crimes violentos, também um ponto; se mais de duas condenações, dois pontos; se o indiciado falhou uma vez em comparecer em juízo nos últimos dois anos, um ponto (se mais de uma vez, dois pontos); se houve prévia condenação à pena a ser cumprida em regime de encarceramento, dois pontos.

Se o indiciado/acusado atingir um ponto, o risco de reiteração delitiva é de 14% de probabilidade; se dois pontos, 25%; se três pontos, 31%; se quatro pontos, 38%; se 5 pontos, 46%; se seis pontos, 50%⁸⁵.

85. Já para a reiteração delitiva para crimes violentos, são as seguintes as variáveis explicativas: se o suposto crime cometido é violento, o indiciado/acusado receberá dois pontos (se tiver menos de 21 anos,

Sobre os resultados brutos, aplica-se um escore de conversão, alcançando-se uma escala que vai de 1 a 6. Eis o escore de conversão para a hipótese de risco de falha de não-comparecimento:

Escore bruto	Escala de seis pontos
0	1
1	2
2	3
3-4	4
5-6	5
7	6

Já para os casos de risco de reiteração delitiva, eis o escore de conversão:

Escore bruto	Escala de seis pontos
0	1
1-2	2
3-4	3
5-6	4
7-8	5
9-13	6

Sobre os pontos convertidos aplica-se uma *matriz*, chamada *Decision Making Framework* (estrutura de tomada de decisão, na sigla DMF em inglês); é, então, calculado o risco de reiteração delitiva (nova atividade criminal – NAC), bem como o risco de não-comparecimento (falha no comparecimento – *failure to appear*), adotando-se diferentes níveis de administração dos riscos, que vão da liberdade provisória sem quaisquer fiscalizações à recomendação da prisão preventiva.

receberá um ponto adicional); se há acusações em curso, um ponto; se há prévia condenação por crime não-violento, um ponto; se há uma ou duas condenações por crime violento, um ponto – se mais de duas, dois pontos. Se o escore atingir entre quatro e sete pontos, o acusado recebe uma flag (um alerta), que torna a liberdade provisória de baixíssima probabilidade e, na eventualidade de sua concessão, sob condições mais rigorosas.

Eis os níveis de administração de risco empregados:

→ ROR (*released on own recognizance* – liberdade sob responsabilidade própria): trata-se do compromisso do indiciado/acusado de comparecer em juízo e de não ingressar em nova atividade criminal.

Nos níveis que seguem, além de condições outras que venham a ser estabelecidas, tem-se:

→ PML 1 (*Pretrial Monitoring Level 1* – nível de monitoramento de liberdade provisória 1): comunicação e acompanhamento do indiciado/acusado por contatos telefônicos, cabendo-lhe reportar suas atividades;

→ PML 2: comparecimento pessoal mensal, uma ligação mensal para reportar as atividades; também há a possibilidade da incidência de alguma(s) condição(ões) outra(s) de monitoramento, como a obrigatoriedade de permanecer em casa durante determinados períodos (*curfew*);

→ PML 3: monitoramento realizado por fiscalização estatal e por telefone semanalmente, incidindo, também, outra(s) condição(ões) de monitoramento.

→ PML 3+ EM/HD (*electronic monitoring* e *home detention*): além dos monitoramentos do nível 3, monitoramento eletrônico ou prisão domiciliar.

Se não-recomendada a liberdade provisória, decreta-se a prisão preventiva; na hipótese de não ser recomendada a liberdade provisória, mas mesmo assim esta for concedida, adota-se o nível de fiscalização PML 3+EM/HD.

A matriz encontra-se assim construída – *DMF (decision matrix framework)*:

	NAC 1	NAC 2	NAC 3	NAC 4	NAC 5	NAC 6
FC 1	ROR	ROR				
FC 2	ROR	ROR	PML 1	PML 2	PML 3	
FC 3		PML 1	PML 1	PML 2	PML 3	Liberdade não recomendada
FC 4		PML 1	PML 1	PML 2	PML 3	Liberdade não recomendada
FC 5		PML 2	PML 2	PML 3	PML 3 + EM/HD	Liberdade não recomendada
FC 6				Liberdade não recomendada	Liberdade não recomendada	Liberdade não recomendada

Para que o juiz deixe a *DMF*, cabe a ele fundamentar sua decisão.

No caso de Nova Jersey, ainda há a possibilidade de que um ponto seja agregado ao resultado final constante da *DMF* nas hipóteses em que se esteja diante de crimes previstos no NERA (*No Early Release Act*)⁸⁶ ou com relação a certos crimes envolvendo armas previstos no *Graves Act*⁸⁷.

Há, contudo, crimes em que há *presunção de periculosidade (rebuttable presumption)* – o que é *norma* nos sistemas de prisão/liberdade provisória nos Estados Unidos da América, invertendo-se o ônus da prova de *não-periculosidade* à defesa; como exemplos de crimes que geram a *presunção de periculosidade*, citem-se: *fuga* (N.J.S.A. 2C:29-5.a), homicídio doloso N.J.S.A. 2C:11-3), homicídio culposo qualificado (N.J.S.A. 2C: 11-4), agressão sexual e agressão sexual qualificada (N.J.S.A. 2C:14-2a, b, c.1), roubo (N.J.S.A. 2c:15-1), roubo de veículo automotor (N.J.S.A. 2c:15-1, 15-2). Nesses casos, a liberdade provisória não é recomendada, independentemente do resultado do PSA; se

86. O *No Early Release Act* (Estatuto de não-concessão prematura de liberdade), N.J.S.A. 2C:43-7.2, determina que, para determinados crimes tidos como graves e nele listados, o livramento condicional (*parole*) apenas possa ser concedido após o cumprimento de 85% da pena privativa de liberdade

87. O *Graves Acts* (Estatuto dos Atos Graves), N.J.S.A. 43-6(c), cuida da incriminação de diversas condutas envolvendo *armas de fogo*, impondo tempos mínimos de prisão e proibindo a concessão de livramento condicional (*parole*) para certas situações.

concedida a liberdade provisória, a previsão normativa é de que medidas cautelares pessoais devem ser empregadas da forma mais intensa possível.

No próprio ano de 2017, a *DMF* passou por revisões pela Suprema Corte de New Jersey:

A primeira revisão da Suprema Corte, em janeiro de 2017, esclareceu que os réus acusados de delitos de desordem não-relacionadas à violência doméstica não devem ser submetidos à prisão preventiva segundo o Estatuto da Reforma do Sistema de Justiça. Em março de 2017, o Tribunal revisou a *DMF* pela segunda vez para esclarecer que aos réus de maior risco não deve ser concedida liberdade provisória sob quaisquer condições, incluindo a prisão domiciliar e o monitoramento eletrônico. Finalmente, em maio de 2017, o Tribunal revisou a *DMF* para fornecer recomendações mais restritivas para réus acusados de certos crimes do *Graves Act* e outros crimes envolvendo armas, bem como para réus repetidamente presos durante a liberdade provisória. O Tribunal fez essas últimas revisões devido a preocupações de que o PSA não considerasse adequadamente a *periculosidade* apresentada por esses réus⁸⁸.

Das 42.487 pessoas inicialmente presas em New Jersey no ano de 2017, tem-se percentualmente os seguintes resultados decorrentes da aplicação da *DMF*⁸⁹:

PERCENTUAL	NÍVEL DE ADMINISTRAÇÃO DO RISCO
7,8% (3.330 pessoas)	ROR
21,5% (9.144 pessoas)	PML1
15,5% (6.581 pessoas)	PML2
27,5% (11.703 pessoas)	PML3
8,7% (3.686 pessoas)	PML3+
18,9% (8.043 pessoas)	Prisão Preventiva

88. ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE COURTS, **One Year – Criminal Justice Reform – 2017 – Report to the Governor and the Legislative.**, Trenton: New Jersey Judiciary, 2018, p. 12.

89. *Ibid.*, p. 13.

O sistema de prisão/liberdade provisórias de New Jersey, tido por progressista, é considerado como um bem-sucedido exemplo de reforma, a ele vindo-se a somar, na sua lógica, a reforma do sistema da Califórnia em curso⁹⁰, catapultando-se, ambos, como catalisadores de ainda mais reformas, que cada vez mais aprofundarão a utilização dos instrumentos atuariais de avaliação de risco.

90. Ver nota 68.

3.

O ALICERCE DOS INSTRUMENTOS ATUARIAIS DE AVALIAÇÃO DE RISCO: O MODELO DA PERICULOSIDADE.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva surgiram, se desenvolveram e se consolidaram como resultado de acontecimentos e movimentos históricos, sociais, políticos, filosóficos, jurídicos, científicos, que, tendo como denominador comum a ideia de *periculosidade*, se reforçaram mutuamente. O sistema de justiça criminal estadunidense, historicamente, teve e tem como permanente foco a *periculosidade* e, por consequência, o objetivo de evitar a reiteração delitiva, diga-se, em um nível incomparável com o sistema brasileiro.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva decorrem, no plano criminológico, da lógica da Escola Positiva Criminológica e são imediato produto da Escola de Sociologia de Chicago no início do século XX.

Resultaram em fortes institutos que, passados quase 100 anos de sua instituição, hoje parecem mais fortes do que nunca nas realidades penal e processual-penal estadunidenses, sendo recriados, alterados, defendidos por todos os matizes ideológicos, conservadores e progressistas. É, aliás, paradoxal sua utilização como um instituto de reforma do sistema de justiça criminal estadunidense com vistas à diminuição do encarceramento, isto porque, como veremos, em seu âmago encontra-se a essência da própria lógica do encarceramento massivo nos Estados Unidos da América, qual seja, o ideal *incapacitante*⁹¹. Parecem ser uma ideia inovadora, mas não são.

Embora tenha sido enfocado inicialmente também a partir da ótica reabilitativa, todavia especialmente a partir da década de 1970 (com a gradativa queda do *Welfare State*⁹² e com o recrudescimento do *combate à criminalidade* – a *war on crime* e suas múltiplas políticas públicas e institutos jurídicos⁹³),

91. Sobre o conceito de *incapacitação*, mais à frente trataremos no subcapítulo 3.4.2 – *Incapacitação*.

92. GARLAND, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, UK: Oxford University Press, [s.d.], p. 53–72.

93. Acerca desses temas, cuidaremos, mais adiante, no subcapítulo 3.4.1 – *A queda do ideal reabilitativo*.

o risco de reiteração delitiva passou a ser enfrentado e administrado primordialmente a partir da sombria conexão *periculosidade-incapacitação*, isto é: prende-se ou mantém-se alguém preso pelo só fato de ser *perigoso*; noutras palavras, a pessoa é *incapacitada*, pela prisão, de cometer novos ilícitos criminais, sendo sua *periculosidade* assim neutralizada.

Neste capítulo, almejamos costurar alguns eventos e formas de pensar que resultaram no desenvolvimento dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, dando-lhes sopro de vida até nossos dias. Apenas com um entendimento desse contexto acreditamos seja possível sejam revelados os alicerces em que se apoiam os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, compreensão esta que é fundamental para que se possa manejá-los e analisá-los, nos dias de hoje, em sua miríade de detalhes.

Há possibilidades de construções diversas e de narrativas variadas sobre os temas criminológicos que neste capítulo enfrento. Nunca foi nosso objetivo realizar nenhuma análise de fundo sobre as múltiplas teorias de que se ocupa o vasto campo da criminologia⁹⁴. A visitação que se faz a temas criminológicos dá-se na exata conexão da necessidade de melhor abertura do objeto desta pesquisa.

Como será demonstrado na sequência, o caminho que percorreremos pode ser resumido, com todos os equívocos próprios de quaisquer sínteses, da seguinte forma: os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva trazem consigo a lógica do positivismo criminológico do final de século XIX e do início do século XX, que ainda mais se aprofundou no ambiente estadunidense, seja pela Escola de Sociologia de Chicago (do final dos anos 1910), seja pela impressionante intensificação da *incapacitação* como objetivo basilar do sistema de justiça estadunidense, fato que ocorre, em especial, a partir do final dos anos 1960 e início dos anos 1970 até os nossos dias. Como fio condutor disso tudo está a *periculosidade*. Por sua vez, nas décadas de 1970 e de 1980, surgem as *prisões preventivas extraprocedimentais* visando

94. Para uma visão ampla, mas resumida, acerca das teorias centrais da *criminologia*, entre tantos sugerem-se: ROCK, Paul, *The Foundations of Sociological Theories of Crime*, in: *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2017; LACEY, Nicola; ZEDNER, Lucia, *Criminalization: historical, legal, and sociological perspectives*, in: *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2017; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.; HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.; NELKEN, David, *The Futures of Criminology*, Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 1994.; BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

a impedir a reiteração delitiva, bem como agências administrativas (*Pretrial Services Agencies*) criadas e dispostas para identificar, analisar e administrar o risco de reiteração delitiva (a quem coube a aplicação dos instrumentos atuariais de avaliação de risco no âmbito do sistema de prisão/liberdade provisórias). Dá-se, então, o concerto entre *prisões preventivas extraprocedimentais*, *Pretrial Services Agencies* e instrumentos atuariais de avaliação de risco, todos dispostos para evitar a reiteração delitiva, todos eles alicerçados na *periculosidade* como denominador comum. E, devido à racionalidade estatística dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, engendra-se uma nova concepção de justiça, no âmbito criminal, de cunho atuarial. As consequências da união entre *estatística* e *periculosidade*, que perfazem a essência dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, em parte serão objeto deste capítulo e, também, do vindouro.

Eis, pois, o fio vermelho das exposições que seguem.

3.1. POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO.

3.1.1. A substituição da autonomia pela periculosidade.

O positivismo criminológico está na base dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva; e, nessa base, embora as transformações por que passaram, continuam tais instrumentos, até hoje, sendo talvez o melhor exemplo que se tenha de um instituto com fortes raízes no positivismo criminológico.

O positivismo criminológico data do último quarto do século XIX, tendo, a partir do livro de Lombroso *L’Uomo Delinquente*⁹⁵, em 1876, um desenvolvimento exponencial, com sentidas consequências até nossos dias atuais. Como bem expõe David Garland:

As últimas décadas do século XIX testemunharam a formação de uma nova forma de conhecimento que se tornou familiar para nós como a “ciência da criminologia”. Dentro de um período notavelmente

95. LOMBROSO, Cesare, *L'uomo delinquente: in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1896. Dentre tantos, são obras seminais daquilo que se convencionou chamar de *positivismo criminológico*: GAROFALO, R., *La criminología: estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, Madrid: Daniel Jorro, 1912.; FERRI, Enrico; SOTO Y HERNANDEZ, Antonio, *Sociología criminal*, Madrid: Centro Ed. Gongora, 1907.

breve, talvez não mais do que 20 anos após o aparecimento de *L’Uomo Delinquente*, de Lombroso, em 1876, esse conhecimento se desenvolveu a partir das preocupações idiossincráticas de alguns indivíduos em um programa de investigação e ação social que atraiu apoio em toda a Europa e América do Norte. Essa explosão de interesse no empreendimento criminológico levou à publicação de centenas de textos, à formação de dezenas de congressos, conferências e associações nacionais e internacionais e à montagem de um movimento social internacional que pressionou em favor das reivindicações da criminologia sobre as legislaturas e instituições penais de praticamente todas as nações ocidentais ... Seus conceitos e práticas recomendadas, para o bem ou para o mal, sustentam muitas das sanções e instituições penais das nações em todo o mundo moderno⁹⁶.

Para se compreender o positivismo criminológico e sua presença, até hoje, nos instrumentos atuariais de avaliação de risco, é fundamental compreender a quem se dirigia sua crítica e, assim, sua razão de ser. O positivismo criminológico tinha um alvo, qual seja, a Escola Clássica do Direito Penal, cujo nome notável era Cesare Beccaria⁹⁷, tendo como cerne de sua crítica a ideia fundante do classicismo penal, vale dizer, o binômio *autonomia/responsabilidade*, considerando-o nada mais do uma “pura ilusão subjetiva”, nas palavras de Enrico Ferri em 1917⁹⁸. *Autonomia e responsabilidade*, de fato, não encontrarão local nos instrumentos atuariais de avaliação de risco⁹⁹.

A Escola Clássica direcionava suas vozes contra o direito penal das monarquias absolutistas, marcados pelo segredo, pela arbitrariedade, por procedimentos cruéis¹⁰⁰; as ideias de liberdade e igualdade formais eram-lhe, pois, essenciais, sendo a lei seu principal instrumento de reconhecimento e de realização¹⁰¹. No entanto, para a Escola Positiva, consoante Jonathan Simon, “a doutrina do classicismo, que considerava a igualdade fundamental de capacidade entre todos os sujeitos e o livre arbítrio, não se ajustava à realidade que os positivistas viam – de populações distintas atoladas na pobreza, na ignorância

96. GARLAND, THE CRIMINAL AND HIS SCIENCE, p. 109.

97. BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**, São Paulo: Hemus, 1983.

98. GARLAND, The Criminal and his Science, p. 118.

99. Como veremos no subcapítulo 4.4 – *Violação ao direito fundamental à liberdade: a desconsideração da autonomia*.

100. DIAS; ANDRADE, **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**, p. 5-10.

101. BARATTA, **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, p. 31-34.

e (na opinião deles) em déficits biológicos”¹⁰², tal qual ocorreria *mutatis mutandis*, no futuro, com muitas das *variáveis explicativas* que seriam desenvolvidas nos instrumentos atuariais de avaliação de risco. A autonomia, tida pela Escola Clássica como universal a todo e qualquer ser humano (excepcionando-se as crianças e os doentes mentais), sendo pressuposta e conhecida de antemão, nada mais seria do que uma quimera para o positivismo criminológico.

Quando da consolidação do positivismo criminológico, havia, no plano social, na Itália dos anos 1890, um incremento da criminalidade e uma crítica à forma, tida como *branda*, com que o classicismo dela cuidava, uma crise para a qual o positivismo criminológico apresentava suas respostas, unindo análise empírica e preocupação com a *periculosidade* em contraposição à concepção abstrato-jurídica da Escola Clássica, que, ao ver dos positivistas, despersonalizava o ser humano do caso concreto, pondo em seu lugar um ente abstrato inexistente; para eles, a lógica abstrato-judicial deveria ser substituída. As ideias de autonomia e de responsabilidade, na linha kantiana¹⁰³, atravancavam as necessidades de combate à criminalidade, que precisavam ser superadas para que a justiça criminal pudesse ser mais efetiva, tema este tão presente nos instrumentos atuariais de avaliação de risco a partir dos anos 1970 nos Estados Unidos da América¹⁰⁴.

Consoante narra David Garland:

O fracasso da estratégia existente de lidar eficazmente com o crime foi usado como ponto de entrada tático para o novo programa, que oferecia uma crítica radical à atual estratégia, suas instituições e, particularmente, sua jurisprudência clássica. Assim, Enrico Ferri (1917, p. XLI): “É nossa experiência (notada todos os dias, em todos os países, em ambos os lados do oceano) que as leis penais inspiradas como ainda são pelas doutrinas tradicionais são impotentes para preservar a sociedade civil do flagelo da criminalidade”. E o Barão Garofalo (1914, p. XXVI): “É inútil protestar contra os vereditos de absolvição ou a indulgência de juízos. O que vemos é, afinal, o triunfo da lógica judicial, mas um triunfo que é à custa da segurança social e da moralidade”¹⁰⁵.

102. SIMON, Jonathan, *Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first*, *Texas Law Review*, v. 84, 2006, p. 2163-2164.

103. KANT, Immanuel; QUINTELA, Paulo; GALVÃO, Pedro, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Lisboa: Edições 70, 2011.

104. Como teremos a oportunidade de ver no subcapítulo 3.4 – *As mudanças e as continuidades do projeto positivista do final dos anos 1960 em diante*.

105. GARLAND, The Criminal and his Science, p. 117..

A crítica voltava-se, assim, ao classicismo e aos seus procedimentos e técnicas – em uma símila próxima à alegada superioridade dos instrumentos atuariais de avaliação de risco em face da atuação judicial, chamada de *clínica*. No magistério de David Garland:

se quisermos descrever os elementos desse novo programa e os temas e preocupações que seus expoentes compartilhavam, então não há melhor lugar para começar do que com a crítica do classicismo. O ataque a essa jurisprudência foi perseguido por praticamente todos os textos no campo, tanto para estabelecer as vantagens práticas de um sistema penal baseado na criminologia positiva quanto para demarcar as diferenças entre as duas formas de discurso. E deve-se enfatizar que isso foi de fato um ataque. Em seus estágios iniciais, o novo programa não buscou acomodação com o classicismo, nenhuma revisão ou reforma ou compromisso teórico. Em vez disso, atacou o próprio coração da filosofia clássica e estabeleceu seu próprio espaço discursivo e direito de existir contra os princípios tradicionais¹⁰⁶.

Compare-se a esse projeto o que, no ano de 2018, Anders Kaye trouxe acerca dos instrumentos atuariais de avaliação de risco:

À medida que a avaliação de risco se fortalece em todo o sistema de justiça, cria demanda por mais e melhor tecnologia de avaliação de risco. À medida que a tecnologia de avaliação de risco evolui, a avaliação de risco se tornará um veículo importante para *insights* e narrativas que colocarão cada vez mais pressão sobre a vulnerabilidade do retributivismo – sua presunção de responsabilidade individual – e, portanto, sobre o próprio retributivismo. A avaliação de risco fará isso semeando a prática da justiça criminal com os elementos das narrativas transformadoras sobre a criminogênese e o delito. As tecnologias de avaliação de risco em evolução irão trazer cada vez mais informações radicalmente transformadoras sobre os delitos para o sistema de justiça criminal e para o nosso pensamento sobre a justiça criminal em geral. Além disso, elas fornecerão essas informações de uma forma adequada à mudança – um fluxo persistente e crescente de fatos vívidos, concretos e compreensíveis que facilmente se transformarão em narrativas explicativas sobre as causas genéticas, ambientais, culturais e experenciais do comportamento criminoso¹⁰⁷.

106. *Ibid.*, p. 117-118.

107. KAYE, Anders, Radicalized risk assessment, *Behavioral Sciences & the Law*, v. 36, n. 5, p. 610-637,

Uma das consequências, com repercussões atualíssimas nos instrumentos de avaliação de risco de reiteração delitiva, seria, então, a substituição da ideia de *autonomia*, que seria metafísica na visão dos positivistas¹⁰⁸ (termo repetido múltiplas vezes como tática favorita para desqualificar a Escola Clássica), pela de *periculosidade*¹⁰⁹. Assim, Emile Faguet dizia, no início do século XX, que:

Não é sob a ótica da culpabilidade que se deve analisar alguém. Isso é demasiado obscuro e metafísico ... Não é necessário considerar criminosos como responsáveis, semi-responsáveis, irresponsáveis – que dizem respeito apenas aos filósofos. É necessário considerá-los como muito perigosos, perigosos, semiperigosos e não perigosos. Apenas isso e nada mais deve ser considerado”. “Livre-arbítrio”, “responsabilidade”, “culpa” e “punição” não são apenas ficções desfavoráveis à ciência, mas conceitos metafísicos que representam um perigo para a segurança da sociedade, deixando-a praticamente indefesa contra os criminosos mais perigosos¹¹⁰.

Ao invés de “contemplações especulativas e ficções”, caberia o “estudo positivo dos fatos”, substituindo “as abstrações judiciais pelas experiências da realidade, pondo os fatos acima da lei, o espírito da observação acima do espírito legal”, conforme, em 1913, defendia Saleilles, citado por David Garland¹¹¹. O positivismo criminológico contrapunha-se à lógica *retributiva*, empregando, em seu lugar, a lógica utilitarista da *defesa social*¹¹². Ainda segundo Saleilles, transscrito por David Garland, o retributivismo seria “a teoria mais perigosa para a sociedade ... porque, apesar de tentar fazer com que os criminosos paguem por suas dívidas, não consegue impedir-los de perpetrar graves novos atos ilícitos”¹¹³.

Para o positivismo criminológico, a ideia de direitos subjetivos era de cunho *metafísico*, considerada como obsoleta e irracional; nas palavras do

2018, p. 615.

108. BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 38–40.

109. Sobre o tema, iremos nos debruçar no subcapítulo 4.3.

110. *Apud* GARLAND, *The Criminal and his Science*, p. 118..

111. *Ibid.*

112. BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 43; SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, *Curso de Direito Penal – Parte Geral*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 104–105.

113. GARLAND, *The Criminal and his Science*, p. 118.

filósofo F. H. Bradley (1893), também citado por David Garland: “As anti-gas doutrinas metafísicas dos direitos dos indivíduos tornaram-se obsoletas no início deste século [XIX] e dificilmente podem hoje ser consideradas um princípio racional”¹¹⁴.

Não apenas a autonomia e seu intrínseco elemento de *liberdade* era substituída pela *periculosidade*, mas também a crítica também se voltava à pretensão igualitária da Escola Clássica. Conforme Devon, em 1908, referido por David Garland:

Tem sido dito que na prisão todos os homens são iguais; mas suas desigualdades naturais não são removidas colocando-se homens em custódia; tais desigualdades são apenas ignoradas; assim, se o tratamento na prisão for uniforme, será iníquo porque não considera tal desigualdade¹¹⁵.

O tratamento igualitário da Escola Clássica representava, para o positivismo criminológico, uma grave falha, com consequências negativas na reabilitação ou, mesmo, na *incapacitação* dos mais perigosos¹¹⁶.

Como à época (e ainda hoje com os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva), buscava-se antepor, de um lado, a *ciência*, evidentemente a assim considerada nos termos do positivismo criminológico, e, de outro, a *metafísica*, a atuação jurídico-abstrata. Para o enfrentamento da reiteração delitiva, o sistema *clássico* seria absolutamente insuficiente.

Pela Escola Positiva, uma visão determinista surge: “em uma única operação, a “liberdade” é substituída pelo determinismo, o criminoso é diferenciado de maneira qualitativa, e a busca pelas causas do crime começa”¹¹⁷. O positivismo deixa para trás a filosofia da *liberdade* para ingressar no campo das determinantes do comportamento humano¹¹⁸, que, no plano do risco, buscar-se-iam capturar com os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva.

Como veremos mais à frente¹¹⁹, com tais ferramentas preditivas há a

114. *Ibid.*, p. 118–119.

115. *Ibid.*, p. 119.

116. *Ibid.*

117. *Ibid.*, p. 123.

118. *Ibid.*

119. Em especial no subcapítulo 4.4 – *Violação ao direito fundamental à liberdade: a desconsideração da*

completa substituição da *autonomia* pela *periculosidade* – uma vitória que nem mesmo o positivismo criminológico conseguira a seu tempo, despersonalizando-se o sujeito, que passa a ser considerado exclusivamente a partir de uma lógica comparativa e correlacional a um estudo estatístico localizado noutras condições de tempo e de lugar e com relação a outras pessoas, estas também despersonalizadas e transformadas em dados¹²⁰.

3.1.2. Cientificismo e estatística.

A depender do ângulo de observação do positivismo criminológico, diz-se que as narrativas da história moderna da *periculosidade* podiam ser vistas a partir de uma visão *progressista*: prover a justiça criminal de *bases científicas*; contudo, ao lado da *emancipação* científica pretendida, os potenciais repressivos que as acompanharam assumiam feição ímpar, com um perturbador “lado sombrio”, nas palavras de Richard Wetzell¹²¹. Foi próprio do positivismo criminológico a ambiguidade: se constituía um caldo de preconceitos e concepções eugênicas hereditárias, alegadamente *científicos*, ao mesmo tempo trazia uma ínsita e poderosa crítica a tais compreensões¹²², nessa crítica desenvolvendo-se ideais *progressistas*.

O positivismo criminológico fazia a asserção de que representava o avanço da *ciência* em face da *metafísica* visão da Escola Clássica (tal qual alegadamente os instrumentos atuariais de avaliação de risco – de bases *científicas*, exerceriam em face de decisões *clínicas*, pressupondo-as frágeis – ou simplesmente superadas ou equivocadas). Assim, por referências à *natural* propensão ao cometimento de crimes, as camadas empobrecidas da população poderiam sofrer diferenciações entre o *normal* e o *anormal*, justificando-se regulações e intervenções¹²³, sem maiores considerações de ordem normativa.

O positivismo criminológico caracterizou-se pelo desenvolvimento de técnicas de identificação¹²⁴ e pela utilização da estatística. Desde a metade do século XVIII, e sempre com mais força durante todo o século XIX, a coleção

autonomia.

120. Tais temas serão objeto de análise, destacadamente, nos subcapítulos 4.2.1 – *Os problemas G2I e de representatividade do grupo*, 4.2.2 – *Fatos para números: meras análises quantitativas* e 4.2.3 – *Correlação, e não causalção*.

121. WETZELL, Richard F., *Inventing the Criminal: A History of German Criminology, 1880-1945*, Raleigh: The University of North Carolina Press, 2000, p. 8.

122. *Ibid.*, p. 11.

123. *Ibid.*, p. 131.

124. *Ibid.*, p. 134.

de dados para fins estatísticos passou a ocupar um importante *locus* na sociedade europeia ocidental¹²⁵, o que seria um modelo e um motor para o positivismo criminológico. De fato, o projeto da escola positivista, em grande medida, se encontrava presente também na virada estatística que se expandia; a mescla “de observação, classificação e procedimentos de indução, métodos quantitativos, ‘naturalismo’ e formulação de leis causais” moldaram o positivismo criminológico¹²⁶. Os efeitos dessa forma de pensar, se, no positivismo criminológico, já se fizeram marcados, com mais força ainda viriam a se dar, nas feições de hoje, com os instrumentos atuariais de avaliação de risco.

Era intrínseco ao movimento positivista criminológico a utilização da estatística, mesmo que de forma incipiente – estatística que, mais à frente, tanto se desenvolveria¹²⁷ até o ponto de, como hoje, sustentar as próprias avaliações de risco.

Pela estatística, a ideia da natureza humana estava sendo suplantada pela ideia de um modelo normal de pessoas segundo leis de dispersão¹²⁸, o que vinha ao encontro e se somava à lógica do positivismo criminológico. A impressão de números trazia, ademais, novas tecnologias de classificação e de enumeração, bem como novas burocracias com autoridade para utilizar tais tecnologias. Categorias tiveram de ser inventadas (como as *variáveis explicativas* nos instrumentos atuariais de avaliação de risco), dentro das quais as pessoas poderiam ser catalogadas, passando tais pessoas a se reconhecerem dentro dessas mesmas categorias¹²⁹.

125. O termo “estatística” foi possivelmente cunhado por Gottfried Achenwall, por ele concebido como a “coleção de “fatos notáveis sobre o Estado” (HACKING, Ian, *The Taming of Chance*, 15a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 24). Ainda conforme Hacking: “foram os pensadores e estadistas alemães que trouxeram à plena consciência a ideia de que o Estado-nação é essencialmente caracterizado por sua estatística e, portanto, exige um escritório estatístico para definir a si mesmo e seu poder. Leibniz, minha testemunha favorita do surgimento da probabilidade no século XVII, era o padrinho filosófico das estatísticas oficiais da Prússia. Suas premissas essenciais eram: que um Estado prussiano deveria ser trazido à existência, que a verdadeira medida do poder de um Estado é sua população e que o Estado deveria ter um escritório estatístico central para conhecer seu poder” (*Ibid.*, p. 18).

126. GARLAND, *The Criminal and his Science*, p. 112.

127. *Ibid.*

128. Consoante exposto por Ian Hacking: “Primeiro, no contexto da fisiologia, aqui representada por Broussais, e depois transformada em parte de uma agenda política por Comte. A normalidade deslocou a ideia iluminista da natureza humana como um conceito central de organização, desenvolvendo duas concepções. Uma, a concepção de Quetelet-Durkheim do normal, como o certo e o bom. A outra, a noção *galtoniana* do normal como medíocre e que precisa ser melhorado. Em ambos os papéis, a ideia do normal se apresenta como o selo de objetividade e imparcialidade, uma ponte neutra entre o que “é” e o que “deveria ser” (HACKING, *The Taming of Chance*, p. loc 46).

129. Sobre esse tema, voltaremos diversas vezes neste livro, em especial no subcapítulo 4.5 – *Violação ao*

Se, estatisticamente, sabia-se que um número “x” de pessoas se suicidava por ano, passou-se a ter consciência e a se refletir sobre as possibilidades de controle social e as implicações morais de responsabilidade na evitação do resultado, valendo o mesmo para o controle criminal.

As primeiras estatísticas estavam conectadas a *desvios*: suicídio, “vadiagem”, loucura, prostituição, doenças, todas de uma ou de outra forma incorporadas ao positivismo criminológico¹³⁰. A ideia de controle sobre uma “subpopulação desviante por enumeração e classificação”¹³¹ se fazia claramente presente.

A própria ideia de *normal*, com as marcas da objetividade e da imparcialidade, que servia principalmente para a realização de descrições e avaliações, ia de encontro à ideia iluminista de *natureza humana universal*¹³². Com a estatística, no século XIX, passou-se a enumeração das pessoas e de seus hábitos. A sociedade passou a ser estatística – um “novo tipo de lei surgiu, análogo às leis da natureza, mas referente às pessoas”¹³³, passando, cada vez mais, as ciências naturais e as ciências humanas a por ela (a estatística) se conectar, em um rumo que, na década de 1920, como veremos, desaguará no primeiro instrumento atuarial de avaliação de risco nos Estados Unidos da América¹³⁴.

3.1.3. A prisão: um laboratório. O processo de diferenciação.

A instituição *prisão* foi a “face institucional para o surgimento da criminologia da Escola Positiva e para suas preocupações particulares”¹³⁵, uma espécie de laboratório experimental controlado no qual o conhecimento criminológico poderia ser desenvolvido, uma lógica experimental que, desde o início, esteve e está na base dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, que, a seu turno, se utilizam de grupos populacionais selecionados pelo sistema de justiça criminal para suas construções, com graves consequências discriminatórias¹³⁶.

No final do século XIX, opera-se um enorme incremento da população carcerária na Europa ocidental, constituindo-se a prisão o meio experimental

direito fundamental à igualdade: discriminação institucional.

130. HACKING, *The Taming of Chance*, p. loc 3.

131. *Ibid.*

132. GARLAND, *The Criminal and his Science*, p. 134.

133. HACKING, *The Taming of Chance*, p. loc. 1.

134. Como veremos no subcapítulo 3.3 – *A Escola de Sociologia de Chicago*.

135. GARLAND, *The Criminal and his Science*, p. 114–115.

136. Tal qual veremos no subcapítulo 4.5 – *Violação ao direito fundamental à igualdade: discriminação institucional.*

por excelência para o desenvolvimento do projeto do positivismo criminológico¹³⁷. Conforme David Garland, a prisão, para o positivismo criminológico:

proporcionava a possibilidade de observação a longo prazo de criminosos que pudessem ser examinados, medidos, fotografados e catalogados de maneira organizada e rigorosa. A prisão produzia dados estatísticos sobre taxas de condenação, padrões de reincidência e carreiras criminais que geravam conteúdos inestimáveis, indisponíveis em outros lugares. Também permitia certo grau de experimentação, na medida em que vários regimes de trabalho, dieta, disciplina e assim por diante podiam ser comparados entre si para avaliar os efeitos de cada um sobre a população carcerária e as causas do crime¹³⁸.

Ao invés da individualização de feição liberal, veio à tona um processo de diferenciação: de um lado aqueles indivíduos *normais*, que estariam fora da prisão, e, de outro, dentro das prisões, os *anormais*, a população carcerária. A ideia de diferenciação, a partir de uma ótica social e não-jurídica, passou a se fazer marcante. Nas palavras de David Garland:

... assumiu-se que a diferença no *status* legal e no posicionamento social que marcava a população carcerária da população “em geral” correspondia a uma diferença constitutiva entre os indivíduos que compunham os dois grupos. Em outras palavras, a demarcação da prisão tornou-se uma demarcação natural que a criminologia primeiro pressupôs e depois “descobriu” ... Era uma estratégia que procurava dividir e demarcar as massas contra si mesmas, para especificar e impor divisões (áspero/respeitável, merecedor/mendicante, cumpridores da lei/delinquentes, etc.), para melhor controlar a população em geral¹³⁹.

Seguia-se, após essa diferenciação, uma *individualização* não a partir de uma concepção de direitos, mas de tratamento, que visava a diminuir ou neutralizar a *periculosidade*¹⁴⁰. A ideia de individualização provinha, assim, de

137. SIMON, Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first, p. 2141.

138. GARLAND, The Criminal and his Science, p. 115.

139. *Ibid.*, p. 116.

140. Como afirmam Figueiredo Dias e Costa Andrade: “Não é difícil identificar nesta *ideologia do tratamento* o essencial do positivismo e de suas concepções de política criminal. Estas, na verdade, como que inverteram o sentido da escola clássica: em vez do recuo do poder sancionatório da sociedade, em

um prévio processo de diferenciação, chegando-se ao indivíduo *concreto* do positivismo criminológico. Essa mesma lógica de *diferenciação* e, depois, de *individualização*, visando a diminuir/neutralizar a *periculosidade*, é também almejada com os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, os quais, contudo, paradoxalmente *constroem* um indivíduo *abstrato* sem qualquer vinculação com o futuro, antes conectado a um passado não mais existente¹⁴¹.

3.1.4. Uma legião de profissionais. Um novo objeto científico e uma nova disputa de poder.

Para o positivismo criminológico, o criminoso teria uma condição *anormal*. Assim, o comportamento criminal deixava de ser a violação de normas jurídicas, tornando-se um desvio do *normal*¹⁴². E, então, caberia *corrigir* o criminoso. Não mais com o emprego apenas daqueles profissionais próprios dos processos judiciais (juízes, promotores, advogados), o positivismo criminológico propunha uma legião de profissionais de fora do sistema jurídico¹⁴³. E não mais em si o *fato criminal* seria o objeto da justiça criminal, mas a *periculosidade* do agente revelada pelo fato criminal.

O novo objeto científico – a *periculosidade*, pressupunha, então, pesquisadores próprios. Apenas esses poderiam aceder ao novo objeto, cabendo-lhes a primazia decisória, pois que deteriam a exclusividade do conhecimento científico (cujo exercício seria realizado a partir de uma visão determinista e fatalista de ser humano¹⁴⁴).

O projeto positivista criminológico gera o desenvolvimento de uma tecnocracia no sistema de justiça criminal, que, orientada por uma visão “científica”, constrói seu próprio conhecimento com vistas ao reconhecimento, avaliação, diferenciação, catalogação do criminoso¹⁴⁵. A essa legião de profissionais

nome da expansão dos direitos dos indivíduos, preconizavam a ampliação das exigências e direitos da sociedade sobre o delinquente; à ideia de responsabilidade *pessoal* faziam suceder a da responsabilidade *social*; não curavam de *punir* segundo a gravidade da culpa mas de reforçar a *defesa* da sociedade; não reconheciam, por isso, à reação criminal outra medida que não a da necessidade em função da ameaça – da *temebilità* (Garofalo) ou da *pericolosità* (Ferri) – do delinquente. O que leva Garofalo a considerar ‘natural’ a eliminação do delinquente: a morte será legítima sempre que o crime exprima ‘uma anomalia psicológica permanente que torna o criminoso incapaz para a vida social’” (DIAS; ANDRADE, *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, p. 18–19).

141. Como veremos especialmente no subcapítulo 4.2.1 – *Os problemas G21 e de representatividade do grupo*.

142. GARLAND, The Criminal and his Science, p. 214.

143. *Ibid.*, p. 126.

144. *Ibid.*, p. 113.

145. *Ibid.*, p. 126.

das mais diferentes áreas, a partir de seus *conhecimentos científicos*, cumpriria diversos empreendimentos no campo do sistema de justiça criminal.

Tal realidade prossegue ocorrendo, hoje, em larguíssima medida no sistema de justiça criminal estadunidense. Neste, os instrumentos atuariais de avaliação de risco são um destacado exemplo disso, desenvolvidos que são por profissionais das mais distintas áreas e com diferentes abordagens científicas (matemáticos, estatísticos, cientistas atuariais, cientistas sociais, cientistas da computação, programadores, engenheiros). Por sua vez, tais ferramentas estatísticas acabam vindo a ser aplicadas por profissionais que, com as mais diferentes formações, também por seu turno vinculam-se a um aparato administrativo (e não judicial) altamente complexo – as *Pretrial Services Agencies*, que constituem uma poderosa burocracia que se fez tornar indispensável nos Estados Unidos da América¹⁴⁶.

3.1.5. O controle social da *periculosidade*.

O positivismo criminológico não tratava o indivíduo a partir de sua autonomia e responsabilidade, mas de sua *periculosidade*.

O classicismo penal era e é incompatível com a lógica do positivismo criminológico, pois que, para aquele, a intervenção pressupunha delimitados atos pretéritos, individualizados, tratados sem diferenciação e imparcialmente. Para o positivismo criminológico, a ênfase, ao contrário, dar-se-ia no controle dos próprios indivíduos¹⁴⁷, com uma visão preventiva, incapacitante e/ou corretiva: o criminoso, e não o crime – que não seria mais do que um mero sintoma, deveria ser o elemento central de atenção do sistema de justiça criminal¹⁴⁸.

Assim, fundado na *periculosidade*, provêm um *direito penal do autor* e um *processo penal do autor*, e não do fato tido como criminoso:

“Ato”, “culpa”, “reprovação”, “proporção”, todos foram descartados como as marcas de um sistema ultrapassado e metafísico: “O novo direito penal não é mais motivado pela vingança e não olha para a gravidade moral da ofensa ‘Não julgue’ é a sua máxima” (Hall, 1917, p.

146. Sobre o tema debateremos no subcapítulo 3.6 – *Um modelo administrativo de intervenção*.

147. GARLAND, The Criminal and his Science, p. 130.

148. CANTOR, Nathaniel, The New Prison Program of Italy, *Journal of Criminal Law and Criminology (1931-1951)*, v. 26, n. 2, 1935, p. 217.

393). No lugar dessas noções judiciais, a criminologia propôs padrões de saúde, doutrinas de utilidade e medidas de defesa social. Nessa nova lógica, a medida de uma ofensa não era sua seriedade moral intrínseca, mas sua capacidade de repetição, seu potencial de generalização, seu valor... A punição é medida pela perversidade do criminoso e não o seu crime e, portanto, a tentativa não é diferente da ação e da inclinação, não menos perigosa do que a prática real¹⁴⁹.

Por consequência:

... a mudança de foco do ato do ofensor para o próprio ofensor implicava uma nova e mais penetrante forma de intervenção. As sanções deveriam ser dirigidas não para encontrar graus de culpa, mas para transformar aspectos de caráter. Questões sobre a duração, natureza e gravidade da sanção não deveriam ser limitadas por considerações de reprovação ou proporcionalidade. Além disso, as sanções deveriam ser personalizadas ou individualizadas, procurando abordar o próprio tecido da pessoa do ofensor de uma maneira que não precisaria se preocupar por considerações liberais de liberdade e privacidade individuais¹⁵⁰.

A *periculosidade* imporia três caminhos para seu enfrentamento: primeiramente, a reforma do indivíduo, a “cura”; se não possível a “cura”, sua *eliminação* ou *incapacitação permanente*; para o futuro, a prevenção da “*doença*” da criminalidade para as gerações futuras, pois que *cientificamente* seriam passíveis de conhecimento as causas do crime e os riscos de reiteração delitiva¹⁵¹.

Na prática, contudo, o que o positivismo criminológico gerou foi um enorme sistema de *incapacitação*, com baixíssima capacidade *reabilitativa*¹⁵²,

149. GARLAND, The Criminal and his Science, p. 132..

150. *Ibid.*

151. *Ibid.*, p. 127.

152. Nessa linha, David Garland pontua que: “O arsenal técnico fornecido pelo movimento criminológico trazia várias técnicas elaboradas de identificação, uma série de meios de eliminação, como deportação, colônias penais, detenções preventivas, etc., com a crença de que a medicina e de que a psiquiatria poderiam ser invocadas para fornecer técnicas eficazes de reabilitação, se não agora, pelo menos no futuro próximo. Em termos de seu perfil tecnológico, então, o programa de criminologia oferecia uma defesa social eficaz – através de meios de eliminação e técnicas policiais – mas pouco em termos de prevenção ou reabilitação. Por mais que se descrevesse como um programa curativo, o que estava realmente acontecendo era o emprego de tecnologias de controle segregativo” (*Ibid.*, p. 134).

como restou claríssimo, em particular, a partir do final da década de 1960 nos Estados Unidos da América¹⁵³.

O projeto positivista criminológico autorizou ir-se além do criminal, permitindo uma ampla base de medidas de intervenção disciplinar e de regulação sobre *populações*: o pobre, o estrangeiro, o negro, a mulher, o homossexual; agora a diferenciação para todos tais grupos poderia fazer-se de forma “científica”:

A existência de uma classe que era constantemente criminalizada – na verdade, a própria existência de um setor empobrecido da população – poderia agora ser explicada por referência às propensões constitutivas naturais desses indivíduos, excluindo assim qualquer referência ao caráter da lei, da política ou das relações sociais ... Assim, a diferenciação era possível dentro de termos ideológicos mais aceitáveis. Essa mudança discursiva também permitiu uma base nova e estendida para intervenção e regulamentação disciplinares¹⁵⁴.

Embora com um evidente viés ideológico, o positivismo criminológico utilizava-se de vias outras para justificar a legitimidade do seu discurso, buscando excluir referências à política e à moralidade¹⁵⁵, substituindo-as pelo verniz da ciência.

Isso também viria a ocorrer com os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, que, por sua vez, até mesmo gerariam uma específica e peculiar nova concepção de justiça (a *justiça atuarial*¹⁵⁶) para o atingimento de tal finalidade, vindo a também consubstanciar, na linha do que há mais de um século fizera o positivismo criminológico, uma altamente perniciosa forma de controle social da *periculosidade* com graves *efeitos discriminatórios*¹⁵⁷.

3.2. A acolhida do positivismo criminológico nos Estados Unidos da América.

Nos Estados Unidos da América, o positivismo criminológico teve forte acolhida, encontrando terreno fértil.

153. Como veremos no subcapítulo 3.4.1 – *A queda do ideal reabilitativo*.

154. GARLAND, The Criminal and his Science, p. 131..

155. *Ibid.*, p. 130.

156. Desse tema cuidaremos no subcapítulo 3.7 – *Uma justiça atuarial*.

157. Como procuraremos demonstrar no subcapítulo 4.5 – *Violação ao direito fundamental à igualdade: discriminação institucional*.

Um movimento reformador, de cunho moralista, visando à *defesa social*, que tinha a *periculosidade* e a reabilitação como cernes, já se encontrava em curso, embora sem o *vernis* de ciência que o positivismo criminológico viria a lhe conceder; também a ideia da coleta de dados do sistema prisional, ainda sem uma finalidade preditiva de risco, já se apresentava como um projeto¹⁵⁸.

Ademais, também já era corrente a crítica à lógica retributiva da Escola Clássica, sendo apregoado que a intervenção penal haveria de ter propósitos utilitaristas¹⁵⁹. Em 1909, Roscoe Pound, por exemplo, criticava os ideais da Escola Clássica que ainda se faziam presentes no sistema penal americano, por ele tidos como obsoletos:

... nossa lei criminal é tão enraizada em ideias teológicas de livre arbítrio e responsabilidade moral e ideias jurídicas de retribuição, e tanto o direito penal como o processo são tão completamente mecânicos que nós de modo nenhum fazemos o que deveríamos de nossas descobertas.

A verdade é que o direito penal é a parte mais arcaica do nosso sistema legal. Mas tem que lidar com alguns dos problemas mais modernos. Ele precisa e logo receberá uma forma muito diferente de estudo e um tipo de tratamento radicalmente diferente daqueles que obtiveram no passado¹⁶⁰.

Pound criticava veementemente, assim, o modelo retributivo. E dizia:

158. No ano de 1870, a National Prison Association proclamava, em sua *Declaração de Princípios*: "... II. O tratamento dos criminosos pela sociedade é para a proteção da sociedade. Mas como esse tratamento é dirigido ao criminoso e não ao crime, seu grande objetivo deve ser sua regeneração moral. Portanto, o objetivo supremo da disciplina na prisão é a reforma dos criminosos, e não a imposição do sofrimento vingativo... XX. É o julgamento deste Congresso que frases curtas repetidas para criminosos menos perigosos são piores do que inúteis; que, de fato, elas estimulam mais do que reprimem a transgressão. A reforma é um trabalho do tempo e é uma consideração benevolente ao bem do próprio criminoso, assim como à proteção da sociedade, exigindo-se que a pena seja longa o suficiente para que os processos reformatórios entrem em vigor... XXIX. As estatísticas das prisões, coletadas de um campo amplo e habilmente digeridas, são essenciais para uma exposição do verdadeiro caráter e funcionamento de nossos sistemas penitenciários. A coleta, colação e redução das formas tabuladas de tais estatísticas podem ser mais bem realizadas por meio de uma sociedade nacional que cuide da disciplina prisional, com comitês de trabalho competentes em cada Estado, ou pelo estabelecimento de um serviço prisional nacional, semelhante ao recém instituído órgão nacional de educação" (NATIONAL PRISON ASSOCIATION, DECLARATION OF PRINCIPLES ADOPTED AND PROMULGATED BY THE 1870 CONGRESS OF THE NATIONAL PRISON ASSOCIATION, 1870).

159. ALSCHULER, Albert W., The Changing Purposes of Criminal Punishment: A Retrospective on the past Century and Some Thoughts about the Next, *The University of Chicago Law Review*, v. 70, n. 1, 2003, p. 3.

160. POUND, Roscoe, The Principles of Anthropology and Sociology in their Relation to Criminal Procedure, by Maurice Parmelee. Book Review, *American Political Science Review*, v. 3, n. 02, 1909, p. 283-284.

Nosso direito penal tradicional considera o ofensor como um agente moral livre que, tendo diante dele a escolha de fazer certo ou errado, optou intencionalmente por fazer errado. No século XIX, acreditávamos que a justiça consistia em impor a esse transgressor voluntário uma penalidade correspondente exatamente ao seu crime. Não foi uma questão de tratamento do agressor, mas da retribuição exata apropriada a este crime. Sabemos hoje que o assunto é muito mais complicado do que essa simples teoria assume. Sabemos que os criminosos devem ser classificados assim como crimes. Sabemos que a antiga análise do ato e da intenção pode ser apenas uma análise legal artificial e que a análise do elemento mental criminal representa uma séria dificuldade. Reconhecemos que, para lidar com o crime de maneira inteligente e prática, devemos abandonar a teoria retributiva... considerando juridicamente os interesses por segurança social e, também, considerando a aplicação e a utilização de todos os recursos disponíveis das ciências jurídicas, sociais e médicas¹⁶¹.

Por volta do início do século XX, nos Estados Unidos da América, o movimento *reabilitador* e *incapacitador*, agora então apoiado em bases positivistas, incorporando premissas tidas como científicas, encontrava-se em pleno desenvolvimento. A *probation* e as *penas indeterminadas (indeterminate sentences)*¹⁶², esta última a base para o *parole* (instituto que servirá de base, por sua vez, para o desenvolvimento dos instrumentos atuariais de avaliação de risco) a esta altura eram mecanismos processuais próprios da *periculosidade*. A incapacitação, especialmente para os criminosos perigosos, assumia o “objetivo de prevenir o crime e limitar eugenicamente a propagação de características criminosas na população”¹⁶³. Havia uma revolta contra o formalismo, contra o retributivismo, próprios da Escola Clássica do Direito Penal, ingressando, na seara penal, a psicologia e a sociologia com seus programas

161. POUND, Roscoe, Criminal Justice in the American City—A Summary, *Crime & Delinquency*, v. 10, n. 4, 1964, p. 441–442

162. Nas palavras de Alschuler: “Durante o final do século XIX e início do século XX, uma esmagadora maioria dos Estados também aprovou duas outras grandes reformas penais: o livramento condicional (tratamento na comunidade para jovens e adultos) e sentenças [penas aplicadas] indeterminadas (baseadas na lógica de que um *parole board* poderia monitorar o progresso de um prisioneiro para reabilitá-lo e libertá-lo sob supervisão no momento apropriado” (ALSCHULER, The Changing Purposes of Criminal Punishment, p. 2).

163. SIMON, Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first, p. 2136–2137.

de reabilitação. A punição, então, deveria ser vista em perspectiva, não em retrospectiva¹⁶⁴. Conforme Andrew von Hirsh:

Durante o final do século XIX e o início do século XX, as ideias americanas sobre penas se desenvolveram diferentemente do pensamento alemão. Ao invés de tentar sintetizar o classicismo e o positivismo, os americanos adotaram uma ideologia completamente positivista. Essa ideologia enfatizava a prevenção especial em substituição das ideias de proporcionalidade: embora o réu tivesse sido condenado pelo crime que cometera, a pena deveria ser direcionada para impedir-lo de cometer futuros crimes. Essa ideologia dominante enfatizava dois temas: reabilitação e previsão de criminalidade futura. O juiz deveria modelar a pena para promover a ressocialização do infrator. A pena também deveria refletir a probabilidade de nova ofensa do infrator: se seu prognóstico fosse favorável, ele deveria receber uma pena a ser cumprida na comunidade; se desfavorável, ele deveria ser separado da comunidade enquanto permanecesse o risco de reiteração delitiva. De acordo com essa ideologia, o grau de culpa da conduta do ator era relativamente sem importância. Alguém condenado por um crime grave poderia receber uma pena moderada se a probabilidade de sua reincidência parcesse pequena... Da mesma forma, alguém condenado por um crime menor poderia ser preso por um tempo considerável se seu histórico criminal ou antecedentes sociais indicassem uma alta probabilidade de reincidência¹⁶⁵.

Com a entrada em cena do positivismo criminológico, presente a força das ideias dos positivistas italianos, passou a imperar a lógica *científicista*, que tinha o acusado como produto ou de sua hereditariedade, ou das suas circunstâncias sociais, tudo a partir da lógica da *periculosidade*, e não da lógica da *culpabilidade*. Tanto liberais quanto conservadores eram atraídos pelo positivismo criminológico:

A ideologia foi capaz de atrair um amplo consenso na América, porque atendia aos interesses de vários grupos. Os reformadores liberais viam o esquema positivista como humanitário, porque pretendia tratar os ofensores como pessoas potencialmente úteis e salváveis, que deveriam

164. ALSCHULER, The Changing Purposes of Criminal Punishment, p. 2.

165. HIRSCH, Andrew Von, Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory, *Maryland Law Review*, v. 42, 1983, p. 7-8.

ser reintegrados à comunidade assim que suas tendências criminais fossem debeladas. Políticos conservadores podiam apoiar o (ou pelo menos não se opor ativamente ao) esquema positivista, porque permitia que criminosos aparentemente perigosos fossem presos e permanecessem confinados pelo tempo em que eles fossem considerados como representando risco¹⁶⁶.

Até antes da Segunda Guerra Mundial, Lombroso era altamente celebrado e figura influente entre cientistas sociais e juristas estadunidenses¹⁶⁷. Conforme Jonathan Simon:

As alegações empíricas de Lombroso apoiavam uma série de inovações institucionais, muitas das quais surgiram nos Estados Unidos, incluindo esterilização eugênica, reformatórios orientados para tratamento para aqueles não inclinados ao cometimento de crimes, penas indeterminadas que permitiam que aqueles que não pudessem ser tratados fossem mantidos sob custódia, um sistema juvenil separado e tratamentos especializados para a embriaguez e para o mentalmente defeituoso, entre outros. De fato, é difícil imaginar o progresso do direito penal nos Estados Unidos sem Lombroso¹⁶⁸.

Lombroso e seus seguidores estabeleceram a conexão entre *ciências* e o sistema de justiça criminal, um legado que vem até os dias de hoje nos Estados Unidos da América:

Este é talvez o legado mais importante do positivismo para nós. Lombroso criou uma rede que ligava as ciências tanto da biologia evolucionista darwinista quanto da velha psicologia, antropologia e sociologia às instituições de poder existentes, como as prisões e asilos. Ele criou clínicas e periódicos capazes de canalizar o conhecimento através de polos expansivos autossustentados¹⁶⁹.

Lombroso, também, era uma personalidade conhecida popularmente,

166. *Ibid.*, p. 9.

167. SIMON, Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first, p. 2143.

168. *Ibid.*, p. 2163.

169. *Ibid.*, p. 2161.

sendo facilmente adaptável às visões de mundo de uma sociedade que, à época, vivia em um ambiente de profunda segregação racial, tão profícua em proceder a diferenciações inadmissíveis. A fórmula de Lombroso apetecia esse ambiente:

A parte do positivismo que influenciava o imaginário público do controle do crime, entretanto, não é sua técnica científica, mas sua premissa popular de que os criminosos pertencem a um tipo (ou tipos) distinto(s) e que, uma vez identificados, o controle significativo do crime poderia ser alcançado visando a atingir pessoas que pertenceriam a essas categorias de alto risco. Essa foi a mensagem que Lombroso estava tão ansioso para comunicar, tanto que escreveu diretamente para os americanos comuns em revistas populares¹⁷⁰.

É possível dizer-se que uma das notas distintivas do sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América seja a impressionante força da acolhida do positivismo criminológico (e sua lógica da *periculosidade*) nas instituições e nos institutos jurídicos penais e processuais penais; conforme Jonathan Simon: “é essa acolhida do positivismo, e não qualquer mudança em direção à retribuição ou a moralismos expressivos, que melhor explica os excessos penais da América”¹⁷¹; ainda segundo tal autor, “enquanto os juristas europeus se queixavam do determinismo biológico dos positivistas e da sua rejeição da *responsabilidade*, os juristas americanos expressavam entusiasmo quase sem reservas”¹⁷². Aliás, o próprio Código Penal Modelo, de 1962, adotava como um de seus pilares a *periculosidade*, enfatizando *tratamento* e *previsão* da reiteração delitiva como objetivos a serem perseguidos¹⁷³.

O positivismo criminológico encontraria, nos Estados Unidos da América, um elemento potencializador fortíssimo, que revolucionou a forma de se *fazer* ciências sociais; refiro-me à Escola de Sociologia de Chicago, berço do primeiro instrumento atuarial de avaliação do risco de reiteração delitiva, que veremos a seguir.

170. *Ibid.*, p. 2168.

171. *Ibid.*, p. 2140.

172. *Ibid.*, p. 2144.

173. HIRSCH, Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory, p. 10.

3.3. A ESCOLA DE SOCIOLOGIA DE CHICAGO

No projeto de Lombroso, e daqueles que o seguiriam, residia uma conexão entre a prática penal e os mecanismos científicos de coleta de dados e respectivas análises, o que, de forma profunda, noutro solo e com concepções e propósitos muito mais amplos, foi proposto e realizado pela Escola de Sociologia de Chicago. O projeto positivista criminológico, embora não baseado em seus autores primeiros, prosseguiria por outras vias.

A Escola de Sociologia de Chicago, cujo início pode ser datado entre 1918 e 1920¹⁷⁴, procurava integrar investigações empíricas sobre a sociedade com concepções sociológicas gerais. Nas palavras de Martin Bulmer:

[a Escola de Sociologia de Chicago] está centralmente preocupada com os desenvolvimentos de métodos de pesquisa empírica, uma área que cruza várias disciplinas, incluindo sociologia, ciência política, psicologia, antropologia, estatística e economia, e também leva o mundo acadêmico para fora, para considerar, por exemplo, o *survey movement*, o *Bureau of the Census* e organizações independentes de pesquisa¹⁷⁵.

O impulso atuarial era igualmente forte; conforme Bernard Harcourt:

O impulso atuarial foi forte na década de 1920, especialmente na Universidade de Chicago em ambos os departamentos de sociologia e de direito ... Uma certa euforia cercou o projeto de predição, refletindo um senso compartilhado de progresso, de ciência, de modernidade¹⁷⁶.

Vem da Escola de Sociologia de Chicago o primeiro dos instrumentos atuariais de avaliação do risco de reiteração delitiva.

No âmbito criminológico (mas não apenas), Ernest W. Burgess foi uma

174. Publicado entre os anos de 1918-1920, *The Polish Peasant in Europe and America* firma a ascensão da sociologia de Chicago no plano nacional e internacional, marcada por estudos que mesclavam a coleta de dados empíricos e generalizações. Essa característica da Escola de Sociologia de Chicago pode ser vista em diversas de suas publicações subsequentes: *The Negro in Chicago* (1922), *The Hobo* (1923), *The City* (1925), *Family Disorganization* (1927), *The Gang* (1927), *Suicide* (1928), *The Ghetto* (1928), *The Gold Coast and the Slum* (1929), *The Negro Family in Chicago* (1931), *The Taxi-Dance Hall* (1932), *Vice in Chicago* (1933) (BULMER, Martin, **The Chicago School of Sociology**, Chicago: The University of Chicago Press, 1984, p. 3-4).

175. *Ibid.*, p. XIV.

176. HARCOURT, **Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age**, p. loc 909.

das figuras centrais da Escola de Sociologia de Chicago¹⁷⁷; foi o primeiro a elaborar um instrumento de avaliação de risco de predição de insucesso no cumprimento das condições da liberdade condicional (*parole*), dentro do que a reiteração delitiva desempenhava papel central. Nas palavras do próprio Burgess: “não há dúvida sobre a viabilidade de determinar os fatores que governam o sucesso ou o fracasso do homem em livramento condicional¹⁷⁸.

É preciso ter em mente que a execução penal, nos Estados Unidos, era e ainda é, em enorme medida, realizada fora do âmbito do Poder Judiciário. Nos anos 1920, predominantemente eram empregadas *indeterminate sentencing* (penas indeterminadas, que variavam conforme a *periculosidade* do condenado¹⁷⁹), cabendo a conselhos de *parole* a decisão sobre a concessão do livramento condicional¹⁸⁰.

Burgess, nos anos de 1927 e 1928, por solicitação do presidente do *Parole Board* de Illinois, liderou uma extensa pesquisa, intitulada *The Workings of the Indeterminate-Sentence Law and the Parole System in Illinois: a Report to Hinton G. Clabaugh, Chairman, Parole Board of Illinois*¹⁸¹, sobre os procedimentos então adotados para a concessão de *parole*. O estudo apontou que não havia nenhum elemento objetivo, meras superficialidades, na análise feita pelo *Board of Parole*, para a concessão ou denegação de livramento condicional; como concluiu Burgess, a concessão do *parole* àqueles poucos presos que vinham a obtê-lo era nada mais do que resultado de um processo de adivinhação (“guessed out of prison”)¹⁸².

177. Na apresentação de Jonathan Simon: “Ernest Burgess era membro do departamento de sociologia da Universidade de Chicago, onde conduziu estudos altamente originais e influentes sobre criminalidade e desordem social, que se tornaram uma marca da famosa Escola de Sociologia de Chicago, a partir de 1916. Burgess e seus alunos estavam intimamente envolvidos com o rastreamento de padrões criminais nos bairros de Chicago e modelagem de técnicas de livramento condicional para identificar possíveis reincidentes” (SIMON, Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first, p. 2143–2144).

178. *Apud* HARCOURT, *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, p. loc 915.

179. Como exemplo da época, cite-se a legislação da Califórnia, que, em 1917, determinava a utilização de *indeterminate sentences* (penas indeterminadas) (PACKER, Herbert L., *The Case for Revision of the Penal Code*, *Stanford Law Review*, v. 13, n. 2, 1961, p. 260).

180. HARCOURT, *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, p. loc 927.

181. COMMITTEE ON THE STUDY OF THE WORKINGS OF THE INDETERMINATE-SENTENCE LAW AND PAROLE, *The workings of the indeterminate-sentence law and the parole system in Illinois: a report to the Honorable Hinton G. Clabaugh, chairman, Parole Board of Illinois.*, Springfield: [s.n.], 1928.

182. Burgess possui também outro conhecido estudo sobre a predição de risco no âmbito do *parole*:

De acordo com Bernard Hartcourt, “o projeto de pesquisa envolveu extensas entrevistas, estudo de registros de livramento condicional, revisão de todos os registros penais e criminais de 3.000 homens em livramento condicional e visitas físicas às instituições penais”¹⁸³. Burgess propunha fosse estudada “a relação estatística entre o sucesso no livramento condicional (conforme definido pelo simples fato de não ter havido violação às condições do livramento condicional) e quase duas dezenas de *variáveis explicativas*”¹⁸⁴. Com base nessa amostragem de 3.000 casos, Burgess construiu uma escala atuarial de predição de sucesso e de insucesso do livramento condicional. Conforme descreve Hartcourt:

[Burgess] atribuiu pontos para cada fator em que um recluso estava acima da média (alta probabilidade de sucesso) e realizou uma análise para determinar o percentual de prováveis violadores do livramento condicional. Aqueles reclusos com o maior número de fatores acima da média (16-21) tiveram taxa de menor violação (1,5%) e aqueles com o menor número de fatores acima da média (2-4) apresentaram a taxa mais alta de ofensa (76%)¹⁸⁵.

Tal instrumento atuarial de avaliação de risco tinha 22 *variáveis explicativas* do risco de reiteração delitiva, tais como: a raça, a nacionalidade do pai, tipo social, idade mental, tipo de personalidade, prognóstico psiquiátrico, situação familiar, tipo de vizinhança, histórico criminal. Como recomendação, colhe-se do estudo:

O Comitê recomenda que o Conselho de Livramento Condicional considere seriamente a realização de seus trabalhos em bases científicas, fazendo uso de método de previsão estatística tanto para a concessão de livramento condicional quanto para a supervisão dos homens em livramento condicional¹⁸⁶.

BURGESS, E., Protecting the public by parole and by parole prediction, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 27, p. 491-502, 1936.

183. HARCOURT, *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, p. loc 1008.

184. *Ibid.*, p. loc 113.

185. HARCOURT, *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, p. loc 1131.

186. COMMITTEE ON THE STUDY OF THE WORKINGS OF THE INDETERMINATE-SENTENCE LAW AND PAROLE, *The workings of the indeterminate-sentence law and the parole system in Illinois: a report to the Honorable Hinton G. Clabaugh, chairman, Parole Board of Illinois.*, p. 305.

Contudo, nas palavras de Hartcourt, do ponto de vista estatístico:

O modelo de Burgess era relativamente primitivo, na medida em que apenas somava as *variáveis* para produzir uma pontuação, ao invés de usar um sistema ponderado de análise de regressão múltipla¹⁸⁷.

O sistema atuarial de Burgess foi testado quase que imediatamente na Penitenciária de Joliet no período de 1932-1933, passando a ser empregado em 1935¹⁸⁸, constituindo-se no método-padrão em Illinois; conforme Hirsch:

... Illinois fez uso regular de técnicas de previsão estatística em seu sistema de livramento condicional. Uma tabela de previsão atuarial dos resultados do livramento condicional foi preparada para cada uma das principais instituições do Estado. Um atuário-sociólogo em cada instituição preparava um relatório de previsão de rotina com base nas tabelas para cada preso que comparecia a uma audiência de livramento condicional. Ele calculava as chances estatísticas do prisioneiro em ser bem-sucedido no livramento condicional; a assertiva final do relatório dizia: “Este preso está em uma classe na qual se pode esperar que _% violem as condições do livramento condicional”. Juntamente com relatórios sociológicos, psiquiátricos e psicológicos e entrevistas realizadas pelo Conselho de Livramento Condicional, a pontuação preditiva era usada para determinar se ao prisioneiro seria concedido ou negado livramento condicional¹⁸⁹.

Na sequência, por mais de três décadas, pesquisadores desenvolveram uma larga literatura sobre instrumentos atuariais de avaliação de risco para fins de concessão de livramento condicional¹⁹⁰, tendo sido criados também outros métodos além do de Burgess – que, contudo, em sua maioria, não entraram em aplicação no mundo real; somente nos anos de 1950 viria a ser alte-

187. HARCOURT, *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, p. pos 1178..

188. *Ibid.*, p. loc 1167.

189. HIRSCH, Andrew Von, *Prediction of Criminal Conduct and Preventive Confinement of Convicted Persons*, **BUFFALO LAW REVIEW**, 1972, p. 721.

190. A pesquisa entorno da predição de violação das condições do *parole* gerou uma quantidade significativa de teses, dissertações, conferências, artigos de revistas, monografias, v.g.: LAUNE, Ferris F., **Predicting criminality: forecasting behavior on parole**, Evanston [Ill: Northwestern University, 1936.; JENKINS, R. L. *et al*, *Prediction of Parole Success: Inclusion of Psychiatric Criteria*, **Journal of Criminal Law and Criminology (1931-1951)**, v. 33, n. 1, 1942.; HAKEEM, Michael, *The validity of the Burgess Method of Parole Prediction*, **American Journal of Sociology**, v. 53, 1948.

rado o instrumento atuarial de Burgess, o que se dera por força dos trabalhos do Lloyd E. Ohlin¹⁹¹.

Além de Illinois, segundo relato de Hirsch, até o início da década de 1960, apenas mais três Estados tinham também desenvolvido instrumentos atuariais para a análise de casos de livramento condicional¹⁹².

No início da década de 1970, ainda baseado no modelo de Burgess, é que um novo instrumento atuarial de predição de risco de reiteração delitiva, também utilizado para prever sucesso e insucesso no *parole*, viria a ter grande influência sobre o direito estadunidense como um todo: trata-se do *Federal Salient Factor Score*¹⁹³.

Se, desde a década de 1920, a *periculosidade* passara a ser objeto de análise atuarial, com verniz cientificista, de meados de 1960 até nossos dias, contudo, houve uma remodelagem e uma radicalização do *locus da periculosidade* no sistema de justiça criminal estadunidense, com significativos impactos nos instrumentos atuariais de avaliação de risco, que passaram a ser ferramentas de uso cada vez mais corrente¹⁹⁴.

É o que veremos na sequência.

3.4. AS MUDANÇAS E CONTINUIDADES DO PROJETO POSITIVISTA DE MEADOS DOS ANOS 1960 EM DIANTE.

O modelo do positivismo criminológico, com seu raciocínio baseado na *periculosidade*, prossegue como um dos alicerces do sistema de justiça

191. DURAND, David; OHLIN, Lloyd E., Selection for Parole: A Manual of Parole Prediction., **Journal of the American Statistical Association**, v. 46, n. 256, 1951.

192. Conforme Hirsch, “de acordo com uma pesquisa nacional conduzida em 1962, três outros estados – Ohio, Califórnia e Colorado – desenvolveram tabelas de previsão formais para aplicação em decisões individuais de livramento condicional” (HIRSCH, Prediction of Criminal Conduct and Preventive Confinement of Convicted Persons, p. 721).

193. As originárias *variáveis explicativas* do *Salient Factor Score* (SFS) eram, entre outras: o número de condenações, número de prévias prisões, idade quando do cometimento do primeiro ilícito penal, revogações de livramentos condicionais, cometimento de crimes de roubo de veículos, história de utilização de opiáceos, se o indiciado/acusado completara o ensino médio, sua situação laboral, planos de viver com a esposa e com os filhos (HOFFMAN, Peter B.; STONE-MEIERHOEFER, Barbara; BECK, James L., Salient factor score and releasee behavior: Three validation samples., **Law and Human Behavior**, v. 2, n. 1, p. 47–62, 1978, p. 49). O SFS teve três versões; a primeira em 1974; as demais, em 1980 e em 1983.

194. Embora a guinada para os instrumentos atuariais de avaliação de risco tenha sido uma constante a partir da década de 1970, nessa mesma década de 1970 vozes abalizadas faziam severas críticas à conexão matemática/direito. Nesse sentido, confira-se, v.g., TRIBE, Laurence H, Trial By Mathematics: Precision And Ritual In The Legal Process, **Harvard Law Review**, v. 84, 1971, p. 1393.

criminal estadunidense até hoje¹⁹⁵.

De fato, “o controle do crime nos Estados Unidos no início do século XXI permanece profundamente inscrito pelo projeto positivista (embora transformado em alguns aspectos importantes)”¹⁹⁶, com um grau de sofisticação e de massificação, contudo, únicos; com um vigor impressionante sobre a tônica *incapacitante*, “a mistura de antropologia, psicologia, biologia, ciência política e sociologia do final do século XIX continua a ser a fonte predominante do conhecimento oficial do crime, embora muito mudada pelo surgimento de sofisticadas tecnologias atuariais e computacionais”¹⁹⁷, sendo os instrumentos atuariais de avaliação do risco de reiteração delitiva bons exemplos dessas novas tecnologias.

Até o fim dos anos 1960, o *positivismo criminológico* manteve-se firme nos Estados Unidos da América em sua vertente de *reabilitação* e de *tratamento* com vistas à neutralização da *periculosidade*¹⁹⁸. No entanto, importantes mudanças se deram no projeto positivista dessa época em diante.

O discurso predominante, até o início da década de 1970, havia sido o da reabilitação através de tratamentos e intervenção social, vindo, em um plano importante, mas não principal, a *incapacitação*¹⁹⁹. A inversão dessa equação viria a ser uma das principais características do sistema de justiça criminal estadunidense a partir de então. Os objetivos reabilitativos (da “cura” de “criminosos”) do *positivismo criminológico* passaram, a partir desse período, a sofrer significativos reveses e retrocessos. O que crescia e cresceria exponencialmente, nas décadas seguintes, seriam os objetivos *incapacitantes*.

Andrew Von Hirsch, destacando como o *positivismo criminológico* adaptava-se às expectativas da sociedade estadunidense por tanto tempo, dizia que:

A ideologia positivista atraía muitos americanos, creio eu, precisamente porque oferecia terapia e restrição. Não era necessário presumir que todos os criminosos eram realmente recuperáveis, mas apenas se esperava que alguns fossem. A terapia poderia ser tentada de maneira

195. SIMON, Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first, p. 2145.

196. *Ibid.*, p. 2138.

197. *Ibid.*, p. 2141.

198. *Ibid.*, p. 2137.

199. *Ibid.*, p. 2142.

aparentemente acessível, mas sempre com segurança; o agressor que parecesse inadequado ou não respondesse ao tratamento poderia ser separado da comunidade. As instituições do sistema foram organizadas com base nessa premissa de segurança pública. Os juízes poderiam colocar criminosos promissores de reinserção em livramento condicional, mas aprisionar aqueles de maiores riscos de reiteração delitiva. Os conselhos de livramento condicional poderiam libertar bons prisioneiros mais cedo, enquanto negariam a libertação a possíveis causadores de problemas. Os agentes do livramento condicional e da suspensão condicional da pena poderiam acompanhar apenados cooperativos, ao mesmo tempo em que recomendariam revogação e prisão para apenados que parecessem voltar ao crime. A ideologia era perfeitamente adequada ao desejo dos americanos: ser otimista quanto ao potencial de melhoria dos criminosos e ao mesmo tempo ser “realista” quanto ao seu potencial de recidivar²⁰⁰.

Contudo, no final dos anos 1960 e no início dos anos 1970, prossegue Andrew Von Hirsch, “desaparece o otimismo sobre o valor e a eficácia do tratamento penal”, mudando a ênfase do “tema da terapia para o tema da predição delitiva”, com finalidades precipuamente *incapacitantes*. Trata-se de uma significativa alteração de foco do projeto do *positivismo criminológico*, que ingressa numa fase denominada por tal autor como *neopositivismo criminológico*²⁰¹, cujas características seriam: i) a *reabilitação* não deveria ser utilizada como base para a imposição de penas; ii) o objetivo precípua da sentença criminal e da sanção correspondente seria predizer a probabilidade de recidivismo, devendo a *predição de futura criminalidade* ser o principal foco das pesquisas relacionadas à aplicação de penas²⁰².

Dessa época até os nossos dias, destacam-se, assim, a queda do ideal reabilitativo e o crescimento do lado sombrio da *incapacitação*, com o consequente recrudescimento do sistema de justiça criminal em um ambiente de exponencial aversão ao risco de reiteração delitiva. E, *pari passu*, como

200. HIRSCH, Andrew Von, The decline of the Rehabilitative ideal: penal policy and social purpose., *University of Pennsylvania Law Review*, v. 131, 1983, p. 824.

201. Consoante Hirsch: “Essa visão foi discutida por vários autores recentes e foi apresentada de maneira sistemática no relatório de 1979 sobre a política de sentenças da American Bar Association. Seus defensores não deram um nome a essa doutrina, mas, dada sua semelhança com a visão positivista americana tradicional, vou intitulá-la como ‘neopositivismo’” (HIRSH, Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory, p. 14).

202. *Ibid.*, p. 14-15.

tecnologia para a identificação, administração e neutralização do risco de reiteração delitiva, cada vez mais viriam a ganhar importância os instrumentos atuariais de avaliação de risco.

Desses temas cuidaremos a seguir.

3.4.1. A queda do ideal reabilitativo.

Enquanto viável o ideal *reabilitativo*, o *positivismo criminológico* oferecia o melhor de dois mundos para os estadunidenses: reabilitação para evitar o recidivismo (almejando-se, assim, neutralizar a *periculosidade*); se aquela não desse certo, restaria a *incapacitação*. Como tão bem expresso por Hirsch:

A ideologia americana predominante era, portanto, menos puramente reabilitadora do que positivista. Com isto quero dizer que foi uma concepção utilitária, orientada para a prevenção de novos crimes por parte de criminosos condenados. Quando tais crimes pudessem ser evitados através de esforços de reabilitação, os programas de tratamento deveriam ser tentados. Mas, na medida em que o sucesso de tais programas fosse incerto, o infrator poderia ser sempre incapacitado enquanto permanecesse um risco para o público²⁰³.

É preciso dizer que o ideal *reabilitativo* sofria críticas internas corrosivas, que o apontavam como nada mais do que um véu posto a esconder a perniciosa realidade do sistema, que, na verdade, há tempos já era meramente *incapacitante*. Havia diversas críticas correntes, inclusive de caráter progressista, ao *reabilitacionismo*, destacando-se: 1) que este procurava transparecer algo benevolente, embora, na realidade, se estivesse diante da dura realidade da punição de pessoas – o que o *reabilitacionismo* proporcionava mais não era do que fazer a sociedade sentir-se melhor; 2) legitimava pesadas intervenções sobre a vida das pessoas presas, operando-se tais intervenções com menos restrições administrativas e judiciais, com demasiada extensão dos poderes estatais²⁰⁴; 3) as técnicas empregadas pelo *reabilitacionismo* eram inadequadas, arbitrárias, embora de aparência científica. Sobre esta última crítica, Hirsch e Gottredson expunham que:

203. HIRSCH; GOTTREDSON, Selective Incapacitation – Some Queries about Research Design and Equity, p. 823..

204. ALSCHULER, The Changing Purposes of Criminal Punishment, p. 7.

Era apenas uma questão de tempo até que as inadequações das técnicas de reabilitação se tornassem uma questão de conhecimento público. Após décadas de retórica sobre tratamento, criminologistas americanos começaram nos anos 1950 e 1960 a testar programas de reabilitação de maneira mais sistemática. Os resultados de tais estudos demoraram a chegar, mas no início da década de 1970 várias pesquisas haviam sido publicadas. Os resultados foram realmente decepcionantes. Embora muitos condenados tivessem apresentado “melhora” (ou seja, não voltaram ao crime), isso tendeu a ocorrer tanto entre indivíduos não tratados quanto entre os indivíduos tratados nas amostras estudadas; o tratamento, como tal, teve pouca influência perceptível. A publicação dessas descobertas, amplamente divulgada pelos esforços do falecido Robert Martinson, foi devastadora para a causa reabilitadora²⁰⁵.

De fato, já em 1959, Francis Allen, alguns anos antes da derrocada sistemica do ideal *reabilitativo*, pontuava que a real face do *reabilitacionismo* era a *incapacitação*, embora as aparências. Também afirmava que a imunidade à crítica concedida ao manancial de profissionais dedicados ao sistema de tratamento – devido à sua devoção à ciência e à sua boa-vontade (*good-will*), os punham em um *status* de certeza sobre suas ações²⁰⁶, quando, na realidade, eram mais do que duvidosas suas imposições, realizadas com base em argumentos científicos de criticável aceitação (e de quase nenhuma aceitação no plano ético-normativo). Dizia Allen:

Deve-se salientar, em primeiro lugar, que os valores da liberdade individual podem ser ameaçados por alegações de conhecimento e técnicas terapêuticas que nós, na verdade, não possuímos e pelo fato de nós não reconhecermos o que nós não sabemos. Às vezes, os profissionais das ciências comportamentais foram culpados por essas falhas. Em outros momentos, tais erros forneceram subsídios a legisladores, a advogados e à população em geral para agirem. A ignorância, por si só, não é vergonhosa, desde que seja inevitável. No entanto, quando nos apressamos a medidas que afetam a liberdade humana e a dignidade humana, partindo do pressuposto de que sabemos o que não sabemos ou podemos fazer o que não podemos fazer, então o problema da ignorância assume uma tonalidade sombria²⁰⁷.

205. HIRSCH; GOTTREDSON, Selective Incapacitation – Some Queries about Research Design and Equity, p. 821.

206. ALLEN, Francis A., Criminal Justice, Legal Values and the Rehabilitative Ideal, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 50, 1959, p. 230.

207. *Ibid.*

Um ambiente de forte desconfiança minou o ideal *reabilitativo*, atingindo também outros aspectos da vida social. Conforme Allen, citado por Hirsch, testemunhava:

Não foram apenas as instituições da justiça criminal que sofreram perdas significativas de confiança. Todas as instituições tradicionalmente usadas para socializar os jovens e direcionar o comportamento humano para a realização de propósitos sociais também sofreram perdas maciças de confiança e correspondentes erosões no moral. O escrutínio das atitudes contemporâneas em relação à família, às escolas e ao que pode ser descrito como terapia, revela um profundo ceticismo sobre a capacidade das instituições tradicionais de alcançar uma direção benéfica para o comportamento e para as aspirações humanas²⁰⁸.

Se, de um lado, o modelo *reabilitativo* definhava, o modelo *incapacitativo* passava a ser dominante. O *novo*, aqui, não está no surgimento do modelo *incapacitativo*, e sim na queda do modelo *reabilitativo*. E o *novo*, no modelo *incapacitativo*, por sua vez, está no seu recrudescimento e, também, na exponencial utilização de modelos atuariais preditivos de risco nas décadas seguintes.

O modelo reabilitador, ademais, usava-se do aparato do *Welfare State* para seu funcionamento; com a queda sempre crescente do *Welfare State* dos anos 1960 em diante, a diminuição da prestação de serviços públicos teve seu concomitante impacto nas possibilidades e nas lógicas de funcionamento do sistema de justiça criminal nos Estados Unidos da América.

A *incapacitação*, que, em comparação com o *reabilitacionismo*, pouco requer, a não ser o isolamento daquelas pessoas tidas por *perigosas*, ganhava terreno com a queda do *Welfare State*. Na crise do modelo *reabilitativo* está, também, a própria crise do Estado Social. Enquanto a racionalidade do Estado Social, de intervenção e busca de melhorias no âmbito social, encontrava-se apoiada politicamente, a correspondente atuação estatal na seara penal seguia a lógica da *reabilitação*:

A ascensão da reabilitação como uma política penal oficial foi um produto da importância que o conhecimento científico desempenhou

208. HIRSCH; GOTTREDSON, Selective Incapacitation – Some Queries about Research Design and Equity, p. 822.

na racionalização da governança ao longo das linhas liberais sociais. A reabilitação incluía elementos gerais da estratégia de política social liberal, como a identificação de um grupo de clientes (aqui infratores), a mobilização de conhecimentos científicos e o compromisso do governo de produzir uma melhoria ousada e demonstrável nos problemas sociais (aqui crime) com interesse da mídia. Enquanto essa racionalidade era endossada pelo público em formas como o seguro social, a regulamentação da segurança no trabalho ou a melhoria das escolas públicas, sua aplicação ao campo penal trazia mais benefícios do que custos, pelo menos até o momento em que mudanças sociais passaram a minar o tecido da política social liberal em geral²⁰⁹.

Múltiplos fatores contribuíram para o abalo do *Welfare State* nos Estados Unidos da América, tais como o fim das condições econômicas do pós-segunda Guerra Mundial, a reestruturação do sistema de produção global, inflação, recessão econômica, desemprego, aumento da taxa de juros, crises do petróleo, déficits²¹⁰, neoliberalismo econômico e conservadorismo social²¹¹; também a queda do apoio de parte das classes médias ao *Welfare State* foi um traço significativo do período:

As tecnologias governamentais liberais mudaram gradualmente à medida que a ponta da intervenção se deslocava para populações tradicionalmente sem poder e marginalizadas (afro-americanos, mães solteiras, pobres extremos). Esses novos grupos de clientes muitas vezes ofendiam os valores de grandes porções das populações de classe média (proprietários de imóveis, bem-segurados, educados), que, à sua época, tinham eles mesmos obtido benefícios de programas sociais liberais – empréstimos habitacionais e para educação. Esses grupos sentiam que sua segurança de classe média estava ameaçada pelos programas governamentais voltados agora para os pobres, incluindo: integração de escolas, disseminação de moradias públicas e promoção da diversidade no emprego. Eles se sentiam ofendidos por aqueles que, ao seu ver, eram desrespeitadores de seus valores e que, agora, se beneficiavam de programas popularmente conhecidos... como de bem-estar social²¹².

209. SIMON, Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first, p. 245.

210. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*.

211. *Ibid.*, p. 75.

212. SIMON, Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning

Para a lógica criminal do *Welfare State* e seu correspondente modelo *reabilitacionista*, conforme bem retrata David Garland, o crime seria sinal de “processos socializadores deficitários, cabendo ao Estado assistir àqueles privados das condições econômicas, sociais, psicológicas, provendo-lhes os necessários meios para ajustamento social e cumprimento da lei”²¹³. De finais dos anos 1960 em diante, contudo, o foco estatal gradativamente passaria para o controle criminal e para a repressão penal, com uma visão menos esperançosa e “muito mais sombria da condição humana”²¹⁴.

Loïc Wacquant fala da passagem do *Estado-Providência* para o *Estado-Penitência*, cuja “mudança de objetivo e de resultado traduz o abandono do ideal da reabilitação, depois das críticas cruzadas da direita e da esquerda na década de 70 e de sua substituição por uma ‘nova penalogia’, cujo objetivo não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando o seu eventual retorno à sociedade uma vez sua pena cumprida, mas *isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos* mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão dos riscos”²¹⁵.

No lugar do *Welfare State*, e com a queda do *reabilitacionismo*, formava-se, nas palavras de Jonathan Simon, a *revolução da severidade*²¹⁶, vindo, nessa maré, com toda força, os instrumentos atuariais de avaliação de risco, que cumpririam a função de demarcação “técnica e científica” da *periculosidade* de modo a maximizar a *incapacitação*. Nos Estados Unidos da América, a prisão preventiva visando a impedir a reiteração delitiva é fruto dessa época, possuindo tal mesma lógica subjacente: simplesmente, e na maior medida possível, *incapacitar o perigo*.

3.4.2. Incapacitação

O termo *incapacitação* não é utilizado na terminologia do sistema de justiça criminal brasileiro; talvez uma tradução aproximada desse termo seja “*prevenção especial negativa*”²¹⁷, que, contudo, não se aproxima do que, de fato,

of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first, p. 246..

213. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, p. loc 546.
214. *Ibid.*, p. loc 548.

215. WACQUANT, Loïc, *As Prisões da Miséria*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 1999, p. 86.

216. SIMON, Jonathan, *Sanctioning Government: Explaining America’s Severity Revolution*, *University of Miami Law Review*, v. 56, 2001.

217. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia, *Prevenção especial negativa da pena: o*

incapacitação significa no contexto estadunidense²¹⁸.

A *periculosidade* em si reside no paradigma da prevenção, seja esta levada a efeito pelo tratamento, seja pela *incapacitação*. A *incapacitação*, por sua vez, crumente dito, nada mais é do que retirar alguém do meio social visando a neutralizar sua *periculosidade*. Quem está encarcerado não pode cometer crimes. Está incapacitado para o cometimento de crimes. Sua *periculosidade* é neutralizada diretamente pela segregação.

Todo o encarceramento é *incapacitante*²¹⁹. Contrariamente à dissuasão e à reabilitação, a *incapacitação* não tem objetivo de alterar (tratar) a pessoa tida como criminosa nem seu contexto social. A ideia é, simplesmente, impedir crimes futuros.

Como temos visto, da década de 1960 em diante nos Estados Unidos da América, ocorre uma gradativa vitória da *incapacitação* sobre a *reabilitação*.

O contexto político dos anos 1960, nos Estados Unidos da América, era ebullitivo em comparação com as relativamente estáveis décadas passadas; na contextualização dessa época feita por Figueiredo Dias e Costa Andrade:

Ao período dos conflitos externos, da guerra e da guerra fria – caracterizado pela coesão social interna, pelo acesso de grandes massas a cotas consideráveis de bem-estar material e por uma ideologia do consenso, integração e estabilidade, em síntese, por uma ideologia do *fim da ideologia* – sucedeu um período de extensas e intensas áreas de conflito interno, com repercuções sensíveis no plano das representações ideológicas e culturais. É conhecida a explosão da conflituidade registrada nos EUA ao longo da década de sessenta, culminando em

terreno fértil para a implementação e difusão da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, 2018.; DIETER, Maurício Stegemann, *Política Criminal Atuarial: A Criminologia do Fim da História*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

218. E essa ausência de correspondente tradução se dá por razões relativamente claras. A *incapacitação* não está, explicitamente (talvez nem mesmo conscientemente), no pensar daqueles que operam ou que refletem sobre o sistema de justiça criminal brasileiro, que se pretende majoritariamente de cunho retributivista. A título de comparação, a *periculosidade*, no direito brasileiro, seria primordialmente destinada àqueles que não deteriam autonomia (os inimputáveis), o que não ocorre no direito estadunidense – lá, a *periculosidade* é expressamente uma categoria também utilizada perante imputáveis. Nossa pensar, no Brasil, contudo, não corresponde por vezes à nossa *praxis*, já que nos valem, e com intensidade, da *periculosidade* em muitos dos nossos institutos e no nosso agir no âmbito de nosso sistema de justiça criminal para imputáveis. As prisões preventivas *extraprocedimentais*, também no Brasil, são um exemplo claríssimo de um instituto que deita raízes no campo da *periculosidade* e da *incapacitação* – como é por toda parte. Muitos de nós não conseguimos, no entanto, ver isso: que pessoas são presas preventivamente para seja evitada a concretização de riscos (no caso de nosso estudo, de cometimento de fatos criminosos no futuro).

219. HIRSCH, Prediction of Criminal Conduct and Preventive Confinement of Convicted Persons, p. 721.

1968 – ano a tantos títulos significativo. Recordem-se as frentes de conflito abertas pelos negros, pelos promotores das campanhas de direitos cívicos e pelos estudantes. Por seu turno, a Guerra do Vietnã constitui um polo privilegiado de conflito e, por isso, ao contrário do que antes sucedera com a Guerra da Coreia, converteu-se num fermento de ruptura estrepitosa a nível de prestígio moral e político das instituições. Paralelamente, assistiu-se nos Estados Unidos ao aparecimento de uma contracultura que deu origem a formas de vida coletiva à margem da respeitabilidade dominante. Não se tratando propriamente de manifestações de rebelião – antes assumindo a natureza de evasão como, por exemplo, o consumo de marijuana, o cultivo de determinados estilos de música, a vida dos *hippies* –, a verdade é que o poder viu nelas um desafio e fez delas um ‘problema’ de controle e fonte de conflitos²²⁰.

O crime tornou-se uma questão nacional²²¹ na década de 1960, em um ambiente de difusão de medo e de um implacável endurecimento do sistema de justiça criminal, tendo como uma de suas mais poderosas forças motrizes a aversão ao risco e a promessa de um “combate à criminalidade”²²².

Opera-se um aprofundamento do positivismo criminológico, com um sopro de renovação que não deixa de ser paradoxal: o verniz científico é ampliado naquilo em que possibilita a *incapacitação* (os instrumentos atuariais de avaliação de risco sendo um dos mais destacados exemplos); para os demais objetivos do positivismo criminológico – o *reabilitacionismo*, seu anterior carro-chefe, a resposta passaria a ser, apenas, “*nothing works*” (nada funciona). De fato, para a conhecida pergunta, realizada na década de 1960, sobre a efetividade dos programas de reabilitação – “*What works?*”²²³ (o que funciona?), a primordial resposta oferecida nessa época foi simplesmente: apenas a *incapacitação*.

220. DIAS; ANDRADE, *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, p. 44–45.

221. ALSCHULER, *The Changing Purposes of Criminal Punishment*, p. 13.

222. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, p. loc 68.

223. Sobre a queda do ideal reabilitativo, foi marcante, no ano de 1974, o artigo de MARTINSON, Robert, *What Works? – Questions and Answers About Prison Reform*, *The Public Interest*, v. 35, 1974. Conforme Alscher: “O desaparecimento da reabilitação foi atribuível menos à reflexão jurisprudencial do que ao aparente fracasso empírico. Depois do Vietnã e do Watergate, os americanos estavam céticos em relação à capacidade do governo alcançar seus objetivos.... O título de um artigo influente de 1974 perguntou *o que funciona?*. Em essência, o artigo respondeu “nada”. Esse artigo revisou todas as avaliações empíricas de programas reabilitativos então realizados na Inglaterra e na América, e encontrou 231 que atendiam a padrões metodológicos mínimos, concluindo: ‘Com poucas e isoladas exceções, os esforços de reabilitação que foram relatados não tiveram efeito apreciável no evitamento da reincidência’” (ALSCHULER, *The Changing Purposes of Criminal Punishment*, p. 9).

Há uma série de instrumentos *incapacitantes* nessa linha, que surgiram nas décadas seguintes, tão conhecidos mundialmente: *Three-Strikes Laws*²²⁴, políticas de *Broken Windows*²²⁵ e de *Tolerância-Zero*²²⁶, as políticas criminais antidrogas²²⁷, leis de criminosos habituais²²⁸; e, para os objetivos deste trabalho, as prisões preventivas visando a impedir a reiteração delitiva – que, ainda, viriam a ser conectadas a instrumentos atuariais de avaliação de risco, ambos fechando um círculo perfeito *positivista*: racionalidade e métodos da *periculosidade* operando conjunta e concretamente na definição real de casos de prisão provisória.

A *incapacitação* torna-se base para a imposição de rigorosas políticas criminais em face de determinados grupos tidos por perigosos, a chamada

224. As *Three Strikes Laws* preveem, em caso de três condenações por crimes considerados graves, penas mais longas ainda, ou, mais radicalmente, a prisão perpétua ou mesmo a pena de morte. Ver: MARIE MARTENSEN, Kayla; NICOLE VIGIL, Brandi, *Three Strikes Laws*, in: ALBANESE, Jay S (Org.), **The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice**, Oxford, UK: Blackwell Publishing Ltd, 2013.; VOLLAARD, Ben, Preventing Crime Through Selective Incapacitation, **The Economic Journal**, v. 123, n. 567, 2013.; TONRY, Michael, The Future of Sentencing and Its Control, in: LOEBER, Rolf; WELSH, Brandon C. (Orgs.), **The Future of Criminology**, Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.

225. A teoria das *Broken Windows* (janelas quebradas) sustenta que “formas menores de desordem, como pichação, jogar lixo no chão, mendigagem e prostituição, se deixadas desacompanhadas, resultarão em declínio na qualidade de vida na vizinhança e aumento da atividade criminosa séria. Na academia, a abordagem se reflete em uma nova e dinâmica escola de pensamento – a teoria da norma social – que se tornou um dos principais movimentos contemporâneos na teoria jurídica. Sob a rubrica de “Nova Escola de Chicago”, esse movimento concentra a atenção na maneira como a lei e os padrões sociais interagem e como essa interação regula o comportamento humano. Seus proponentes argumentam que as técnicas de policiamento, como ordenanças antigangues, toques de recolher para jovens e policiamento de manutenção da ordem são eficazes porque mudam o significado social de práticas como a participação em gangues e a posse de drogas por menores. Eles alegam que, ao mudar o significado social, essas técnicas podem reduzir o comportamento criminoso e incentivar a obediência à lei” (HARCOURT, Bernard E., **Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing**, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 2-3). Também acerca do tema: INGRAM, Andrew, Breaking Laws to Fix Broken Windows: A Revisionist Take on Order Maintenance Policing, **Berkeley Journal of Criminal Law**, n. 19, 2014.; DAVIS, Helane E., Broken and Disordered: Selected Critical Readings on Broken Windows Policing, **Legal Reference Services Quarterly**, v. 36, n. 3-4, 2017.; K. BABE, Howel, The Costs of Broken Windows Policing: Twenty Years and Counting, **Cardozo Law Review**, v. 37, 2016.

226. As políticas de *tolerância zero*, termo por vezes intercambiável com “*appearance-based regulation*”, “*aggressive-order maintenance policing*”, “*order maintenance policing*”, “*preventative policing*”, “*problem-oriented policing*”, “*harm reduction policing*”, “*harm focused policing*”, “*hyper-policing*”, “*proactive policing*” e “*hot spots policing*” (DAVIS, Broken and Disordered, p. 166.), põem em funcionamento, na prática, a lógica das *Broken Windows*, sendo uma das experiências mais conhecidas dessa agressiva forma de policiamento a de Nova York ocorrida na década de 1990 (HARCOURT, **Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing**, p. 90 e ss.).

227. SIMON, Law's Violence, The Strong State, And The Crisis Of Mass Imprisonment (For Stuart Hall).

228. KENNEDY, Joseph E., Monstrous offenders and the search for solidarity through modern punishment, **Hastings Law Journal**, v. 51, 2000.; ROBINSON, Paul H., **Distributive Principles of Criminal Law**, Oxford, UK: Oxford University Press, 2008.; DUBBER, Markus Dirk, The Unprincipled Punishment of Repeat Offenders: A Critique of California's Habitual Criminal Statute, **Stanford Law Review**, v. 43, n. 1, 1990.

incapacitação seletiva, cujo objetivo seria: a prisão, por períodos mais longos, dos presos tidos por mais *perigosos* de modo a obter, no meio social, uma diminuição no número geral de crimes. Almejava-se, assim, a “identificação estatística e o confinamento a longo prazo de um grupo relativamente pequeno de criminosos considerados responsáveis por uma parcela desproporcional de crimes”²²⁹. Os efeitos da lógica da *incapacitação* e sua implementação concreta, ao contrário do que alegadamente se pretendia, acarretaram substancial crescimento da população carcerária nos Estados Unidos da América²³⁰.

Nos Estados Unidos da América, a *incapacitação* está na essência, hoje, de seu sistema de justiça criminal. Sempre esteve, mas desde meados da década de 1960 em diante conseguiu desbancar sua concorrente, a reabilitação, que, na prática, sempre mais serviu à boa consciência daqueles que estão fora das prisões do que à vida daqueles que estão encarcerados.

3.5. O SURGIMENTO DAS PRISÕES PREVENTIVAS EXTRAPROCEDIMENTAIS NO DIREITO ESTADUNIDENSE: O TOMBO DA AUTONOMIA.

A prisão preventiva para o evitamento da reiteração delitiva é um dos mais claros mecanismos *incapacitantes* existentes em qualquer sistema de justiça criminal, pois que apresenta como absolutamente único propósito *incapacitar*, e nada mais. Neste tópico, cuidaremos do surgimento da prisão preventiva *extraprocedimental* visando a evitar a reiteração delitiva nos Estados Unidos da América, que se deu em meio a um intenso debate nas décadas de 1970 e 1980, algo que não tivemos nem proximamente no Brasil. O grande tema de fundo, o conflito entre *autonomia* e *periculosidade*, foi diretamente enfrentado, resultando no categórico reconhecimento de que a prisão preventiva baseada no risco de reiteração delitiva reside no campo da *periculosidade*.

Na década de 1960, nos Estados Unidos da América, conforme se extrai do *Bail Reform Act* de 1966 (de cunho federal), a prisão preventiva, antes do julgamento, era empregada, formalmente, para finalidades quase que

229. ALSCHULER, The Changing Purposes of Criminal Punishment, p. 11.

230. ZIMRING, Franklin; HAWKINS, Gordon, **Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime**, Reprint edition. New York: Oxford University Press, 1997, p. 3.; SIMON, Mass incarceration on trial.; OCEN, Priscilla A., Incapacitating Motherhood, **University of California**, Davis, v. 51, 2018.

unicamente *endoprocedimentais*²³¹. As prisões preventivas de natureza *extra-procedimental* visando a impedir a reiteração delitiva, *antes do julgamento*, eram autorizadas exclusivamente para casos em que houvesse previsão de pena de morte²³², hipótese esta em que, historicamente, já era vedada, por regra, a concessão de fiança²³³.

No dia 31 de janeiro de 1969, em seu primeiro discurso público sobre *crime control*, o Presidente Nixon manifestou-se pela mudança do *Bail Reform Act* de 1966 de modo a que, de forma ampla (não apenas para crimes apenados com morte), fosse possível a prisão preventiva de acusados que representassem “*danger to the community*” pelo risco de reiteração delitiva. Em julho daquele ano, o Departamento de Justiça encaminhou ao Congresso uma emenda ao *Bail Reform Act* de 1966 nesse sentido²³⁴. Embora não vindo a ser alterado o *Bail Reform Act* de 1966, a proposta foi incorporada e aprovada como parte do *District of Columbia Court Reform and Criminal Procedure* de 1970, com apoio e assistência de William H. Renquist, futuro juiz da Suprema Corte²³⁵.

Inicia-se, então, um intenso debate sobre a constitucionalidade da utilização da prisão preventiva para fins não-procedimentais e de controle da *periculosidade*, vale dizer, para a evitação da concretização do risco de reiteração delitiva de modo a garantir a proteção de terceiros e da sociedade²³⁶.

231. Destaca-se do *Bail Reform Act* de 1966: § 3146. Liberdade provisória em casos não-capitais antes do julgamento. Qualquer pessoa acusada de um crime, que não seja um crime punível com a pena de morte, deve, em seu comparecimento perante uma autoridade judicial, ser libertada enquanto aguarda julgamento, assumindo o dever de comparecimento em juízo ou oferecendo garantia securitizada em determinada quantia monetária, no valor especificado pela autoridade judicial, a menos que tal autoridade determine, no exercício de sua análise, que tal liberação não garantirá razoavelmente o comparecimento do acusado quando necessário.

232. § 3148. Liberdade em casos capitais ou após condenação. Uma pessoa (1) acusada de um crime punível com a pena de morte, ou (2) que foi acusada por um crime e está aguardando sentença ou interpôs um recurso ou uma petição por mandado de *certiorari*, deve ser tratada de acordo com as disposições da seção 3146, a menos que o tribunal ou juiz tenha motivos para acreditar que nenhuma ou mais condições de liberação garantirão razoavelmente que a pessoa não fugirá ou *representará um perigo para qualquer outra pessoa ou para a comunidade*.

233. Conforme a Seção 33 do *Judiciary Act* de 1789: Em todas as prisões em casos criminais, a fiança será admitida, exceto onde a punição for a morte, caso em que não será admitida, senão pela Suprema Corte ou por Tribunal de Circuito, ou por Ministro da Suprema Corte ou por juiz de Tribunal de Circuito, que exercerá sua análise no que diz respeito à natureza e às circunstâncias da ofensa e das evidências e aos usos da lei.

234. MITCHELL, John N., *Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention*, *Virginia Law Review*, v. 55, n. 7, 1969, p. 1223.

235. RICHMAN, Daniel C, *The Story of United States v. Salerno: The Constitutionality*, *Fordham Law Faculty Colloquium Papers*, v. 12, p. 5.

236. *Inter alia*: HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, *Preventive detention before trial*, *Harvard Law Review*, v. 79, 1966.; MITCHELL, *Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention*; ROPIEQUET, John L. *et al*, *Pretrial Detention in the District of Columbia: A Common Law Approach*,

Destaca-se, aqui, o histórico debate travado entre John Mitchell, Procurador-Geral dos Estados Unidos da América, defendendo tanto a constitucionalidade das prisões preventivas *extraprocedimentais* visando a evitar à reiteração delitiva quanto o projeto encaminhado ao Congresso para alteração do Bail Reform Act de 1966, e Laurence H. Tribe, professor de direito constitucional da Universidade de Harvard, que apregoava sua inconstitucionalidade. John Mitchell apresentou seus argumentos no artigo *Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention*, publicado pela *Virginia Law Review*, vol. 55, no. 7, 1969; Tribe, respondendo aos argumentos do artigo de John Mitchell, trouxe os seus no artigo *An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell*, também publicado pela *Virginia Law Review* (vol. 56), em 1970.

Mitchell defendia a constitucionalidade das prisões preventivas fundadas na *periculosidade* e almejava enfrentar os argumentos contrários já então apresentados pela doutrina, quais sejam, de violação à VIII Emenda (cláusula de vedação à *fiança excessiva*), de violação à presunção de inocência e de violação ao devido processo legal (V Emenda).

Seguindo o que sustentara a Suprema Corte em *Carlson v. Landon*, Mitchell dizia que a VIII Emenda não obrigaria houvesse a possibilidade de concessão de fiança para todos os casos²³⁷ – obrigaria, isso sim, é que, quando cabível a fiança, esta não fosse fixada em valor *excessivo*. Procedendo a uma análise do ambiente histórico em que aprovada e ratificada referida Emenda – em que havia hipóteses de não-concessão de fiança, especialmente para os casos punidos com pena de morte, Mitchell concluiu que, como viga-mestra a sustentar a não-concessão da *fiança*, encontrava-se a *periculosidade*:

Como classe, as pessoas detidas pelo cometimento de ofensas representativas de *perigo*, como roubo, estupro ou furto com invasão domiciliar,

The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, v. 62, n. 2, p. 194–204, 1971.; TRIBE, Laurence H., *An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell*, *Virginia Law Review*, v. 56, n. 3, 1970.; HICKEY, J., *Preventive Detention and the Crime of Being Dangerous*, *Georgetown Law Journal*, v. 58, n. 2, 1969.

237. Colhe-se de *Carlson v. Landon*, 342 U.S. 524 (1952), Justia Law, disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/524/>>, acesso em: 12 jun. 2019: “A cláusula da fiança proveio com pequenas mudanças do *Bill of Rights Act*. Na Inglaterra, nunca se pensou que essa cláusula concedesse o direito de fiança em todos os casos, mas apenas que a fiança não deveria ser excessiva nos casos em que fosse apropriada. Quando esta cláusula foi mantida em nossa Declaração de Direitos, nada foi dito que indicasse qualquer conceito diferente. A Oitava Emenda não proibiu o Congresso de definir as classes de casos em que a fiança seria permitida em nosso país”.

se liberadas enquanto aguardam julgamento, representam um grande perigo para a comunidade tanto hoje quanto o faziam em 1791. Assim, desde a oitava emenda, quando adotada claramente a prisão preventiva para crimes capitais devido ao perigo que ofereciam à comunidade, não se poderia hoje proibir a prisão preventiva para os casos de cometimento de tais crimes *perigosos* simplesmente porque eles não mais seriam tidos como capitais por razões completamente alheias à sua periculosidade.

Precedentes e a história, portanto, desmentem a alegação de que a oitava emenda concede o direito à liberdade provisória em todos os casos criminais, ou mesmo em todos os casos não-capitais. Quando a linguagem da emenda é analisada no contexto histórico em que foi adotada, sua ambiguidade deve ser resolvida, como em *Carlson v. Landon*, em favor da interpretação de que, embora a fiança nunca possa ser excessiva, não há direito absoluto à fiança²³⁸.

Mitchell também sustentou que a presunção de inocência resumir-se-ia ao direito a permanecer em silêncio e ao ônus do Estado de provar as imputações de prática delitiva *beyond a reasonable doubt* (além de dúvida razoável). Em síntese, a presunção de inocência apenas teria incidência nos temas probatórios. Conforme Mitchell:

A presunção de inocência não é uma presunção no sentido estrito do termo. É simplesmente uma regra probatória que permite que o réu fique em silêncio no julgamento e coloca o ônus sobre o governo para provar as acusações além de uma dúvida razoável. Além do dito pela Suprema Corte em *Stack v. Boyle*, não há base para pensar que a presunção de inocência tenha qualquer aplicação no processo antes do julgamento. Se o fizesse, a prática estabelecida há muito tempo de prisão preventiva dos acusados por crimes capitais e para aqueles com probabilidade de fugir, aos quais a presunção de inocência se aplica com igual força no julgamento, seria injustificada. De fato, há muito que reconhecemos na lei a propriedade de certas formas de prisão provisória, como a necessária para efetuar a segregação e a apresentação. Nunca se pensou que essas formas provisórias de prisão violassem a presunção de inocência²³⁹.

238. MITCHELL, Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention, p. 1230.

239. *Ibid.*, p. 1231.

No que concerne à alegação de violação ao devido processo legal, que decorria de uma suposta aplicação de punição antes da condenação, Mitchell sustentou que as prisões preventivas que tinham por finalidade evitar a reiteração delitiva, protegendo *terceiros* e a *sociedade* – neutralizando, assim, a *periculosidade*, apresentavam feição regulatória (e, portanto, não-punitiva), na mesma linha das medidas regulatórias restritivas à liberdade de locomoção previstas para o âmbito cível, como as que incidiam em casos de internação compulsória de doentes mentais graves que oferecessem *periculosidade*. Importaria, aqui, que fossem *necessárias* e aplicadas de forma *razoável*, realizado o devido *balanceamento* entre o direito de liberdade e os *interesses* da *sociedade* na prevenção do cometimento de crimes. Nas suas palavras:

A privação de liberdade por períodos substanciais de tempo com base em conduta criminosa, realizada antes de qualquer julgamento, é autorizada sob circunstâncias necessárias e razoáveis. Por exemplo, a lei federal autoriza a internação por tempo indeterminado de pessoas acusadas de infrações federais que sejam consideradas inimputáveis para serem julgadas e cuja liberação até o julgamento ‘provavelmente colocaria em risco a segurança dos policiais, da propriedade ou de outros interesses dos Estados Unidos’. Este procedimento foi sustentado unanimemente pela Suprema Corte em *Greenwood v. Estados Unidos*. No Distrito de Colúmbia, uma lei que autorizava a segregação civil a um hospital para um exame mental por um período razoável, geralmente sessenta dias, de pessoas acusadas de crime, com base apenas nas observações do tribunal sobre o acusado ou prova *prima facie* apresentada, nunca foi considerada como contrariando o devido processo.

Estatutos que autorizam a segregação civil por tempo indeterminado para psicopatas sexuais, viciados em narcóticos, alcoolistas crônicos, doentes mentais e outros considerados perigosos não são incomuns e, em suas características essenciais, geralmente são considerados constitucionais. Em *Minnesota ex rel. Pearson v. Probate Court*, a Suprema Corte rejeitou as alegações de que o devido processo e o princípio da igualdade tivessem sido violados por uma lei que, em caso de psicopatia sexual, autorizava a segregação civil de pessoas com ‘probabilidade de agredir ou de causar ferimentos, perdas, dores ou outros males em decorrência de seus descontrolados e incontroláveis desejos’. Esse estatuto, como muitos estatutos semelhantes, não exigia a condenação previa por um delito como um pré-requisito para a segregação civil...

Em suma, a cláusula do devido processo não proíbe a prisão preventiva. Suas exigências são as da razoabilidade – as restrições impostas à liberdade de um acusado devem ser razoáveis e equilibradas em face do reconhecido interesse da sociedade em impedir a execução de novos crimes enquanto o réu aguarda julgamento²⁴⁰.

A razoabilidade da medida dependeria da passagem por três testes: i) análise do grau de *perigo* à sociedade a ser evitado considerando particulares categorias de acusados; ii) utilização de adequadas salvaguardas visando a assegurar que apenas indivíduos que, realmente, pusessem em risco a sociedade fossem preventivamente presos; iii) definição das fronteiras de utilização da prisão preventiva a ser realizada por lei.

As categorias de acusados a serem atingidos englobaria: a) imputados pela prática de lesões corporais gravíssimas ou de homicídio; b) imputados com relação aos quais “o bom senso, a experiência e as estatísticas disponíveis indicariam que não se trataria de ‘casos isolados’, mas de recidivistas, de viciados em drogas ou de pessoas que foram recentemente condenadas ou acusadas por outros crimes violentos²⁴¹”.

As salvaguardas, por sua vez, teriam natureza essencialmente processual: a) decisão judicial fundamentada e por escrito; b) produção probatória, inclusive testemunhal, e contraditório em audiência; c) assistência de advogado; d) substancial probabilidade de que o acusado tivesse perpetrado o crime por que acusado; e) ônus da prova ao Estado, cabendo-lhe a demonstração da *periculosidade* do indiciado/acusado *a terceiros e à sociedade*, isto é, o risco de reiteração delitiva; f) reconhecimento, com o maior grau de acuidade possível, de que apenas com a prisão preventiva o acusado não iria expor a “comunidade a um risco irrazoável de perigo grave”²⁴².

Sobre as críticas feitas à ausência de um critério preciso que permitisse “*predizer a periculosidade*”, Mitchell sustentou inexistir exigência constitucional de um critério *definitivo*; se assim fosse, incorreria na mesma alegada inconsistência a prisão preventiva calcada no risco de fuga, cuja constitucionalidade, contudo, jamais fora disputada: se a sociedade teria o *direito* de prender preventivamente aqueles que provavelmente empreenderiam fuga, “da mesma

240. *Ibid.*, p. 1233-1235.

241. *Ibid.*, p. 1235.

242. *Ibid.*, p. 1237-1238.

forma, a sociedade teria um direito igualmente importante de impor condições razoáveis, incluindo a detenção, para assegurar que os acusados por crimes não-capitais, mas perigosos, não viessem a expor a comunidade a riscos não razoáveis de perigo antes do julgamento²⁴³.

Respondendo ao artigo de Mitchell, o constitucionalista Laurence H. Tribe apresentou, na edição seguinte da *Virginia Law Review*, o seu “*An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell*”.

Ao seu ver, o sistema de prisão preventiva fundado em razões externas ao processo, almejando evitar *perigo* a terceiros e à sociedade, mesmo que trazido de forma excepcional ao processo penal, estaria propenso a um ciclo de utilização e de crescimento constante. Conforme Tribe, o sistema apenas aparentaria não estar funcionando quando fossem mantidos em liberdade acusados que viessem a concretizar os riscos, o que aumentaria o medo e a insegurança, assim reforçando ainda mais a pressão e a demanda social pela utilização do sistema de prisões preventivas extraprocedimentais visando a evitar a reiteração delitiva. Os equívocos, ao se manterem presas pessoas que não ofereceriam riscos, por sua vez, seriam invisíveis. Assim arremata Tribe:

Como nenhum réu detido cometerá crime, cada decisão de deter cumpre a profecia que se acredita a justifique, enquanto qualquer decisão de liberação pode ser refutada por seus resultados...

A consequência inevitável é uma pressão contínua para que o sistema alcance cada vez mais presos em potencial. De fato, essa pressão será gerada pelos mesmos temores que fizeram a prisão preventiva parecer tão atraente em primeiro lugar. O que começa como uma onça [medida correspondente a 28,34 gramas] de detenção, portanto, pode muito bem se tornar o primeiro passo de uma profunda mudança em nosso sistema de justiça criminal – um sistema que, pelo menos até agora, tem operado na premissa de que o crime deveria ser normalmente prevenido pela ameaça da punição subsequente, ao invés da imposição de prisão previa²⁴⁴.

Prisões preventivas que almejassem a proteção de terceiros e da sociedade, visando a evitar a reiteração delitiva, não poderiam ser comparadas a

243. *Ibid.*, p. 1240-1241.

244. TRIBE, *An Ounce of Detention*, p. 375.

sistemas regulatórios da liberdade de locomoção de caráter não-penal, em que o elemento *autonomia* não estaria presente, como o caso da internação compulsória. Determinar a prisão preventiva representaria uma ofensa à *autonomia*, pois que concluir-se-ia, previamente, que o acusado não faria, no futuro, uma decisão individual adequada em face das exigências do ordenamento jurídico penal. Em conformidade com Tribe, “aprisionar um homem porque ele pode escolher violar as regras da sociedade é condenar e, portanto, puni-lo por nada mais do que suas supostas intenções”²⁴⁵.

A prisão preventiva deveria resumir-se a sua natureza procedural, inserida em um contexto jurídico mais específico, qual seja, o de apenas garantir que o acusado não se furtasse ao processo, julgamento e execução penais; os efeitos preventivos especiais e gerais deveriam ser propiciados pela aplicação do direito penal. A prisão preventiva teria por finalidade, pois, garantir a persecução em face de um crime cometido, sendo uma contradição utilizá-la para prevenir a prática de um futuro crime²⁴⁶. Segundo Tribe, admitir a instituição de um sistema de prisão preventiva baseado em razões externas ao procedimento, visando à evitação de inespecíficos crimes, consubstancial à condenação e encarceramento sem julgamento, em afronta à cláusula do *due process of law* (V Emenda – “*No person shall be deprived of ... liberty... without due process of law*”)²⁴⁷.

Outrossim, tal espécie de prisão preventiva geraria o enquadramento dos indiciados/acusados em determinadas *categorias*, inevitavelmente definidas a partir de seus antecedentes, acusação atual, *status econômico* e nível educacional, decorrendo a prisão preventiva, baseada na *periculosidade social*, muito mais no que a pessoa é do que no que a pessoa *fez*; não haveria, ademais, nenhuma possibilidade de conhecimento prévio tanto sobre o que poderia ocasionar a prisão quanto sobre como a evitar²⁴⁸. Tribe, em forte crítica, afirma:

O verdadeiro vício da acusação de *periculosidade* subjacente a este esquema estatutário proposto não é que ele olha para o futuro, mas que seu conteúdo é muito amorfo. Imagine novamente o impacto no acusado. Ele é informado: há uma probabilidade substancial de você

245. *Ibid.*, p. 379–380.

246. *Ibid.*, p. 376.

247. *Ibid.*, p. 390.

248. *Ibid.*, p. 392.

ter cometido um crime e que sua libertação colocará em risco a comunidade de alguma forma não especificada. Sabemos que você pode controlar seu comportamento, pois estamos prestes a julgá-lo como um criminoso, mas não confiamos em você para evitar o crime. Como o acusado poderia responder? Será que ele não se sentiria como o herói confuso de Kafka em “*O processo*”...? Para que o acusado enfrentasse essa espécie de acusação aberta e, em última análise, personalizada ... toda a [sua] vida teria de ser lembrada até as menores ações e acidentes, claramente formulados e examinados de todos os ângulos²⁴⁹.

Na prática, assim, o ônus da prova recairia sobre o próprio acusado, cabendo-lhe demonstrar suas *good intentions*, o que apenas poderia ser realizado de maneira genérica²⁵⁰. Para Tribe:

o estatuto proposto minaria o controle de cada homem sobre seu próprio destino e o substituiria pelo controle opressivo da autoridade discricionária, pois todo homem teria motivos para temer que ele pudesse ser rotulado como provável criminoso e preso ... por razões que, em última instância, escapariam ao controle dele²⁵¹.

A respeito da interpretação a ser conferida à VIII Emenda (vedação à imposição de *fiança excessiva*), citando *Stack v. Boyle*²⁵², Tribe reafirmou a natureza exclusivamente procedural da fiança; e, remontando ao direito inglês do século XIV, com repercussões na ainda então vigente legislação estadunidense, Tribe sustentou que, nos casos de risco à sociedade, exigia-se de pessoas que tivessem tido anteriores comportamentos ilícitos *juramento securitizado* (*secured pledge*), que, se descumprido, seria perdido em favor do rei, não havendo espaço para a utilização da *periculosidade* como critério para a prisão preventiva. Tal seria a tradição do *common law*. Nas suas palavras:

A ausência de qualquer referência explícita [para a decretação de prisão provisória] ao medo da má conduta antes do julgamento entre os

249. *Ibid.*, p. 393.

250. *Ibid.*

251. *Ibid.*, p. 394.

252. Caso em que a Suprema Corte expressamente reconheceu que o “tradicional direito à liberdade antes da condenação possibilita a preparação desimpedida de uma defesa e serve para evitar a imposição de punição antecipada” (*Stack v. Boyle*, 342 U.S. 1 (1951), Justia Law, disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/1/>>, acesso em: 12 jun. 2019).

séculos XIII e XVIII dificilmente reflete um descuido. Uma lei inglesa do século XIV, absorvida na lei comum das colônias e agora refletida em muitos estatutos estaduais, autorizou os juízes a exigir, de todas as pessoas cujo comportamento passado daria justa razão para concluir viessem a incorrer em má conduta futura, um *juramento securitizado* (*secured pledge*) de que eles se comportarão legalmente. Se o compromisso fosse quebrado, o valor do *secured pledge* seria perdido em favor do rei, e se a segurança exigida fosse fornecida, a pessoa não poderia ser presa. Dada a disponibilidade deste método explícito de deter a má conduta e a ausência visível de qualquer preocupação semelhante ao que se verifica hoje com relação à prisão preventiva, é de se refletir e supor que nenhuma medida especial para prevenir crimes era considerada justificada pelo simples fato da pendência de uma acusação criminal²⁵³.

Ademais, em *Stack v. Boyle* estaria afirmada a presunção de inocência muito além de uma mera norma sobre ônus e avaliação da prova: estaria reconhecido que a presunção de inocência representava um compromisso de que todo homem acusado de um crime não teria direito à liberdade inferior ao de seu acusador; assim, somente “as privações necessárias para assegurar o andamento do processo pendente contra ele – privações que não se baseiam em qualquer suposição de culpa – poderiam ser enquadradas neste postulado básico de dignidade e igualdade”²⁵⁴. Entre duas pessoas identicamente *perigosas* a terceiros ou à sociedade, não teria sentido prender-se preventivamente apenas aquela que estivesse sendo acusada criminalmente²⁵⁵.

Do ponto de vista jurisprudencial, a constitucionalidade das prisões preventivas extraprocedimentais, inserida no ordenamento jurídico do Distrito de Columbia por via do *Court Reform and Criminal Procedure* de 1970, apenas seria objeto de discussão no caso *United States v. Edwards*²⁵⁶, decidido pela Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia, em 1981. Nessa decisão, referido Tribunal afirmou que as prisões preventivas, visando a evitar *perigo* a terceiros e a sociedade, teriam caráter regulatório, e não punitivo, sendo válidas. Asseverou que:

253. TRIBE, An Ounce of Detention, p. 401–402.

254. *Ibid.*, p. 404.

255. *Ibid.*, p. 405.

256. **United States v. Edwards**, 430 A.2d 1321, CourtListener, disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/2368807/united-states-v-edwards/>>, acesso em: 12 jun. 2019.

... concluímos, depois de considerar todos os fatores relevantes, que a prisão preventiva é de natureza regulatória e não penal. Embora a prisão preventiva invoque uma restrição afirmativa, historicamente não tem sido considerada punição quando o objetivo é impedir a fuga ou impedir a coerção ou a intimidação de testemunhas. Ver *Blunt v. United States*, 322 A.2d at 584. Ver também *Carbo v. United States*, 82 S. Ct. 662, 7 L. Ed. 2d 769 (1962) (Douglas, J.). A questão crucial é se a detenção, que está sendo utilizada com o objetivo de proteger a comunidade da periculosidade estabelecida pelo detento, é um “objeto alternativo” contemplado pelos fatores de *Mendoza-Martinez*. As razões tradicionais para a prisão preventiva, impedindo a fuga ou a intimidação de testemunhas, servem ao “propósito alternativo” de preservar a integridade do processo judicial e, portanto, são preventivas e voltadas para o futuro. Da mesma forma, a prisão preventiva para evitar a repetição de atos perigosos sob o parágrafo 23-1322 (a) (1), ao incapacitar o detento, busca impedir conduta razoavelmente previsível, e não punir atos anteriores²⁵⁷.

A Corte de Apelações do Distrito de Colúmbia concluiu que as prisões preventivas fundadas na reiteração delitiva, objetivando a proteção de terceiros e da sociedade, teria caráter *regulatório*, pois que: (a) defluiria da interpretação histórica dos diplomas legais que o objetivo das prisões preventivas extraprocedimentais seria a proteção da segurança da comunidade, e não a punição do acusado; (b) tais espécies de prisão preventiva não almejariam a *reabilitação* do acusado, outro objetivo que seria inerente às finalidades punitivas; (c) haveria apenas *incapacitação* para o cometimento de novos crimes; (d) por sua provisoriação, então máxima de 60 dias, estaria afastada, também, a ideia de punição²⁵⁸.

Por seu turno, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América apenas viria a decidir sobre a constitucionalidade das prisões preventivas visando a impedir a reiteração delitiva, objetivando a proteção a terceiros e à sociedade, em 1987, no caso *United States v. Salerno*²⁵⁹, já quando em vigor o novo *Bail Reform Act* de 12 de outubro de 1984, estatuto este que acolheu a possibilidade de prisões extraprocedimentais quando necessárias à “*safety of any other per-*

257. *Ibid.*

258. *Ibid.*

259. **United States v. Salerno**, 481 U.S. 739 (1987), Justia Law, disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/739/>>, acesso em: 14 jun. 2019.

*son and the community*²⁶⁰, na linha do que havia feito o *District of Columbia Court Reform and Criminal Procedure* de 1970.

Vamos ao caso.

O caso *United States v. Salerno* dizia respeito à prisão preventiva de Anthony Salerno, tido como chefe da família genovesa da *Cosa Nostra*, e Vincent Cafaro, seu sócio, prisão preventiva esta fundada na *periculosidade* que ambos representavam. A acusação imputava aos acusados a prática de trinta e cinco atos de extorsão e, também, a prática de fraudes, exploração ilegal de jogos e associação para o cometimento de um homicídio.

No recurso apresentado à Suprema Corte, o recorrente era a acusação. O Tribunal de origem, a Corte de Apelações do Segundo Distrito (Nova York), havia entendido pela inconstitucionalidade das prisões preventivas fundadas na *periculosidade*, pois que violariam a cláusula do *due process of law* ao privar a liberdade de alguém com base na mera expectativa de prevenção de crimes.

Nas palavras da Corte de Apelações do Segundo Distrito, “a liberdade protegida... tem como premissa a responsabilidade de homens e mulheres livres pelo que fizeram, não pelo que podem fazer²⁶¹”. A proteção da sociedade deveria provir da punição aplicada após um julgamento, não havendo espaço para a restrição da liberdade fundada no receio do cometimento de futuros crimes. Em resumo, disse a Corte Federal do Segundo Circuito:

Em suma, se uma pessoa não é acusada de um crime, ela não pode, de acordo com os princípios do devido processo legal, ser encarcerada simplesmente com base no fato de que ela provavelmente cometerá um crime. A apresentação de acusações por supostos crimes passados não altera este conceito do devido processo legal. O remédio apropriado para acusações de crimes passados, supondo que eles sejam provados, é o cumprimento da pena prevista em lei por esses crimes, e notamos que uma pessoa que cumpriu a pena está em uma posição similar àquela que não foi acusada de um crime, o mesmo ocorrendo em relação ao *Bail Reform Act*. Não obstante as aspirações de reabilitação, deve ser reconhecido que há uma quantidade substancial de reincidência por

260. A essa época, em 1984, conforme Rachel Smith, trinta e três Estados já possuíam leis autorizando prisões preventivas visando a impedir a reiteração delitiva (SMITH, Rachel, CONDEMNED TO REPEAT HISTORY? WHY THE LAST MOVEMENT FOR BAIL REFORM FAILED, AND HOW THIS ONE CAN SUCCEED, *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy*, 2018, p. 456).

261. *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987).

parte daqueles que cumpriram suas penas. No entanto, uma vez que uma pessoa tenha cumprido sua pena por crimes dos quais tenha sido considerada culpada, ela não pode ser mais encarcerada para proteger o público. Assim, mesmo a probabilidade de que um criminoso condenado volte a se envolver em um crime não autoriza seu encarceramento com base no simples objetivo de evitamento de crimes futuros²⁶².

No entanto, a Suprema Corte reverteu tal decisão, considerando constitucionais as prisões preventivas objetivando impedir a reiteração delitiva.

A Suprema Corte entendeu que as prisões preventivas para a proteção da sociedade, visando a impedir a reiteração delitiva, não teriam natureza punitiva, mas regulatória, centrando seu argumento no fato de que “a história legislativa do *Reform Bail Act* de 1984 indica claramente que o Congresso não formulou as disposições da prisão preventiva como punição para indivíduos perigosos... O Congresso, ao invés, concebeu a prisão preventiva como uma possível solução para um problema social premente.... Não há dúvida de que prevenir perigo à comunidade é uma meta regulatória legítima²⁶³”. Diante da crescente criminalidade, assim, a prisão preventiva, como medida regulatória, poderia ser utilizada para a prevenção de crimes que pusessem em perigo a sociedade.

Ademais, a prisão preventiva, em casos que tais, estaria cercada de limitações previstas no *Bail Reform Act* de 1984: a) seria empregada apenas para imputações referentes a crimes mais graves; b) haveria audiência com possibilidade probatória e com contraditório; c) seria determinado o tempo máximo de segregação (limitação desta ao estrito período do *Speed Trial Act*²⁶⁴); d) haveria a separação dos presos preventivos em face dos demais presos; e) estariam definidos os fatores a considerar para a análise de *periculosidade* (natureza da acusação e circunstâncias em que teria sido cometido o delito, provas e seus pesos, história e características do acusado, riscos apontados à sociedade).

A Corte propugnou houvesse um *balanceamento* entre os interesses da sociedade e os do acusado, categoricamente afirmando que: “Temos

262. *Ibid.*

263. *Ibid.*

264. Embora os períodos possam variar diante das imputações, por regra tal período seria de 100 dias à época do julgamento da Suprema Corte (<https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-628-speedy-trial-act-1974>, acessado em 04.12.2019).

repetidamente sustentado que o interesse regulatório do Governo na segurança da comunidade pode, em circunstâncias apropriadas, superar o interesse de liberdade de um indivíduo”²⁶⁵. Em uma clara análise de *proporcionalidade*, a Suprema Corte expôs a colisão existente, concluindo pela constitucionalidade da prisão preventiva fundada em razões externas ao processo (proteção a terceiros e à sociedade para o evitamento da prática de crimes futuros):

O interesse geral do governo em prevenir o crime é convincente, até mesmo aumentado quando o governo reúne provas firmes de que o detido, já indiciado ou acusado de responder por um crime grave, apresenta um perigo comprovado para a comunidade. Sob essas circunstâncias estreitas, o interesse da sociedade na prevenção do crime é maior.

Do outro lado da escala, claro, está o forte interesse do indivíduo pela liberdade. Nós não minimizamos a importância e a natureza fundamental deste direito. Mas, como nossos casos sustentam, esse direito pode, em circunstâncias em que o interesse do governo é suficientemente pesado, ser subordinado às necessidades maiores da sociedade. Achamos que a delinearão cuidadosa feita pelo Congresso das circunstâncias em que a prisão preventiva pode ser utilizada satisfaz esse padrão. Quando o governo demonstra, por meio de provas claras e convincentes, que uma pessoa apresenta uma ameaça identificada e articulável a um indivíduo ou à comunidade, acreditamos que, de acordo com a cláusula do devido processo, o Poder Judiciário pode impedir tal pessoa de executar essa ameaça. Nessas circunstâncias, não podemos afirmar categoricamente que a prisão preventiva “ofenda algum princípio de justiça, tão enraizado nas tradições e na consciência de nosso povo, que seja classificado como fundamental”. *Snyder v. Massachusetts*, 291 U. S. 97, 291 U. S. 105 (1934)²⁶⁶.

Além de não haver, segundo a Suprema Corte, ofensa ao *due process of law*, tampouco ocorreria violação à VIII Emenda (proibição de imposição de fiança excessiva). A Corte afirmou inexistir vedação a que o Congresso perseguisse, pela prisão preventiva, outros fins que não o asseguramento da presença do acusado em juízo, sendo lícita a não-previsão de concessão de fiança para determinados casos: “Acreditamos que, quando o Congresso determina a prisão

265. *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987).

266. *Ibid.*

preventiva com base em um interesse convincente além da prevenção de fuga, como fez aqui, a Oitava Emenda não incide exigindo a liberdade sob fiança”²⁶⁷.

A decisão não foi unânime. O Justice Marshall dissentiu da opinião da maioria, acompanhando-lhe os Justices Brennan e Stevens.

Para Marshall, a maioria não havia apresentado razões que sustentassem a conclusão de que a prisão preventiva, no caso concreto, seria mera medida regulatória, e não punitiva:

A maioria procede como se o único direito substantivo protegido pela Cláusula do Devido Processo fosse o direito de ser livre de punição antes da condenação. A técnica da maioria por infringir esse direito é simples: apenas redefinir qualquer medida que seja considerada punição como “regulação” e, magicamente, a Constituição não mais proíbe sua imposição²⁶⁸.

Quanto à análise que a maioria fez acerca da constitucionalidade da medida à luz da VIII Emenda, Marshall sustentou que não teria sido realizada a devida apreciação dos limites substantivos que haveriam de ser derivados da cláusula da vedação à fixação de fiança em valor excessivo, que também seriam direcionados ao Congresso, o qual deveria obrar de modo a, racionalmente, demonstrar que a vedação à liberdade provisória não seria tampouco excessiva. Em sua manifestação, Marshall, em forte crítica, disse que:

a maioria não se questiona, como resultado de tortuosa análise, se existem quaisquer limites substantivos contidos na Oitava Emenda e na Cláusula do Devido Processo que tornam esse sistema de prisão preventiva inconstitucional. A maioria não pergunta, já que a resposta é aparente e, para a maioria, inconveniente.

Também sua crítica se voltou contra a falta de qualquer análise por parte da maioria acerca da violação à presunção de inocência; citando o Justice Jackson em *Williamson v. United States*²⁶⁹, “é difícil conciliar, com o direito tradicional americano, a prisão de pessoas pelos tribunais por causa de crimes

267. *Ibid.*

268. *Ibid.*

269. **Williamson v. United States**, 207 U.S. 425 (1908), Justia Law, disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/207/425/>>, acesso em: 14 jun. 2019.

previstos, mas ainda não cometidos. A prisão para proteger a sociedade das ofensas futuras mas não consumadas é ... sem precedentes neste país ... repleta de perigos de excessos e injustiça”²⁷⁰.

Até hoje, *United States v. Salerno* prossegue sendo o *leading case* sobre a constitucionalidade das prisões preventivas fundadas na *periculosidade* de corrente do risco de reiteração delitiva, não havendo quaisquer movimentos jurisprudenciais mínimos para alterá-lo.

Juridicamente o caminho estava seguro, então, para que os instrumentos atuariais de avaliação de risco fossem utilizados (e cada vez mais) para a análise do risco de reiteração delitiva na prisão preventiva.

3.6. Um modelo administrativo de intervenção.

Uma importantíssima inovação institucional, com profundas repercussões para o sistema de justiça criminal nos Estados Unidos da América, criou as condições materiais para que os instrumentos atuariais de avaliação de risco fossem desenvolvidos e aplicados. Trata-se das *Pretrial Service Agencies* (Agências de Serviços Pré-processuais e Processuais, em uma tradução livre).

Há, nos Estados Unidos da América, comparativamente ao Brasil, muitos temas decisórios que, para nós, estariam na esfera decisória judicial, mas que se encontram no âmbito administrativo; por vezes, não propriamente uma delegação de poderes, mas algo mais radical: a própria transferência desses poderes, o que é histórico, sendo um significativo exemplo o fato de a execução penal ser levada adiante, em larga escala, no que concerne aos aspectos decisórios, não pelo Poder Judiciário, mas pela Administração.

Em um caminho semelhante, há tempos tem havido um gradativo deslocamento, embora não completo, das análises de risco, no sistema de prisão/ liberdade provisórias, da atividade judicial para a de funcionários das *Pretrial Services Agencies*²⁷¹.

Desde a década de 1960 esse deslocamento começou a fazer-se presente, vindo a decorrer dos iniciais movimentos de reforma do sistema de prisão/ liberdade provisórias, que, almejando a menor utilização possível da *fiança*, procuravam estabelecer um modelo baseado no *risco*.

270. *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987).

271. FEELEY, Malcolm, *Origins of Actuarial Justice*, in: *Perspectives on Punishment – The Contours of Control*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2006.

E isso se deveu, inicialmente, não pela mão de conservadores, mas de progressistas, sendo um marco o programa *ROR* (*release on own recognizance* – liberdade sem fiança com o dever de comparecimento em juízo) do Vera Institute, primeiramente implantado em 1961 em Nova York (denominado *The Manhattan Bail Project*) e posteriormente estendido a outras cidades, o qual veio a influenciar o *Bail Reform Act* de 1966. Com esse programa deu-se o surgimento da primeira *Pretrial Services Agency*²⁷².

Progressivamente, as *Pretrial Services Agencies* vieram a ser institucionalizadas pela legislação federal, inicialmente como *projetos-pilotos* em 10 subseções da Justiça Federal por força do *Speedy Trial Act* de 1974²⁷³. Em 1982, viriam a receber um estatuto legal próprio, o *Pretrial Services Act*, que autorizou a expansão desse modelo administrativo para todas as subseções da Justiça Federal. Na sequência, as agências de serviços processuais vieram a ser implantadas pelos Estados, encontrando-se em mais de 300 condados²⁷⁴. Esse sistema de caráter administrativo passou a ser considerado “o modelo” nos Estados Unidos da América, hoje fundamental para o funcionamento do sistema de prisão/liberdade provisórias.

Originalmente de cunho progressista quando da implantação dos projetos *ROR*, tal modelo veio a assumir gradualmente uma nova roupagem; como exposto por Malcolm Feeley:

... o propósito para o qual este modelo administrativo seria usado logo foi transformado, e de fato virou de cabeça para baixo. Imbuído do espírito liberal e otimista da década de 1960, o modelo administrativo de liberdade provisória buscava colocar a tecnologia moderna em favor dos ideais liberais, usando modelos preditivos para analisar quais seriam os aceitáveis riscos para a concessão de liberdade provisória sem a imposição de fiança. A fé na ciência, na tecnologia e na ideia de um “sistema” integrado de justiça criminal era convincente, aceita com praticamente nenhuma discordância²⁷⁵.

Quando as esperanças de desenvolvimento de uma justiça criminal de cunho liberal ruíram²⁷⁶, o “sistema administrativo”, já se consolidando,

272. VANNOSTRAND, Marie, Our Journey Toward Pretrial Justice, *Federal Probation*, v. 71, 2018, p. 22.

273. WANGER, Limiting Preventive Detention Through Conditional Release, p. 327.

274. VANNOSTRAND, Our Journey Toward Pretrial Justice, p. 22.

275. FEELEY, Origins of Actuarial Justice, p. 224.

276. Como vimos nos subcapítulos 3.4.1 – *A queda do ideal reabilitativo*, e 3.4.2. – *Incapacitação*.

acabou por florescer e amplamente se difundir em um ambiente antiliberal²⁷⁷. No relato de Malcolm Feeley:

O Congresso promulgou a Lei de Reforma da Fiança de 1984, uma lei que incluía a prisão preventiva com base na periculosidade no sistema federal. A abordagem administrativa para socorrer a reforma foi implementada no momento em que a maré estava mudando, e os políticos conservadores consolidaram seu domínio sobre o governo e, certamente, sua influência sobre a imaginação dos formuladores de políticas de justiça criminal. Sua agenda: desmantelar os fragmentos esfarapados do assistencialismo penal; retroceder os avanços da revolução do *devido processo legal*; e impor penas mais duras. Eles fizeram incursões em todas essas áreas, muitas vezes com a ajuda de liberais. Eles aproveitaram a pergunta retórica de Robert Martinson (1974), “What Works?” (sobre a reabilitação de ofensores) e responderam “Nada!”... e intensificaram a campanha para modificar as decisões liberais da Corte Warren sobre procedimentos criminais²⁷⁸.

No início, as atividades das *Pretrial Services Agencies* cuidavam do risco de não-comparecimento, algo essencialmente procedural; o passo seguinte, a realização da predição de *periculosidade*, estava a curto alcance, e foi o próximo passo.

De fato, com a primazia da lógica da *incapacitação* e a correlata queda do ideal reabilitativo, as *Pretrial Services Agencies* evoluíram em meio ao recrudescimento do sistema de justiça criminal, amparando parte de suas intervenções no verniz científico na qual se revestiam suas funções, em um contexto propício para uma exponencial construção e utilização de instrumentos atuariais de avaliação de risco. Administração e ciência sedimentaram uma união que, gradativamente, foi deslocando do Poder Judiciário para as *Pretrial Services Agencies* a concreta verificação da *periculosidade* de indiciados e acusados²⁷⁹.

277. FEELEY, Origins of Actuarial Justice, p. 224.

278. *Ibid.*, p. 225-226.

279. No âmbito federal, aliás, foi pelo *Pretrial Services Agencies Act* de 1982 que, formalmente, a *periculosidade* ingressou, pela primeira vez, como elemento jurídico de necessária consideração, sendo por tal estatuto determinado às *Pretrial Services Agencies* que reportassem ao juízo casos em que houvesse risco de reiteração delitiva. Assim, no que concerne às *prisões preventivas extraprocedimentais*, o *Pretrial Services Agencies Act* já se antecipava, em considerável medida, ao que viria a ser regulado pelo *Bail Reform Act* de 1984 (WANGER, Limiting Preventive Detention Through Conditional Release, p. 329).

Era rápida e facilmente adaptável a utilização de modelos preditivos para fins processuais (como a possibilidade de fuga), originalmente constantes nos programas construídos por *progressistas*, para o fim *extraprocedimental* do evitamento da reiteração delitiva por via de análises de *periculosidade*. Dessa forma, as *Pretrial Services Agencies*, que “tinham recebido a incumbência de predizer o risco de fuga com base na análise de laços comunitários, agora seriam incumbidas de predizer riscos à segurança pública”²⁸⁰, vindo a receber essa nova função como uma “validação da tecnologia que empregavam e, também, do seu profissionalismo”²⁸¹. Assim:

a missão das Pretrial Services Agencies foi transformada, da predição de comparecimento em juízo, para a predição de *periculosidade* para fins de prisão preventiva. E, de controle de comparecimento, para uma função de vigilância sobre indiciados e réus de menor risco²⁸².

As *Pretrial Services Agencies* constituem uma poderosa burocracia nos Estados Unidos da América, que se fez tornar indispensável para o sistema de prisão/liberdade provisórias²⁸³. Mas não apenas. Nessa modelagem administrativa, com a utilização de instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, também se encontram agências de supervisão do *probation* (da suspensão condicional da pena) e, ainda, de supervisão do *parole* (do livramento condicional). Todas tais agências, com suas poderosas estruturas e funções, todas muito próximas no que diz à predição de risco, oferecem *razões de ser* que reciprocamente se autossustentam, fechando as possibilidades para projetos alternativos. Mais e mais utilizam-se de instrumentos atuariais de avaliação de risco, meio por excelência para manifestarem seus posicionamentos.

Pode-se dizer, hoje, que as condições institucionais estão postas não para uma diminuição na utilização ou no aprofundamento de críticas aos instrumentos atuariais de avaliação de risco; antes, para o aumento no seu emprego, que se encontra, como vimos, também fortemente apoiado nas condições jurídicas, históricas, políticas e sociais dos Estados Unidos da América,

280. FEELEY, Origins of Actuarial Justice, p. 226.

281. *Ibid.*

282. *Ibid.*

283. *Ibid.*, p. 228.

onde o aprofundamento do positivismo criminológico, e do discurso da *periculosidade*, perfaz importante alicerce do seu sistema de justiça criminal.

3.7. UMA JUSTIÇA ATUARIAL

A conexão entre *Pretrial Services Agencies* e instrumentos atuariais de avaliação de risco moldam, no sistema de prisão/liberdade provisórias estadunidense, um modelo de *controle da criminalidade*, funcionalizado como um meio de regulação, gestão e administração do risco de reiteração delitiva.

Os riscos são calculados a partir de complexas equações estatísticas, e não a partir de pessoas reais em situações concretas²⁸⁴: “qualquer variável ou variáveis que se revelem preditores eficazes são bem-vindas”²⁸⁵. Tal como Mehozay e Fischer expõem: “algoritmos são epistemologicamente performativos... eles não fazem reivindicações quanto à verdade, apenas buscam funcionar”²⁸⁶.

Trata-se precisamente daquilo que Malcom Feeley e Jonathan Simon denominam como *justiça atuarial*²⁸⁷. Não sendo orientada pela perspectiva de análise individual, volta-se para análises agregadas, gerais, tomando *populações* como alvo de controle²⁸⁸, operando por meio de “uma razão *calculadora* ou *actuarial*”²⁸⁹.

Segundo Robert Dominique, pelo menos quatro seriam as principais características associadas à justiça atuarial:

O desvio é normal. O crime agora é percebido como um fato social inevitável. Não tentamos mais eliminá-lo, pois é percebido como uma consequência direta do viver em sociedade. Como acidentes de trânsito, por exemplo, o crime é entendido como algo que tem uma

284. COHEN, Stanley, Social Reconstruction and the Politics of Reconstruction, in: *The Futures of Criminology*, Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 1994, p. 73.

285. MEHOZAY, Yoav; FISHER, Eran, The epistemology of algorithmic risk assessment and the path towards a non-penology penology, *Punishment & Society*, 2018, p. 12.

286. *Ibid.*

287. FEELEY, Malcolm, THE NEW PENOLOGY: NOTES ON THE EMERGING STRATEGY OF CORRECTIONS AND ITS IMPLICATIONS, *Criminology*, v. 30, 1992; FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan, Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law, in: *The Futures of Criminology*, Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 1994.

288. HARCOURT, *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, p. posição 318.

289. DIAS, Jorge de Figueiredo, O Direito Penal na “Sociedade do Risco”, in: *Temas Básicos de Doutrina Penal*, Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 169.

probabilidade significativa de acontecer. Tentamos evitá-lo e minimizar suas consequências, julgando o risco que várias situações e indivíduos representam. Nessa visão, o crime perdeu seu componente moral. Foi normalizado como um subproduto das sociedades modernas.

Perfis de risco em vez de indivíduos. Uma das características fundamentais da justiça atuarial é a dependência do conceito de risco. A lente atuarial reconstrói fenômenos individuais e sociais como objetos de risco. Portanto, a unidade de análise no sistema de justiça criminal não é mais o indivíduo biográfico, mas o perfil de risco de alguém. Por meio de técnicas atuariais, a identidade individual é fragmentada e refeita em uma combinação de variáveis associadas a diferentes categorias e níveis de risco.

Gerenciar em vez de transformar. A mudança de indivíduos foi o projeto principal do modelo disciplinar. O objetivo era transformar criminosos em cidadãos cumpridores da lei por meio de terapia ou outras intervenções correcionais destinadas a alterar suas personalidades. Dentro da justiça atuarial, transformar indivíduos não é mais o objetivo exclusivo, em parte porque é difícil e consome recursos. O objetivo muda para gerenciar os riscos que os infratores representam. Para fazer isso, os infratores são identificados, classificados e organizados em termos de um perfil de risco. A gestão, portanto, passa a estar no coração do sistema. Os caminhos institucionais são fornecidos para diferentes categorias de agressores, de acordo com o risco que eles representam. O diagnóstico e o tratamento dão cada vez mais espaço ao gerencialismo.

O futuro e não o passado. Finalmente, a justiça atuarial tem uma visão perspectiva. Seu principal interesse é estimar e prevenir a ocorrência de comportamentos futuros, em vez de sancioná-los ou entender e abordar suas causas passadas. O foco da justiça atuarial está principalmente na incapacitação e na regulação de comportamentos futuros²⁹⁰.

Na *justiça atuarial*, suplanta-se o ideal de justiça individual pela da administração racional e sistêmica de riscos²⁹¹, estruturada para a máxima efici-

290. ROBERT, Dominique, *Actuarial Justice*, in: **Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities**, Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 2005, p. 11-12.

291. O risco, enquanto categoria, é amplamente teorizado no âmbito das ciências sociais, podendo por muitas diferentes perspectivas ser analisado. Não é objeto deste trabalho desenvolver um apanhado das abordagens teóricas sobre o risco. Sobre as diversas perspectivas teóricas distintas, ver, por exemplo, Gabe Mythen, que analisa quatro teorias que, ao seu ver, seriam as mais impactantes nas ciências sociais:

ciência do sistema de justiça criminal²⁹². Uma visão econômica de cálculo de custos e ganhos²⁹³. Nas palavras de Figueiredo Dias, na *justiça atuarial*:

o propósito não seria mais o de actuar sobre a vida de pessoas individuais, propondo-se definir a sua responsabilidade, fazendo os culpados “pagar pelos seus crimes” ou transformando-os, mas o de *regular certos grupos* (de pessoas “perigosas”) como parte de uma estratégia de gestão dos riscos²⁹⁴.

Pelos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, pode-se dizer que o indivíduo é visto “não como uma pessoa única, distinta, estudada e conhecida em suas peculiaridades, mas antes como um ponto plotado em uma tabela atuarial. Ele se transforma em um ser *estatístico individual*, entendido através da sua relação com os dados e os padrões de regularidades comportamentais de uma população”²⁹⁵. A *racionalidade* dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva é orientada para a *identificação* e o *gerenciamento* do risco, para a *diminuição* ou *neutralização* da *periculosidade*, e não para a realização de justiça no caso individual, no que seria um paradigma de proteção de direitos. Cuidam não de *indivíduos*, mas de *perfis* de indivíduos.

Deles decorre uma concepção de *periculosidade* profundamente penetrante na medida em que de tais ferramentas são desconectadas quaisquer *teorias materiais* sobre reiteração delitiva. Argumentar contra os resultados dos instrumentos atuariais de avaliação de risco é tarefa muito difícil: argumentar contra *aquilo* que não argumenta e só afirma, contra o que aparentemente não tem *discurso* e que esconde o seu *discurso* e não desvela o seu objeto, é tarefa ainda mais difícil.

a da *sociedade de risco*, a da *governamentalidade*, a da *cultura do medo* e as aquelas denominadas por *antropológicas* (MITHEN, Gabe, *Understanding the Risk Society: Crime, Security and Justice*, Londres: Palgrave Macmillan, 2014, p. 27). Harry Annison, por sua vez, acentua as três primeiras como as mais relevantes: “a *governamentalidade*, cuja literatura emerge da obra de Michel Foucault (1977); a *sociedade de risco*, literatura estimulada pelo trabalho de Ulrich Beck (1992); e a “*cultura do medo*”, cuja literatura está mais intimamente associada a Frank Furedi (2002)” (ANNISON, Harry Michael John, *Dangerous politics: risk, political vulnerability, and penal policy*, First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015, p. 181).

292. FEELEY; SIMON, *Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law*, p. 178.

293. *Ibid.*, p. 188–190.

294. DIAS, O Direito Penal na “Sociedade do Risco”, p. 169.

295. GARLAND, David, “Governmentality” and the problema of crime: Foucault, criminology, sociology, *Theoretical Criminology*, v. 1 (2), 1997, p. 182.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco, núcleo da *justiça atuarial*, englobam um conjunto de atores, instituições, conhecimentos, práticas e técnicas por meio do qual é expresso o discurso da *periculosidade* e do *risco*, com todas as consequências de aí advinentes sobre o indivíduo, já conhecidas e sentidas desde o *positivismo criminológico* e seu percurso ao longo do século XX²⁹⁶.

Tais ferramentas preditivas vêm reforçar o histórico *discurso da periculosidade* e a histórica subjetivação e subjugação das pessoas ao *discurso da periculosidade*²⁹⁷, uma vez mais a elevando a um nível de *objetividade científica*.

296. Tal como vimos ao longo deste capítulo.

297. A abordagem aqui desenvolvida aproxima-se, inequivocamente, da perspectiva da *governamentalidade* desenvolvida por Michel Foucault (FOUCAULT, Michel et al (Orgs.), in: *The Foucault effect: studies in governmentality: with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 101-102). Conforme David Garland expõe: "... a literatura sobre *governamentalidade* oferece uma estrutura poderosa para analisar como o crime é problematizado e controlado... Ela evita análises reducionistas ou totalizadoras, incentivando, em vez disso, um relato positivo e aberto das práticas, revelando as maneiras pelas quais seus modos de exercer poder dependem de modos específicos de pensar (racialidades) e modos específicos de agir (tecnologias), bem como de maneiras específicas de "subjugar" indivíduos e governar populações. Também problematiza essas práticas submetendo-as a uma análise "genealógica" – um traço de suas linhagens históricas que visa minar sua "naturalidade" e abrir um espaço para possibilidades alternativas" (GARLAND, David, "Governmentality" and the problema of crime: Foucault, criminology, sociology, *Theoretical Criminology*, v. 1 (2), 1997, p. 174). Diga-se, por oportuno, que, embora a teoria da *sociedade de risco* tenha uma quase ubiquidade no debate acadêmico e não-acadêmico, tal teoria não se mostra a mais adaptável ao que vem sendo defendido neste trabalho. Na perspectiva teórica da sociedade de risco, promovida por autores como Ulrich Beck e Anthony Giddens (BECK, Ulrich, *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*, 2a. ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2019; BECK, Ulrich, *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*, Lisboa: Editora 70, 2016.; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich, *Modernização Reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*, 2a. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.), os efeitos colaterais dos desenvolvimentos econômicos e tecnológicos – e a correspondente incapacidade de as instituições regularem e administrarem os riscos decorrentes, perfazem o móvel dessa abordagem, que se encontra, em sua origem histórica, bastante conectada a preocupações ambientais geradas na década de 1980, em especial àquelas decorrentes do desastre de Chernobyl. Trata-se de uma teoria que expunha uma profunda relutância e crítica à capacidade da ciência, das atividades econômicas e do governo de proverem adequadas salvaguardas diante de tais megarriscos, manufaturadamente construídos, antropogênicos, incalculáveis e desterritorializados. À diferença da sociedade industrial, em que os riscos – tratados como "*accidents of fate*", poderiam ser calculados, na *sociedade do risco* estar-se-ia diante de riscos de larga escala, que escapariam das práticas institucionais estabelecidas de avaliação, seguro e regulação (MITHEN, *Understanding the Risk Society: Crime, Security and Justice*, p. 29). Contingência e consequências não-intencionais estariam enraizadas no paradigma da *sociedade de risco*, em uma *organisierte Unverantwortlichkeit* (uma organizada irresponsabilidade), no sugestivo título do livro do próprio Ulrich Beck de 1988. Caberia às instituições, que ainda se encontrariam em uma *simple modernity*, tratar das consequências não-intencionais (as externalidades) das contingências de maneira reflexiva (LASH, Scott, Remembering Ulrich Beck, *Theory, Culture & Society*, v. 32, n. 7-8, 2015, p. 337.). Contudo, os mecanismos decisórios decorrentes do novo processo de produção de riscos, embora estes últimos fossem de natureza coletiva e difusa, estariam sendo remetidos crescentemente para a responsabilidade da resolução individual autorreflexiva, fundindo-se, assim, produção de megarriscos e sua individualização (BECK, Ulrich, Interview with Ulrich Beck, *Journal of Consumer Culture*, v. 1, n. 2,

ca. Das consequências dessas concepções cuidaremos, a partir da perspectiva jurídica, no capítulo que segue.

2001, p. 271.). Por consequência, “a incorporação de uma cultura cotidiana de gerenciamento de riscos passou a impor demandas recursivas sobre o *self*, forçando os indivíduos a ordenar reflexivamente suas vidas como projetos de planejamento, assim projetando-se e articulando-se” MITHEN, **Understanding the Risk Society: Crime, Security and Justice**, p. 30). A teoria da *sociedade do risco* fornece um arcabouço teórico muito mais direcionado a riscos de caráter difuso e coletivo por excelência, cuidando da forma como instituições, sociedade e indivíduos promovem a reflexão sobre tais riscos e, com base nela, agem ou deixam de agir. Com os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva não se está propriamente a cuidar de riscos manufaturados a partir do desenvolvimento econômico-tecnológico, nem da dimensão difusa e coletiva de tais riscos. Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva estão postos, em realidade, muito mais para a realização de controle e administração de populações tidas por *perigosas*, para o que as abordagens teóricas da *governamentalidade* apresentam mais adaptável arsenal teórico explicativo ao que se tem exposto.

4.

A ANTIJURIDICIDADE DO PARADIGMA DOS INSTRUMENTOS ATUARIAIS DE AVALIAÇÃO DE RISCO

Nos capítulos anteriores, procuramos demonstrar a *racionalidade* profunda dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, alicerçados que se encontram exclusivamente no modelo da *periculosidade*. Procuramos tecer o *fio condutor* do instituto por período superior há um século, situando-o na *corrente histórica* de que faz parte. Sabemos suas razões de ser (bem como as razões que alegadamente teriam), a que se prestam e a que se destinam, sua importância, como funcionam, as consequências que acarretam, os ambientes em que se desenvolveram e se desenvolvem. Em suma, sabemos o que está por trás de tais ferramentas estatísticas preditivas.

É possível, neste momento, então, posicionar-se sobre a adequação e a conveniência da incorporação deles à realidade brasileira, análise que, evidentemente, poderia ser feita tendo em conta as mais diversas perspectivas – sociais, políticas, filosóficas. Foi fornecido substrato para múltiplos aportes e reflexões provenientes do largo campo das ciências humanas.

Da leitura do que sustentamos no capítulo III, resta evidente que, pelos tantos ângulos das ciências sociais de que nos servimos e pelos tantos argumentos expendidos, inclinamo-nos pela inadmissibilidade, em si, do modelo de predição de reiteração delitiva dos instrumentos atuariais de avaliação de risco.

A perspectiva que elenco para me posicionar sobre o tema, de forma específica e concludente, contudo, será exclusivamente jurídica, pondo o objeto deste livro, assim, sob o exato ângulo de apreciação proposto na hipótese deste trabalho:

HIPÓTESE: Os instrumentos atuariais de avaliação de risco empregados nos Estados Unidos da América para a predição de reiteração delitiva, na prisão preventiva, são hábeis a cumprir o fim a que se destinam, sendo, a partir da perspectiva do direito brasileiro, juridicamente válidos e passíveis de incorporação.

É necessário, aqui, detalhar o arcabouço técnico-jurídico que será empregado.

Primeiro, por estarmos a cuidar da possibilidade da incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, a perspectiva jurídica de análise, por consequência, por regra, não será a estadunidense, mas a brasileira.

Segundo, as normas jurídicas, que servirão como referência, serão as de ordem constitucional, uma vez que, conforme almejamos demonstrar, os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, se incorporados, gerariam ofensas a direitos fundamentais previstos em nossa Constituição.

Acerca do método de análise jurídica para a estruturação dos argumentos, adota-se a *teoria dos princípios* na específica linha doutrinária desenvolvida por Robert Alexy²⁹⁸, teoria que está conectada, umbilicalmente, com o *preceito da proporcionalidade* – formando com este um amálgama cujo funcionamento conjunto se processa mediante a aplicação da teoria da argumentação do próprio Robert Alexy, a qual, por sua vez, se ancora na teoria do *discurso racional-prático*²⁹⁹. Este livro não cuida do desenvolvimento de teorias

298. Exposta, por exemplo, em livros tais como: ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*; ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; ALEXY, *El Concepto y la Validez del Derecho*; ALEXY, Robert, *Direito, Razão, Discurso – Estudos para a filosofia do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; ALEXY, Robert, *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; ALEXY, Robert, *Constitutional Rights and Proportionality*, *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, v. 22, 2014; ALEXY, Robert, *On Constitutional Rights to Protection*, *Legisprudence*, v. III, n. 1a, 2009; HECK, Luís Afons, *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015; LUDWIG, Roberto José, *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; KLATT, Matthias, *Espaços no Direito Público – Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015; KLATT, Matthias, *Positive rights: Who decides? Judicial review in balance*, *International Journal of Constitutional Law*, 2015; KLATT, Matthias, *An egalitarian defense of proportionality-based balancing: A reply to Luc B. Tremblay*, *International Journal of Constitutional Law*, 2014.

299. A teoria do discurso racional-prático permite a argumentação em um ambiente de efetiva consideração à igualdade e à liberdade de todos os participantes e exige a exposição das estruturas do pensar no direito, afastando-se, assim, de vez, compreensões de caráter absoluto próprias de concepções ontológicas, as quais escondem práticas interpretativas de feição arbitrária, em que é saturado o próprio conceito a ser interpretado com a visão personalista de mundo do intérprete. Defende-se, assim, a interpretação enquanto atividade constitutiva, em que o sujeito-interpretador encontra-se em meio a um procedimento discursivo-argumentativo, sendo considerados não apenas os aspectos ideais do discurso, mas também a situação histórica, a formação e os horizontes concretos dos sujeitos participantes do diálogo. Nas

jurídicas estruturais, no que não é um trabalho de *teoria geral do direito* ou de *filosofia do direito*; antes, busca-se valer, para a análise de seu objeto, da referida construção teórica, que temos como sólida, respeitada e amplamente conhecida no meio acadêmico-jurídico brasileiro.

4.1. O PRECEITO DA PROPORCIONALIDADE: A ESTRUTURA DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS.

É fundamental que alguns conceitos sejam aqui expressos, pois que a eles recorreremos para o desenvolvimento dos argumentos jurídicos que serão expostos mais à frente.

São os seguintes os conceitos que empregaremos neste trabalho, sobre os quais já discorremos noutra oportunidade³⁰⁰:

palavras, de Hans-Georg Gadamer, “nas ciências do espírito o interesse do investigador que se volta para a tradição é motivado, de uma maneira especial, pelo respectivo presente e seus interesses. Somente na motivação do questionamento é que deveras se constitui, como tal, o tema e o objeto da investigação. Com isso, a investigação histórica é suportada pelo movimento histórico em que se encontra a própria vida, e não se deixa compreender teleologicamente a partir do objeto a que se orienta a investigação. Em si, um tal objeto não existe de modo algum. É isso o que distingue as ciências do espírito das da natureza. Enquanto o objeto das ciências da natureza pode ser determinado *idealiter* como aquilo que seria conhecido num conhecimento completo da natureza, não faz sentido falar-se de um conhecimento completo da história. E por isso não é adequado, em última análise, falar de um ‘objeto em si’ ao qual se orientasse essa investigação” (GADAMER, *Verdade e Método I*, Petrópolis: Editora Vozes, 1997, p. 427). Assim, na interpretação de normas constitucionais, pode-se compreender Konrad Hesse quando esta afirma que a atividade interpretativa é uma atividade de concretização constitucional, *in verbis*: “Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é único deve ser determinado sob inclusão da ‘realidade’ a ser ordenada... Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação... Concretização pressupõe ‘entendimento’ do conteúdo da norma a ser concretizada. Esse não se deixa desatar da ‘pré-compreensão’ do intérprete e do problema concreto a ser resolvido” (HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61). Ter preocupação com as estruturas do interpretar, do argumentar e do ponderar possibilidade, no campo da ciência do Direito, um situar-se na tradição, com ela dialogando, e, nesta perspectiva, ser contemporâneo para as especificidades *hic et nunc* dos objetos a serem analisados. Também consiste em atitude basilar para a própria construção da democracia, pois que expõe a visão de mundo do cientista do direito, podendo-se compreender, assim, de onde parte e quais as consequências de suas afirmações: pois que fazer ciência do direito é um atuar cujos resultados, direta ou indiretamente, interferem nos espaços institucionais de poder. Fazer ciência do Direito é pôr-se a dialogar em um auditório universal (ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 164). É argumentar a partir da consciência de sua posição histórica, sabendo-se falível, mas verdadeiramente com pretensão de correção em suas afirmações e nas premissas que as sustentam. Em movimento e em comunicação, em meio a um discurso que tem e dirige-se ao Outro, tido como um sujeito autônomo, portanto livre e em posição de igualdade, a ser tratado com respeito e sinceridade.

300. SILVA, Marcelo Cardozo da, *A prisão em flagrante na Constituição*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 25-53.

- Regras – Do ponto de vista estrutural, as normas, enunciados de-ônticos que veiculam mandados, permissões e proibições, podem ser divididas em regras e em princípios. As normas que apresentam a estrutura de regras podem ser enunciadas da seguinte forma: *Se 'A' acontecer, então se deve seguir a consequência jurídica 'B'*. Trazem, como consequência da realização do tipo abstrato (vale dizer, de 'A', no exemplo), uma determinada e específica consequência jurídica (vale dizer, 'B' no exemplo), ou seja, um mandado, uma permissão ou uma proibição *definitiva*. Isso, contudo, que se passa no plano estrutural, em nada altera a necessidade de interpretação da norma. Tanto 'A' quanto 'B', no exemplo, devem ser interpretados, sujeitando-se à exposição argumentativa. Assim, quando se faz referência, por exemplo, a um *mandado definitivo*, não se quer, de nenhuma forma, afastar o processo interpretativo: quer-se dizer somente que a própria norma traz consigo uma consequência jurídica específica caso ocorrente seu tipo abstrato. As regras, nas relações que mantêm entre si, para que convivam em um sistema normativo, não devem apresentar contradições... Para a solução desse conflito, de forma a que ambas regras permaneçam em vigor, será necessária a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras: adicionando-se, na regra '1', por exemplo, uma cláusula de exceção, a regra '2' deixa, na ocorrência da exceção, de entrar em conflito com a regra '1'; assim: *Se 'A' acontecer, deve-se seguir a consequência jurídica 'B', salvo se 'C' se fizer presente*. Todavia, não sendo possível a introdução de uma cláusula de exceção, uma das regras... deverá ser tida como inválida. Para resolver tal conflito entre regras, diversas soluções podem ser adotadas: 1) *a regra posterior revoga a regra anterior*; 2) *a regra especial revoga a regra geral*; 3) *a regra de hierarquia superior invalida a regra de hierarquia inferior*³⁰¹.
- Princípios – Os princípios apresentam estrutura normativa, por sua vez, absolutamente diversa das regras, podendo assim ser enunciados: *Deve-se realizar "D" na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes*. Os princípios constituem-se em normas que comandam que aquilo que enunciaram seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas concretas... Em outras palavras, os princípios dependem, para sua aplicação, da situação fática concreta enfrentada, bem como da ponderação com as demais normas relevantes. Quando dois princípios entram em situação de colisão, a solução desta não se dá pelo reconhecimento da invalidade de um deles, mas, sim, pela ponderação que se realizará,

301. *Ibid.*, p. 26-28.

cedendo um princípio em face do outro. Com efeito, dadas determinadas condições, um princípio precede ao outro. Se os conflitos entre as regras superam-se no terreno da validade, os conflitos entre os princípios superam-se, sem se declarar a invalidade de nenhum deles, mediante a ponderação (*dimension of weight*, nas palavras de Ronald Dworkin). A solução da colisão funda-se em um estabelecimento de uma relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso. A relação de precedência condicionada pode ser sintetizada da seguinte forma: O princípio ‘A’ precede ao princípio ‘B’, quando ‘C’. Vale dizer, quando presente a circunstância ‘C’, o princípio ‘A’ tem precedência em face do princípio ‘B’. Da relação de precedência condicionada chega-se a uma regra, podendo ser construída da seguinte forma: se o princípio ‘A’, em face da circunstância ‘C’, precede ao princípio ‘B’, e, se do princípio ‘A’, em face da circunstância ‘C’, resulta a consequência jurídica ‘R’, então vale a regra: Se o princípio ‘A’ precede ao princípio ‘B’, quando ‘C’, deve-se seguir a consequência jurídica ‘R’. A lei de colisão é uma norma associada do princípio preponderante, à qual pode ser subsumido o caso concreto. Daí o caráter essencialmente relativo, isto é, *prima facie* dos princípios, que cedem, uns em face de outros, a depender das circunstâncias experimentadas, dependentes que são das possibilidades fáticas e jurídicas concretas, sem, contudo, nenhum deles perder validade. Um princípio, para que se chegue à lei de colisão, vale dizer, à norma associada de direito fundamental, deve ser objeto de argumentação, constituindo-se, sempre, em uma razão *prima facie*. Na hipótese dos princípios, a atividade interpretativa dá-se em meio à ponderação, dela surgindo a regra (lei de colisão) que dirimirá o caso concreto... É preciso esclarecer que ponderação e que interpretação, nos sentidos aqui empregados, não apresentam a mesma significação. A ponderação, que imprescinde, para sua realização, de interpretação, é um procedimento de formação de uma regra associada a partir da colisão entre normas de tipo princípio... Razões e contrarrazões são elementos típicos de qualquer processo interpretativo; ponderação, contudo, que também se utiliza de razões e contrarrazões, é procedimento de formação de uma regra que terá, em seu tipo abstrato e em sua consequência jurídica, elementos componentes dos princípios colidentes³⁰².

– *Direitos fundamentais* – Reserva-se... o termo direito fundamental às diversas posições jurídicas básicas a que alguém pode ser colocado em face de uma norma de direito fundamental. Esclarece-se que são tidas,

302. *Ibid.*, p. 28-32.

como norma de direito fundamental... aquelas constantes nos enunciados normativos do Título II da Constituição que confirmam alguma das posições jurídicas abaixo expostas. Se, quando da apreciação dos princípios enquanto normas que determinam que aquilo que enunciaram seja realizado na maior medida possível, respeitadas as possibilidades fáticas e jurídicas, observava-se a estrutura e a natureza prima facie de seus conteúdos, e se, quando da apreciação das regras, observavam-se os mandados definitivos que enunciavam, ao se analisarem as posições jurídicas observar-se-ão as situações em que determinada pessoa (o titular do direito) é colocada em face do princípio de direito fundamental ou em face da regra de direito fundamental. Seguindo o exposto por ALEXY, as posições jurídicas básicas poderiam ser assim sintetizadas: 1) direitos a algo; 2) liberdades; 3) competências³⁰³.

- Bens coletivos constitucionais – À diferença de um direito fundamental, os bens coletivos são fática ou juridicamente não-distributivos. Nas palavras de ALEXY: ‘Um bem é um bem coletivo de uma classe de indivíduos quando, conceitualmente, factual ou legalmente, é impossível dividi-lo em partes e concedê-lo a indivíduos. Quando é esse o caso, o bem tem um caráter não-distributivo. Os bens coletivos são bens não-distributivos’. Os bens coletivos, assim como os direitos fundamentais, são juridicamente vinculantes, sendo veiculados por intermédio de princípios e de regras. Quando veiculados por intermédio de princípios, os bens coletivos encontram-se ordenados *prima facie*, sujeitando-se ao preceito da proporcionalidade na eventual colisão que venham a ter com outros princípios, tais como aqueles que veiculam direitos fundamentais. Quando veiculados por intermédio de regras, estabelecem mandados definitivos³⁰⁴.

- Preceito da proporcionalidade – As restrições estatais que se operarem sobre direitos fundamentais devem ser adequadas e necessárias, devendo o sacrifício a ser sentido sobre o direito fundamental ser justificável à consecução de um fim constitucionalmente perseguido. Em outras palavras, os meios da atuação estatal e as razões da atuação estatal geradoras de restrição sobre um direito fundamental devem ser justificáveis. Fora desses parâmetros, a intervenção estatal sobre o direito fundamental encontra-se vedada *de per si*, de aí advindo, também, lesão à cláusula do Estado de Direito. Se a restrição se der mediante o emprego de meios inidôneos ou desnecessários, ou se o fim almejado

303. *Ibid.*, p. 32-39.

304. *Ibid.*, p. 38-39.

não justificar a restrição, havendo um desequilibrado sacrifício do direito fundamental, injurídica, porque arbitrária e excessiva, será a atuação estatal... dá-se o nome de *preceito da proporcionalidade* a um conjunto de critérios (quais sejam, *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*) empregado para a averiguação da constitucionalidade de restrições operadas sobre um direito fundamental em favor de outro direito fundamental ou em favor de um bem coletivo constitucional, quando veiculados por intermédio de normas de tipo princípio, pelo Estado. Com efeito, do ponto de vista técnico-jurídico, o preceito da proporcionalidade é o meio destinado a superar eventual colisão existente entre normas de tipo princípio, vale dizer, destinado a estruturar a aplicação de princípios colidentes; perfaz um conjunto de critérios utilizado para a verificação de se determinada atuação/omissão estatal, que gerou restrição a determinado direito fundamental veiculado por intermédio de um princípio, não foi excessiva, arbitrária, desproporcional³⁰⁵.

Utiliza-se... a expressão preceito da proporcionalidade ao invés de princípio da proporcionalidade. Isso porque a proporcionalidade, como será visto com mais detalhes, não é uma norma de tipo princípio, constituindo-se, em verdade, em um critério que estrutura a aplicação das espécies normativas de tipo princípio; com efeito, não há violação à proporcionalidade de per si: uma ação estatal apenas recebe tal predicado se gerar uma restrição desproporcional a um direito fundamental veiculado por intermédio de um princípio. Assim, a violação, se ocorrente, operou-se contra um direito fundamental veiculado por intermédio de princípio, constituindo-se o preceito da proporcionalidade em um procedimento que constata a ocorrência da lesão a um princípio, o qual perfaz o parâmetro para aferição da antijuridicidade do comportamento estatal³⁰⁶.

- Fases componentes da estrutura do preceito da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.
- *Adequação*: Concernentemente ao subpreceito da adequação, o objeto de aferição dar-se-á, no que tange às possibilidades fáticas, sobre os meios escolhidos para a restrição ao princípio. Assim, na colisão entre os princípios “A” e “B”, devem ser excluídos aqueles que sejam absolutamente inidôneos para o atingimento do fim almejado, já que

305. *Ibid.*, p. 40-42.

306. *Ibid.*, p. 41.

geradores de restrições inúteis, daí desproporcionais, ao(s) princípio(s) colidente(s)... O meio a ser empregado deve ter a previsibilidade de apetidão para a consecução do fim pretendido; a intensidade da restrição operada pelo meio empregado deve ser, tão-somente, aquela exigida pela finalidade almejada³⁰⁷.

– *Necessidade*: O subpreceito da necessidade (também chamado de *princípio da intervenção mínima*) exige, no que tange, também, às possibilidades fáticas, que não se ultrapasse, na restrição dos princípios em pauta, o estritamente necessário à consecução do fim almejado. O subpreceito da necessidade propõe-se a apreciar, objetivamente, se se faz obrigatória uma restrição a direito fundamental, almejando que as intervenções estatais deixem o maior campo *possível* para o exercício do direito fundamental afetado³⁰⁸.

– *Proporcionalidade em sentido estrito*: O subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, passa pela apreciação dos significados e das consequências jurídicas que deverão privilegiar a aplicação de um princípio em detrimento de outro. Encontra-se imbricado a uma situação concreta, vinculando-se sua aplicação a específicas restrições estatais operadas sobre específicos direitos fundamentais que tenham por desiderato a otimização, por sua vez, de outros direitos fundamentais ou de bens coletivos constitucionais... O subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito verifica a intensidade restritiva a que vai submetido o direito fundamental, tendo por consideração que, quanto maior seja a restrição, maior deverá ser a importância concreta do fim constitucional perseguido... Dessa maneira, quanto mais haja restrição sobre o direito fundamental, mais cuidadosamente devem ser demonstradas as razões justificadoras da restrição³⁰⁹.

A prisão preventiva promove restrição ao direito fundamental à liberdade de locomoção, que é veiculado por intermédio de um *princípio* (inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal). E o faz, na hipótese *extraprocedimental* da reiteração delitiva, com a finalidade de proteger, de violação futura, direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais que – também veiculados por *princípios*, são conformados por normas penais incriminadoras³¹⁰.

307. *Ibid.*, p. 42.

308. *Ibid.*, p. 43.

309. *Ibid.*, p. 44.

310. As normas penais incriminadoras devem, necessariamente, veicular um direito fundamental ou um bem jurídico fundamental para serem constitucionalmente válidas: “Um direito fundamental, em face

Almeja, assim, evitar novas violações futuras a normas penais incriminadoras, daí se falar em evitação da *reiteração delitiva*.

Como objetivamos apresentar, temos que os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva seriam, na perspectiva jurídica aqui adotada, *inadequados* para o fim a que se dispõem (a proteção de outros direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais), vale dizer, não seriam hábeis a *predizer* comportamento criminoso futuro (aquele que violaria a norma penal incriminadora), gerando, por consequência, antijurídica restrição ao direito fundamental à liberdade de locomoção. Serão, aqui, desenvolvidos quatro argumentos jurídicos, assim intitulados: 1) *Os problemas G2I e de representatividade do grupo*; 2) *Fatos para números, meras análises quantitativas*; 3) *Correlação, e não causação*; e 4) *Falsos positivos e falsos negativos*. Assim, *de per si*, o argumento aponta que os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva seriam *inconstitucionais* por violarem o direito fundamental à liberdade de locomoção, cuja restrição seria inidônea e inapta para a consecução dos fins pretendidos.

Também sustentamos que, mesmo que eventualmente fosse superado o teste de *adequação* (o que fazemos apenas para efeito de argumentação), tendo

de sua hierarquia constitucional, apenas pode ser restringido em favor de outro direito fundamental ou bem coletivo constitucional, pena de ser tida como inconstitucional a restrição operada. Com efeito, um direito fundamental encontra-se veiculado por intermédio de uma norma constitucional. Dessa forma, se a restrição que vier a sofrer o direito fundamental não se arrimar em uma norma de idêntico status constitucional, decorrerá violação direta da norma constitucional que alberga o direito fundamental... os direitos fundamentais e os bens coletivos constitucionais podem ser veiculados em normas de tipo princípio, que, em face de sua estrutura, possibilitam a coexistência de posições normativas antagônicas sem que nenhuma delas perca sua validade, permitindo, com isso, a relativização deles (dos direitos fundamentais e dos bens coletivos constitucionais). Uma restrição a um direito fundamental, nesse contexto, pode ser tida como uma norma decorrente do princípio preponderante, que, enfatize-se, deve ter *status* constitucional. Trazendo, as normas penais incriminadoras, a potencialidade da restrição do direito fundamental à liberdade de locomoção (artigo 5º, inciso XV, da CF), é condição primeira de validade delas, por conseguinte, que tenham como seu objeto e como sua finalidade a defesa de direitos fundamentais e de bens coletivos constitucionais. Assim, há necessidade, para que haja a restrição, de que, argumentativamente, reste demonstrada a relação de precisão protetiva mantida entre a norma penal incriminadora e o direito fundamental/bem coletivo constitucional a que visa proteger... Assim, à custa da simples leitura do preceito secundário de uma norma penal incriminadora, na qual se comina pena privativa de liberdade, deriva a imediata constatação de que o preceito primário da norma deve-se apoiar na proteção de um direito fundamental ou de um bem coletivo constitucional. Se assim não for, a restrição que se operará sobre o direito fundamental à liberdade de locomoção será, pois, constitucionalmente inválida... Todavia, não basta que uma norma penal incriminadora sustente-se na proteção de um direito fundamental ou de um bem coletivo constitucional para que seja tida como válida. Além disso, a restrição exercida pela norma penal incriminadora sobre o direito fundamental à liberdade de locomoção deverá ser proporcional, vale dizer, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito na proteção a que visa conferir ao direito fundamental ou bem coletivo constitucional que lhe dá sustentação" (SILVA, Marcelo Cardozo da, *A prisão em flagrante na Constituição*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 57-59).

como parâmetro o *direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório* (veiculado por intermédio de *princípio* no artigo 5º, inciso LV, da Constituição, encontrando-se disposto, no âmbito processual penal, à proteção, em última instância, do próprio direito fundamental à liberdade de locomoção), os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva ultrapassariam, pelo prisma da *necessidade*, o estritamente exigido à consecução do fim a que objetivam; disso cuidaremos no subcapítulo intitulado *A opacidade dos instrumentos atuariais de avaliação de risco*.

Defenderemos, também, que os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva infringiriam, agora no campo da *proporcionalidade em sentido estrito*, o direito fundamental à liberdade, na sua dimensão da *autonomia* (artigo 5º, *caput* e inciso II, da Constituição).

Por fim, arguiremos que os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva gerariam restrição desproporcional em sentido estrito ao direito fundamental à igualdade (artigo 5º, *caput* e inciso XLI, c/c o artigo 3º, inciso IV, todos da Constituição), pois que ensejariam situação de discriminação institucional.

4.2. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO: A INADEQUAÇÃO DOS INSTRUMENTOS ATUARIAIS DE AVALIAÇÃO DE RISCO PARA A PREDIÇÃO DE REITERAÇÃO DELITIVA.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva geram restrição *inadequada*, no sentido técnico adotado neste livro, ao direito fundamental à liberdade de locomoção (artigo 5º, inciso XV, da Constituição), já que não são aptos e idôneos para o atingimento do fim a que se dispõem de forma *mediata* (a proteção de violação futura de outros *direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais* veiculados por normas penais incriminadoras), pois que não são hábeis a *predizer* comportamento criminoso futuro, seu fim *imediato*.

Seguem os argumentos.

4.2.1. Os problemas G2I e de representatividade do grupo.

O problema G2I (*group-to-individual*), do grupo para o indivíduo, referencia um problema fundamental dos instrumentos de avaliação de risco de reiteração delitiva: por paradoxal que pareça, eles não lidam com o indivíduo que pretendem avaliar.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva não cuidam e nada trazem sobre se, concretamente, a pessoa a eles submetida irá perpetrar um crime, sendo incapazes de predizer comportamentos individuais³¹¹. O que tais ferramentas fazem é afirmar que o *avaliando* apresentaria determinadas características que seriam comuns às de determinados membros de um grupo, características as quais, naquele grupo, apontariam, estatisticamente, para uma probabilidade “x” do cometimento de novo comportamento criminal. Apenas apresentam, assim, um escore da probabilidade de que alguém, com as características do acusado, considerando as características do grupo de estudo, viria a reiterar uma conduta ilícita. O que eles perfazem, portanto, são generalizações estatísticas baseadas em grupos estanques no passado.

Nessa linha, Sonja Starr pontua que:

A primeira limitação séria dos instrumentos é que eles não fornecem nada que se aproxime de uma previsão precisa do risco de reiteração de um indivíduo. Os modelos são projetados para prever a taxa média de reiteração para todos os infratores que compartilham com o réu quaisquer características incluídas como variáveis no modelo³¹².

Por seu turno, Erin Collins assevera que:

O processo de avaliação de risco é sobre predizer comportamento de grupo (identificar grupos de infratores de maior risco). Não é sobre previsão no nível individual. Isto é, ferramentas de avaliação de risco identificam grupos de infratores de alto risco, não um indivíduo de alto risco particular. A pontuação de risco indica a probabilidade de alguém, que compartilhe as características de um indivíduo, recidivar, não a probabilidade de que um indivíduo em particular recidive³¹³.

311. STARR, Sonja, Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination, *Stanford Law Review*, v. 66, 2014, p. 806.

312. *Ibid.*, p. 842..

313. COLLINS, Punishing Risk, p. 65

No seu emprego para tratar casos individuais, os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva acabam por desconsiderar os indivíduos como tais, ao contrário do que se exigiria, vale dizer, de que “indivíduos tem o direito de serem tratados como indivíduos”³¹⁴. E, destaque-se, não se trata da utilização de uma ferramenta estatística que pretenda realizar diagnósticos gerais ou avaliar hipóteses, e sim de um instrumento construído para, concretamente, servir para deliberar sobre a liberdade de locomoção de uma específica pessoa.

Na prática, portanto, os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva tratam os indivíduos como *abstrações*. Consideram a *periculosidade* pela pertença a determinados grupos³¹⁵, fazendo generalizações estatísticas *do grupo para o indivíduo*. Basta refletir: podemos saber que a média da estatura de uma população específica seja, por exemplo, de 1,70m, mas não temos como dizer que a próxima pessoa que conhceremos dessa população terá 1,70m.

Não bastasse isso, esse caminho *do grupo para o indivíduo* passa pela extração dos *samples* que serviram para a construção de cada um dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva. Para que, apenas para efeito de argumentação, pudesse ser válida, em tese, a utilização de um instrumento atuarial de avaliação de risco de reiteração delitiva, seria imprescindível que a *população* que lhe serviu para construção fosse exatamente a mesma da pessoa a ser avaliada em todos os aspectos e características relevantes. Isso, contudo, é inatingível diante da extraordinária diversidade existente nas populações e diante das múltiplas implicações demográficas, culturais, sociológicas, econômicas constantemente cambiantes.

Desse modo, os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva nada dizem sobre a possibilidade de reiteração delitiva da concreta *pessoa* do caso particular em análise, único em suas nuances, antes relacionando determinadas características (*variáveis explicativas*) dessa pessoa com as de determinado grupo do passado, conforme modelos matemáticos preditivos construídos a partir de situações passadas, meramente correlacionadas estatisticamente.

314. STARR, Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination, p. 806.

315. *Ibid.*, p. 821–822.

4.2.2. Fatos para números: meras análises quantitativas.

O processo de transformação de fatos em números não é nem referido como problemático pelos estudos que servem de base para a construção dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva.

Por exemplo, o fato de o *avaliando* já ter sido preso, uma importante *variável explicativa* para os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, é uma experiência considerada igual, em todas as suas circunstâncias, para todas as pessoas – embora os fatos ensejadores de cada prisão possam ser impressionantemente diferentes, a começar pela diversidade de espécies de crimes existentes. Se estes já são, estruturalmente, muito diferentes entre si, a realização de cada um deles apresenta, por sua vez, especificidades fáticas com enorme variação. Crimes da mesma espécie podem ser praticados em situações completamente distintas, levando a necessárias análises e considerações variadas. Furtar um banco e furtar uma camiseta em uma loja de departamentos, em si, para análise de *periculosidade* para efeitos de reiteração delitiva, não pode ser considerada uma situação idêntica para fins de avaliação de risco.

Em si, a retratação da história criminal de alguém, em toda sua complexidade, passa por um processo de extraordinária *simplificação* nos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva; são deixadas de lado análises qualitativas, essas sim fundamentais para a predição de risco.

De fato, os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva trabalham com análises meramente quantitativas. E essa forma de análise vale para todas as *variáveis explicativas* com que lidam: os fatos passados, em sua riqueza de detalhes, que são as bases para qualquer juízo sobre predição do comportamento de um ser humano concreto, são transformados em meros números não apenas incapazes de abarcar a realidade, mas também dela distorcivos.

Esse processo de transformação de fatos em meros números também tem um efeito colateral grave: a não-discussão sobre as condições em que determinado fato ocorreu e a não-discussão sobre a validade de sua consideração como um dado; por exemplo, o fato de uma prisão é considerado como um dado objetivo independente, não se abrindo a possibilidade para que se possa analisar não apenas a pertinência daquela prisão ocorrida no passado para a análise de reiteração delitiva, mas também se a prisão em si mesma,

pela realidade de sua realização e dos fatos que a cercavam, poderia ser considerada como representativa de um possível cometimento de um fato ilícito penal. Não é possível a realização de juízos normativos nos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva.

Não há análises qualitativas nos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva. E, sem elas, não há como se proceder a prognósticos de comportamentos criminais futuros.

4.2.3. Correlação, e não causalidade.

Comumente confunde-se correlação com causalidade.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco cuidam da *correlação* entre *variáveis explicativas* e a *variável dependente* (no nosso caso, a reiteração delitiva). Eles nada dizem e tampouco pretendem demonstrar que, de uma *variável explicativa*, decorra determinada consequência. O que as *análises de regressão* almejam é permitir concluir, a partir de um limiar de significância estatística³¹⁶, que os eventos associados às *variáveis explicativas* “ocorrem com mais frequência juntos do que alguém poderia esperar pelo acaso³¹⁷”; contudo, “a correlação entre duas variáveis não implica que um evento tenha causado o outro³¹⁸”; conforme Daniel Rubinfeld:

A causalidade não pode ser inferida apenas pela análise de dados; em vez disso, deve-se ter em mente que apenas uma teoria causal subjacente é que pode explicar a relação causal entre as duas variáveis. Mesmo quando uma teoria apropriada for identificada, a causalidade nunca pode ser inferida diretamente da análise de dados. É preciso também procurar evidências empíricas de que exista uma relação causal. Por outro lado, o fato de duas variáveis estarem correlacionadas não garante a existência de um relacionamento... [e] a ausência de correlação não garante que a relação causal não exista³¹⁹.

Ingressamos, aqui, em um dos maiores equívocos de compreensão sobre os instrumentos atuariais de avaliação de risco: inexiste, nesse modelo,

316. Sobre a *análise de regressão*, ver o subcapítulo 2.1 – *Considerações gerais*.

317. RUBINFELD, Multiple Regression, p. 2.

318. *Ibid.*

319. *Ibid.*, p. 3.

qualquer teoria material causal sobre o prognóstico de reiteração delitiva³²⁰. Simplesmente, não são oferecidas quaisquer justificativas, a partir do modelo dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, sobre as razões que levariam alguém a cometer um comportamento criminal no futuro. Inexiste qualquer teoria material da *periculosidade*, a viga mestra em que se apoiam os próprios instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva; o que há, meramente, é a utilização da estatística para a realização de *correlacionamentos*. Não se sabe, por exemplo, se a *variável explicativa* “baixa idade” materialmente poderia ser concebida como um fator que apontaria para *reiteração delitiva*; pelos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, jamais encontraremos quaisquer respostas para isso ou para quaisquer perguntas que se relacionem à conexão material entre as *variáveis explicativas* e a *variável dependente*. Com o uso dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, apenas conseguimos concluir pela matemática existência de *correlação*, que, como veremos no próximo tópico, em si também é insegura, pois que, probabilística, é repleta de *falsos positivos* e de *falsos negativos*.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, contudo, dão uma aparência de *cientificidade*³²¹ à predição do cometimento de crimes a partir de uma linguagem que busca aparentar *causalidade*, quando, na realidade, tal *causalidade* é completamente ausente dos modelos. As consequências disso são, evidentemente, graves; conforme aponta Hannah-Moffat:

Em vez de entender que um indivíduo com uma pontuação de alto risco compartilha características com um grupo agregado de ofensores de alto risco, é provável que os profissionais percebam o indivíduo como um agente de alto risco. Em termos práticos, a correlação torna-se causalidade e o risco potencial é traduzido em certeza administrativa³²².

O modelo, assim, somente poderia ser concebido como *científico* no que concerne ao emprego da matemática para a análise da *correlação* entre as *variáveis explicativas* e a *variável dependente* – um alcance bastante reduzido em comparação com aquele apregoado pelos defensores dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva.

320. Como já tínhamos antecipados no subcapítulo 3.7 – *Uma justiça atuarial*.

321. Tema sobre o qual longamente nos detemos no Capítulo III.

322. HANNAH-MOFFAT, Kelly, *Actuarial Sentencing: An “Unsettled” Proposition*, *Justice Quarterly*, v. 30, n. 2, 2013, p. 278.

Meras *correlações estatísticas*, ínsitas ao funcionamento dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, não autorizam, nesse contexto, concluir pela possibilidade concreta de que determinada pessoa venha a cometer um crime no futuro. Para tanto, ao contrário de *correlações estatísticas*, seriam necessárias, no caso concreto, pesquisas e análises qualitativas de fatos e comportamentos do passado, de modo a descortinar possíveis *causalidades e tendências* que permitiriam, então, a construção de um juízo normativo sobre eventual comportamento criminal futuro³²³.

4.2.4. Falsos positivos e falsos negativos.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva apresentam altos índices de *falsos positivos* e de *falsos negativos*.

Tem-se um *falso positivo* quando o instrumento prevê a reiteração delitiva, mas esta não ocorre. Do ponto de vista fático, os *falsos positivos* jamais serão detectados pelo simples fato de a pessoa estar presa: estando segregada, ela jamais terá a possibilidade de decidir não realizar a conduta preedita. Tal pessoa nunca poderá provar que estaria dentro dos *falsos positivos*³²⁴. Trata-se do fenômeno denominado *excesso de predição (overprediction)*, que ocorre “em um embaraçoso grande número³²⁵” nos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva. Nos *falsos positivos*, a pessoa é presa “meramente porque algumas pessoas, com suas características, perderam sua liberdade porque cometem crimes na sequência e porque não sabemos o suficiente para separar os *falsos positivos* dos *verdadeiros positivos*”³²⁶.

Já o erro correspondente ao *falso negativo* ocorre quando se dá o inverso: quando os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva não identificam pessoas que, subsequentemente, viriam a cometer um crime.

O tema dos *falsos positivos* e *falsos negativos* está diretamente conectado aos riscos que um sistema jurídico decide por aceitar. Uma aversão a *falsos positivos* resultaria em exigências de probabilidade mais alta para a tomada de uma decisão pela prisão de alguém; por sua vez, uma aversão a *falsos negativos* resultaria

323. Sobre as possibilidades da realização de um juízo de predição de comportamento criminal futuro, cuidaremos no subcapítulo 4.4 – *Violação ao direito à liberdade: a desconsideração da autonomia*.

324. BUSKEY, Brandon; WOODS, Andrea, Making Sense of Pretrial Risk Assessments, *The Champion - NACDL*, 2018, p. 3.

325. HIRSCH; GOTTREDSON, Selective Incapacitation – Some Queries about Research Design and Equity, p. 15.

326. *Ibid.*, p. 32.

em um marco probabilístico mais baixo³²⁷.

É ínsito a todo instrumento atuarial de avaliação de risco de reiteração delitiva a ocorrência de *falsos positivos* e *falsos negativos*, sendo esperados e dimensionados por índices.

Contudo, os índices de *falsos positivos* e de *falsos negativos* não são informados diretamente às autoridades judiciais nos relatórios encaminhados pelas *Pretrial Services Agencies*. A forma de conhecer tais índices acaba por exigir, assim, que os próprios operadores do direito analisem *de per si* os estudos de construção e de validação da específica ferramenta que estão utilizando, o que, contudo, não é nada fácil de ser feito: às vezes, mais parece que apenas as *virtudes* dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, e não suas debilidades, é que acabam sendo apresentadas nos seus estudos de desenvolvimento e de validação³²⁸.

Se fossem informados diretamente às autoridades judiciais os índices de *falsos positivos* e de *falsos negativos*, poder-se-ia seriamente duvidar tivessem os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva a força, o prestígio e a influência que detêm no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América. Os índices de *falsos positivos*, considerando estarmos diante de uma decisão de decretação de uma prisão provisória, provavelmente não seriam tolerados, se amplamente divulgados. Da mesma maneira, se considerado o alto número de *falsos negativos*, de baixa prestabilidade também seriam tidas tais ferramentas estatísticas no que concerne à almejada proteção da sociedade.

Por exemplo, Julia Dressel e Hany Farid estudaram os índices de *falsos positivos* e de *falsos negativos* no COMPAS (*Correctional Offender Management*

327. Conforme expõem Hirsh e Gottfredson: "... tentar aliviar o problema dos falsos negativos agrava o problema de superdimensionamento e vice-versa. Se o pesquisador deseja identificar uma fração maior de reiterações reais em suas previsões, a linha de corte no instrumento preditivo deve ser diminuída, isto é, as previsões devem ser mais inclusivas. Isso, no entanto, aumentará acentuadamente a incidência já alta de falsos positivos. Por outro lado, se o pesquisador quiser reduzir o número de falso-positivos, a linha de corte pode ser aumentada e o instrumento será mais seletivo. Isso, no entanto, significará que o instrumento tenderá a perder um número ainda maior de recidivistas reais" (VON HIRSH; GOTTFREDSON, Selective Incapacitation – Some Queries about Research Design and Equity, p. 16).

328. Como acontece no importante, longo e detalhado estudo realizado por Marie VanNostrand e por Gena Keebler, intitulado *Pretrial Risk Assessment in the Federal Court*, cujo objetivo era claramente apresentar os benefícios derivados dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, de modo a expandir sua utilização; nada, absolutamente nada foi dito, nesse estudo, sobre os *falsos positivos* e *falsos negativos* (VANNOSTRAND, Marie; KEEBLER, Gena, *Pretrial Risk Assessment in the Federal Court*, [s.l.]: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE – OFFICE OF THE FEDERAL DETENTION TRUSTEE, 2009).

Profiles for Alternative Sanctions), já empregado em mais de um milhão de pessoas – tal estudo visava a verificar se haveria discrepância no número de *falsos positivos* e de *falsos negativos* entre brancos e negros³²⁹.

Primeiro, considerando um *sample* de 1000 casos, referidos autores chegaram às seguintes conclusões sobre as falsas predições do COMPAS: no que diz respeito aos *falsos positivos*, estes ocorreram no percentual de 40,4% para negros e no de 25,4% para brancos; quanto aos *falsos negativos*, os índices foram de 30,9% para negros e de 47,9% para brancos³³⁰; após, considerando 7214 casos, os índices de *falsos positivos* foram de 44,8% (para negros) e de 23,5% (para brancos), enquanto que os de *falsos negativos* foram de 28% (para negros) e de 47,7% (para brancos). Ou seja, nesse estudo, além dos altos índices de *falsos negativos* e de *falsos positivos*, se concluiu que os negros, de forma equivocada, foram preventivamente presos em quase a metade dos casos; já os brancos não foram preventivamente presos, embora o devessem, em também quase a metade dos casos.

Cite-se também que, em um estudo realizado por Melissa Hamilton, concluiu-se que o STATIC-99 – especificamente desenvolvido para a análise de reiteração delitiva em crimes sexuais, apresentava um índice de *falsos positivos* na ordem de 55% para a categoria *alto risco*³³¹, o que é um valor exorbitante e muito próximo às possibilidades do resultado de um cara-coroa no lançamento de uma moeda.

Ainda exemplificativamente, confira-se também o estudo conduzido por Jay P. Singh, Martin Grann e Seena Fazel tendo como objetos o LSI-R (*Level of Service Inventory-Revised*), o VRAG (*Violence Appraisal Guide*) e o SARA (*The Spousal Risk Assessment* – utilizado para a predição de crimes de violência doméstica); tais autores, para os casos tidos como de *alto risco de reiteração delitiva* por esses instrumentos, chegaram aos seguintes percentuais de *predição positiva média*: LSI-R, de 48%; VRAG de 39%; e SARA, de 37%³³². Predições, assim, abaixo dos resultados esperados de um par-ou-ímpar.

329. DRESSEL, Julia; FARID, Hany, The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism, *Science Advances*, v. 4, n. 1, 2018, p. 2.

330. *Ibid.*

331. HAMILTON, Melissa, Adventures in Risk: Predicting Violent and Sexual Recidivism in Sentencing Law, *Arizona State Law Journal*, v. 1, n. 47, , p. 32–34.

332. SINGH, Jay P.; GRANN, Martin; FAZEL, Seena, A comparative study of violence risk assessment tools: A systematic review and metaregression analysis of 68 studies involving 25,980 participants, *Clinical Psychology Review*, v. 31, n. 3, 2011.

Não bastasse isso, há, ainda, uma forma de mascaramento do alto percentual de *falsos positivos* e de *falsos negativos* nos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, que se dá com a utilização de formatos categóricos, e não numéricos, de comunicação dos seus resultados aos juízes. As formas categóricas apresentam não *percentuais* de probabilidade de reiteração delitiva, e sim graduações de risco, tais como “baixo, médio e alto risco”³³³.

O sistema categórico de comunicação do risco obscurece gravemente a compreensão e a necessária atenção que se deveria conceder ao tema dos *falsos positivos* e dos *falsos negativos*, tangenciando os sérios problemas atinentes à capacidade de predição dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva. Com o sistema categórico de comunicação de risco, opera-se uma absoluta extração do campo para o qual tais ferramentas estatísticas foram construídas, pois que passam a realizar juízos normativos. Dizer, por si só, que a probabilidade de 37% de reiteração delitiva é *alta* constitui-se, claramente, em algo absolutamente subjetivo, com dificuldades de aceitação consensual³³⁴, invadindo tema cuja consideração apenas a esfera decisória judicial está habilitada, qual seja, a ponderação e a graduação normativa do risco a partir do caso concreto³³⁵. Diga-se, ainda, que a forma categórica de comunicação do risco também pode levar: i) à equivocada interpretação de que indivíduos, sob a mesma categoria de risco, apresentariam um risco idêntico³³⁶; e ii) à equivocada utilização dos resultados como probatórios, em si mesmos, do risco.

Do que viemos expondo sobre o tema dos *falsos positivos* e dos *falsos negativos*, considerando os altos erros de predição intrínsecos a todo e qualquer

333. SCURICH, Nicholas, The case against categorical risk estimates, *Behavioral Sciences & the Law*, v. 36, n. 5, 2018, p. 556.

334. Não há, ademais, nem mesmo nenhuma discussão, no universo dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, visando a padronizar a relação entre valores percentuais de risco e as escalas categóricas de risco. Trata-se de uma escolha subjetiva de seus desenvolvedores, que engana sobre as severas limitações intrínsecas de predição dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva. Mesmo exames de DNA e de impressão digital fazem estimativas de forma numérica. Conforme Scurich: “As ciências forenses recentemente se afastaram de fazer declarações categóricas. Os analistas de DNA não relatam mais que as amostras “correspondem” ou não; em vez disso, eles fornecem uma estimativa numérica da probabilidade de que os perfis genéticos nas amostras coincidam por acaso (Robertson, Vignaux, & Berger, 2016). Os examinadores de impressões digitais também estão se afastando de fazer julgamentos categóricos (Neumann & Stern, 2016). Seria conveniente que o campo de avaliação de risco seguisse o exemplo. Embora sejam comuns e os tomadores de decisão expressem uma preferência por eles, as estimativas categóricas de risco não são um meio eficaz para promover uma tomada de decisão mais bem informada” (*Ibid.*, p. 562).

335. *Ibid.*, p. 559.

336. *Ibid.*, p. 558.

instrumento atuarial de avaliação de risco de reiteração delitiva, também pelo prisma enfocado neste subcapítulo, há se concluir pela *inadequação* de tais ferramentas preditivas, que são faticamente inaptas para o fim a que se destinam.

4.3. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO: A OPACIDADE DOS INSTRUMENTOS ATUARIAIS DE AVALIAÇÃO DE RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA.

Mesmo que eventualmente fosse superado o teste de *adequação* (o que fazemos apenas para efeito de argumentação), temos que os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva constituem um meio demasiadamente mais gravoso do que a decisão judicial em si no que diz respeito às possibilidades de o indiciado/acusado acessar e compreender o conteúdo decisório que conclui pela sua *periculosidade* (no primeiro caso, o acesso e a compreensão do *algoritmo preditivo*; no segundo, dos argumentos expostos pela autoridade judicial), restringindo indevidamente o exercício do *direito fundamental* à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição, que se encontra disposto, no âmbito processual penal, à proteção, em especial, do próprio direito fundamental à liberdade de locomoção). Noutras palavras, pelo prisma de análise eleito para este tópico, os instrumentos atuariais de avaliação de risco não superariam o teste da *necessidade*.

Muitos dos instrumentos de avaliação de risco de reiteração delitiva constituem *black boxes*³³⁷: ou seus algoritmos são secretos, ou as informações sobre os relativos pesos atribuídos às *variáveis explicativas* são difíceis de descobrir e, quando descobertas, até mesmo de entender. Mesmo instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva que são de acesso público apresentam difícil compreensão, mesmo por técnicos, do algoritmo preditivo³³⁸. Podemos saber como os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva foram alimentados (*inputs*) e seus resultados (*outputs*), mas

337. Consoante expõe Frank Pasquale: “O termo “caixa preta” é uma metáfora útil..., dado seu próprio significado dual. Pode se referir a um dispositivo de gravação, como os sistemas de monitoramento de dados em aviões, trens e carros. Ou pode significar um sistema cujo funcionamento é misterioso; podemos observar suas entradas (*inputs*) e saídas (*outputs*), mas não podemos dizer como um se torna o outro” (PASQUALE, Frank, *The Black Box Society – The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015, p. 3).

338. STEVENSON; SLOGOBIN, Algorithmic risk assessments and the double-edged sword of youth, p. 639.

a tarefa é difícil quando se trata de compreender como se deu o processamento dos *inputs* para os *outputs*.

Como regra, as *variáveis explicativas*, em suas escolhas, suas construções, seus pesos, seus escores, muitíssimas vezes restam opacizadas ao escrutínio público (e aos operadores do direito em particular); e, por meio dessa opacidade, há substanciais riscos de que venham a ingressar no direito decisões arbitrárias e subjetivas de seus desenvolvedores³³⁹, mesmo discriminatórias³⁴⁰.

A falta de transparência desses instrumentos aumenta ainda mais as chances de erro de predição, pois que a opacidade dificulta a realização de estudos avaliativos e críticos por terceiros independentes. Aliás, sem auditorias³⁴¹ e estudos independentes (por pessoas e instituições que não tenham absolutamente *conflitos de interesses*), não há, em última instância, nem como saber se um instrumento atuarial de avaliação de risco de reiteração delitiva cumpre aquilo que os estudos de seus desenvolvedores e validadores afirmam.

Diga-se, também, que não há obrigatoriedade, até hoje, de as empresas particulares que exploram os instrumentos atuariais de avaliação de risco revelarem seus algoritmos preditivos, inexistindo agências ou instituições que os fiscalizem nos Estados Unidos da América.

De fato, com os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva desenvolvidos por empresas privadas, a opacidade atinge seu ponto máximo. O exemplo mais destacado desse grave problema de falta de transparência pode ser observado no COMPAS (*Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions*)³⁴², vendido pela empresa *Northpointe, Inc.*, em que é vedado o acesso ao seu algoritmo preditivo por alegações de propriedade intelectual. Conforme estudo de engenharia reversa realizado por Stevenson e Slobgin, para se ter uma ideia das consequências da ausência de acesso ao algoritmo, no COMPAS a *baixa idade* do indiciado/acusado constitui-se em *variável explicativa* que compõe aproximadamente 60% da consideração do risco de reiteração delitiva, muito mais do que a história criminal e

339. HANNAH-MOFFAT, Actuarial Sentencing, p. 284.

340. *Ibid.*, p. 282.

341. FREEMAN, Katherine, Algorithmic Injustice: How The Wisconsin Supreme Court Failed To Protect Due Process Rights In *State v. Loomis*, **NORTH CAROLINA JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY**, v. 18, p. 32, 2016, p. 101.

342. As *variáveis explicativas* do COMPAS foram referidas no subcapítulo 2.2 – *Uma plethora de instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva*.

o crime por que responde o indiciado/acusado³⁴³, o que não é algo intuitivo e que precisaria ser de pleno conhecimento das autoridades judiciais.

A Suprema Corte do Estado de Wisconsin examinou se existiria um direito do acusado a acessar o algoritmo preditivo do COMPAS (de modo a verificar sua precisão e validade científica), direito este que se sobrepuasse, pois, ao direito ao sigilo decorrente do sistema jurídico de proteção à propriedade intelectual.

Trata-se do caso *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*³⁴⁴, que cuidava da utilização do COMPAS na aplicação de pena. Foi decidido pela manutenção da vedação de acesso ao algoritmo, sendo considerado lícito o impedimento do acusado às informações referentes ao *peso* das *variáveis explicativas* e à construção dos escores de risco. Para tanto, a Suprema Corte de Wisconsin afirmou, para denegar tal direito, em síntese, de forma pouco convincente, que: i) o acusado teria acesso ao relatório do COMPAS, que seria baseado nas informações prestadas pelo próprio acusado; ii) o acusado teria acesso ao manual do COMPAS, que explicaria como as informações seriam utilizadas para calcular os escores; iii) haveria estudos de validação do COMPAS.

De todo modo, determinou que todos os relatórios contendo informações sobre o COMPAS deveriam advertir os juízes de que:

- (1) a natureza proprietária do COMPAS tem sido invocada para impedir a divulgação de informações relacionadas à forma como os fatores são pesados ou como os escores de risco devem ser determinados;
- (2) a avaliação de risco compara os acusados a uma amostra nacional, mas nenhum estudo de validação cruzada para uma população de Wisconsin ainda foi concluído; (3) alguns estudos dos escores de avaliação de risco do COMPAS levantaram questões sobre se eles classificam desproporcionalmente os infratores pertencentes a grupos minoritários como tendo um risco maior de recidivar; e (4) ferramentas de avaliação de risco devem ser constantemente monitoradas e reformuladas quanto à precisão devido a mudanças nas populações e subpopulações³⁴⁵.

O acusado, Eric Loomis, recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos,

343. STEVENSON; SLOGOBIN, Algorithmic risk assessments and the double-edged sword of youth, p. 639.

344. Eric Loomis v. Wisconsin. 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

345. *Ibid.*

que denegou o *writ of certiori*, não tendo, assim, o caso sido conhecido. A Suprema Corte disse, contudo, que:

[o uso] de avaliações de risco atuariais levanta novas questões constitucionais que podem merecer a atenção deste Tribunal em um caso futuro ... Embora o requerente não pudesse ter tido acesso à metodologia da avaliação, essa informação não afetou a severidade da pena aplicada ... O requerente sugere (Pet. 14) que ele deveria ter o direito ao “acesso total” à fórmula que o COMPAS usa para produzir escores de risco a partir dos dados relevantes... a Cláusula do Devido Processo nunca foi entendida como “exigindo a [...] divulgação completa de toda a informação utilizada por um tribunal para a aplicação da pena”. *United States v. Eyraud*, 809 F.3d 462, 471 (9º Cir. 2015)... Os tribunais de apelação tem declarado uniformemente que as considerações dos juízes na aplicação da pena, que tenham por base uma recomendação confidencial, estão de acordo com o devido processo contanto que o acusado tenha a oportunidade de rever as informações factuais subjacentes invocadas na recomendação... Mas isso não significa que o uso de avaliações atuariais de risco na aplicação de pena será sempre constitucionalmente correto. Alguns usos de um algoritmo de avaliação de risco não divulgado podem levantar preocupações de violação ao devido processo – se, por exemplo, for negado ao acusado acesso às informações factuais sobre sua história criminal e pessoal, ou se suas pontuações de risco fizerem parte de uma “matriz” de condenação ou estabeleceram um “presumível” prazo de prisão³⁴⁶.

A opacidade do COMPAS, aplicadas as lentes brasileiras, seria concebida como violadora ao *direito fundamental* à ampla defesa e ao contraditório, que pressupõe um *direito à explicação*, concebido “não apenas como o direito a saber como o algoritmo do instrumento atuarial apoia a decisão, mas também como o próprio instrumento foi produzido”³⁴⁷.

No caso de *Winsconsin v. Loomis*, se o *direito à explicação* tivesse sido reconhecido, nas palavras de Iñigo de Miguel Beriain:

346. **Docket for 16-6387**, disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/docketfiles/16-6387.htm>>, acesso em: 18 jun. 2019.

347. BERIAIN, Iñigo De Miguel, Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process? A critical analysis of the Wisconsin v. Loomis ruling, **Law, Probability and Risk**, v. 17, n. 1, 2018, p. 46-47.

o réu teria tido acesso aos mecanismos que regem o COMPAS. De fato, o desenvolvedor deveria ter divulgado o segredo industrial e explicado como os métodos e processos automatizados do COMPAS funcionam na prática, incluindo como as pontuações de risco são selecionadas ou como os fatores são pesados, e deveria ter exposto seu código-fonte para o escrutínio do réu³⁴⁸.

No entanto, é também fundamental dizer que, mesmo que o acesso ao algoritmo fosse possibilitado em *Wisconsin v. Loomis*, pela natureza fechada do algoritmo, mesmo assim as dificuldades de compreensão dele seriam altíssimas, fato que geraria grande dificuldade ou mesmo a inviabilização do exercício do *direito fundamental* à ampla defesa e ao contraditório; de fato, mesmo que fosse exposto o algoritmo, ainda assim a defesa poderia restar exposta à prática de *ofuscação*, vale dizer, à prática da ocultação da informação pela sua colocação em meio a torrentes de informações desnecessárias e confusas³⁴⁹. Talvez apenas mesmo o emprego de algoritmos de códigos-fontes abertos pudesse auxiliar na abertura das *black boxes* de muitos dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva³⁵⁰.

A transparência não é um fim em si mesmo, mas um meio necessário para que se possa compreender o real funcionamento dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva. Não basta aos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva afirmarem-se científicos com base no argumento de que se utilizariam de modelos matemáticos de probabilidade; seria preciso mais, seria preciso que expusessem a totalidade de seus funcionamentos ao escrutínio constitucional e legal.

Não são os dados sobre o indiciado/acusado de *per si* que definem seu futuro, mas sim como esses dados são analisados algorítmicamente pelos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva. A opacidade e a ofuscação impedem o acesso e, quando este existe, a compreensão das razões que sustentam os resultados fornecidos, nos casos concretos, pelos

348. *Ibid.*, p. 47.

349. A *ofuscação* consistiria em “tentativas deliberadas de ocultação quando o sigilo foi comprometido. Por exemplo, uma empresa pode responder a um pedido de informações entregando 30 milhões de páginas de documentos, forçando o investigador a perder tempo procurando uma agulha no palheiro” (PASQUALE, *The Black Box Society – The Secret Algorithms That Control Money and Information*, p. 7).

350. BERIAIN, Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process?, p. 52; FREEMAN, Algorithmic Injustice: How The Wisconsin Supreme Court Failed To Protect Due Process Rights In *State v. Loomis*, p. 101.

instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, fato que repercute na indevida restrição ao *direito fundamental* à ampla defesa e ao contraditório. Não há como argumentar contra aquilo que não argumenta e só afirma, escondendo suas razões em complexas equações matemáticas e em miríades de dados, que, não bastasse isso, são ainda por cima escondidas do escrutínio público.

4.4. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE: A DESCONSIDERAÇÃO DA AUTONOMIA.

Mesmo que fossem eventualmente superados os testes da *adequação* e da *necessidade*, aplicados nos subcapítulos anteriores 4.2 e 4.3, os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva ainda assim seriam antijurídicos porque infringiriam, no campo da *proporcionalidade em sentido estrito*, o direito fundamental à liberdade na sua dimensão da *autonomia* (artigo 5º, *caput* e inciso II, da Constituição). Estruturalmente, não existe, em tais ferramentas preditivas, como *variável explicativa*, o próprio elemento *autonomia*³⁵¹, que é mais do que restrinido indevidamente: é excluído totalmente da ponderação.

Para este trabalho, *autonomia*, decorrência direta do direito fundamental à liberdade no seu sentido geral³⁵² (artigo 5º, *caput* e inciso II, da Constituição), é considerada como o direito de decidir, por si e com base em sua própria vontade, pela realização ou não de determinada ação, por *fazer* ou *não fazer algo*. Para Sarah Buss e Andrea Westlund:

351. O exercício da *autonomia*, nos âmbitos penal e processual penal, pressupõe estar-se diante de um agente imputável. Na forma do artigo 26, *caput*, do Código Penal, imputável é aquele que, não sendo portador de “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, era, ao tempo da ação ou da omisão, inteiramente capaz de entender “o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

352. Como já expusemos noutra oportunidade (SILVA, *A prisão em flagrante na Constituição*, p. 35–36): “A posição jurídica de liberdade tem como objeto uma alternativa de ação, podendo assim ser enunciada: A é livre (não livre) com respeito a B para fazer z ou não fazer z. Trata-se, na terminologia empregada por Robert Alexy, o enunciado acima, daquilo que ele denomina por liberdade negativa. Nesta, o objeto da liberdade é uma alternativa de ação; na liberdade positiva, o objeto da liberdade é, por sua vez, uma específica ação (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 214–215). A liberdade jurídica negativa apoia-se no conceito de permissão no sentido da negação de mandamentos e de proibições. Encontra duas variantes: a) a liberdade jurídica não-protégida e b) a liberdade jurídica protégida. A liberdade jurídica não-protégida refere-se a uma posição livre, qual seja, àquela em que, simplesmente, é permitido fazer ou deixar de fazer algo, podendo-se fundar em uma norma permissiva explicitamente estatuída ou no sistema jurídico que não contenha nenhuma norma de mandado ou de proibição (*Ibid.*, p. 219). A liberdade jurídica protégida, por sua vez, é aquela que traz consigo uma específica asseguração por intermédio de um conjunto de normas que a protejam (*Ibid.*, p. 225).

Para agir, alguém precisa iniciar a ação. E não se pode iniciar a ação sem esse alguém exercer o poder de fazê-lo. Como nada e ninguém tem o poder de agir, exceto o próprio agente, este, sozinho, tem a competência de exercer esse poder... todo agente tem uma autoridade sobre si mesma fundamentada, não em seu papel político ou social, nem em nenhuma lei ou costume, mas no simples fato de que somente esse agente pode iniciar suas ações... Para formar uma intenção de fazer uma coisa em vez de outra, um agente deve considerar seu próprio julgamento como um ser independente – mesmo quando esteja apenas perante um julgamento feito por terceiro cujo comando ou conselho deva seguir³⁵³.

Como aponta Jorge de Figueiredo Dias:

O homem não está aí como as coisas, nem meramente se ‘deixa ser’ como tudo o que vive, mas *tem que ser*, é para si mesmo uma tarefa absoluta que tem de cumprir. Se, por outro lado, o seu existir é dotado de sentido, isso significa que o homem tem de se decidir *a si e sobre si*, sem que se possa furtar-se a tal decisão: nesse sentido, o homem dá-se a si mesmo, através do que Max Müller chama de ‘opção fundamental’, a sua própria conformação. Desta perspectiva, o homem existe enquanto age e, no plano da ação, é-lhe oferecida uma série de possibilidades que parecem ser ‘indiferentes’. Mas a eleição da ação concreta, por elevação de um motivo possível a motivo real em razão da preferência do sentido ou do valor que apresenta para o agente na sua autorrealização, tem de ser reconduzida àquela outra através da qual o *homem se decide a si mesmo*, criando o seu próprio ser ou afirmado a sua própria essência. O homem *determina* a sua ação através da sua *livre* decisão sobre si mesmo. De sorte que aquilo que no plano da ação parece ser liberdade da indiferença, é no plano do existir a liberdade da decisão pelo próprio ser e sentido, a opção pela conformação da sua vida³⁵⁴.

Periculosidade e risco de reiteração delitiva na prisão preventiva são expressões amalgamadas nos Estados Unidos da América, perfazendo elementos de uma equação cujo resultado poderá desaguar na prisão preventiva de alguém.

A prisão preventiva visando a impedir a reiteração delitiva é exclusivamente *incapacitante*; sua própria existência constituiu-se fato revolucionário

353. BUSS, Sarah; WESTLUND, Andrea, Personal Autonomy, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, p. 4–5.

354. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, Culpa e Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 259.

na tradição do direito estadunidense, vindo a lume a partir da década de 1970³⁵⁵. E, como vimos, seria, ainda, conectada aos instrumentos atuariais de avaliação de risco, ligando-se a eles até hoje, tornando-se um termômetro dos mais destacados (se não o maior) do crescimento exponencial da *periculosidade* e da *incapacitação* como alicerces do sistema de justiça criminal nas últimas décadas nos Estados Unidos da América³⁵⁶.

Tais ferramentas estatísticas são arquitetadas para fornecer elementos para uma decisão judicial – a qual terá como principal objeto a deliberação sobre a prisão/liberdade provisória do agente. Não são, os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, institutos que em si encerram suas funções (não são um fim em si mesmos). Estão diretamente conectados e predispostos a informar o grau de risco de reiteração delitiva, informação de cuja necessidade, em última instância, não é original dos próprios instrumentos atuariais de avaliação de risco, antes provindo de fonte *externa*: a pergunta que almejam responder provém das necessidades da decisão judicial, que precisa estar munida de informações – no caso das prisões preventivas *extraprocedimentais*, sobre a *periculosidade* e o correspondente risco de novo comportamento criminal do agente.

Nessa linha de pensar, os instrumentos atuariais de avaliação de risco são, tecnicamente, auxiliares da decisão judicial, encontrando-se, primordialmente nesta última, a necessidade de *análise de periculosidade* para fins de reiteração delitiva. O instituto processual da prisão preventiva é o que concede a razão de ser dos instrumentos atuariais de avaliação de risco a ele conectados.

E, daí, surge um evidente questionamento: se os instrumentos atuariais de avaliação de risco devem espelhar as necessidades de análise de *periculosidade* e de *reiteração delitiva* imprescindíveis para a decretação de prisões preventivas *extraprocedimentais*, como tais conteúdos (*periculosidade* e *reiteração delitiva*) ingressaram na prisão preventiva?

Conforme já analisamos, nas prisões preventivas *extraprocedimentais*, nos Estados Unidos da América, isso se deu pelo progressivo sufocamento do elemento *autonomia*, o que decorreu não apenas de intervenções legislativas,

355. Tal como detidamente vimos no subcapítulo 3.5 – *O surgimento das prisões preventivas extraprocedimentais no direito estadunidense: o tombo da autonomia*.

356. Conforme vimos no capítulo III, em especial nos subcapítulos 3.4 – *As mudanças e continuidades do projeto positivista de meados de 1960 em diante*, 3.5 – *O surgimento das prisões preventivas extraprocedimentais* e 3.6 – *Um modelo administrativo de intervenção*.

mas também, e em grande medida, da atuação do Poder Judiciário³⁵⁷. Cada vez mais forte se fazia vitoriosa a lógica da *periculosidade*³⁵⁸, em meio a um intenso debate ocorrido nas décadas de 1970 e 1980, algo que não tivemos nem proximamente no Brasil. O grande tema de fundo, o conflito entre *autonomia* e *periculosidade*, foi diretamente enfrentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, resultando no categórico reconhecimento de que a prisão preventiva baseada no risco da reiteração delitiva reside no campo da *periculosidade*, sendo constitucional³⁵⁹. Não se tratou de nenhum equívoco perpetrado por razões diretas ou indiretas de quaisquer ordens. Não mesmo. De fato, sempre houve clareza de propósitos, tendo, desde a origem das discussões em torno da *extraprocedimentalidade* das prisões preventivas, se chamado a atenção para o fato que se deixava cada vez mais o continente da *autonomia* para ingressar no da *periculosidade* e da análise de riscos.

Não há, contudo, como se retirar, por completo, o elemento *autonomia* das análises e considerações sobre comportamento criminal futuro, tal qual é feito pelos instrumentos atuariais de avaliação de risco de forma radical (pois que total), muito além mesmo do que se esperaria (e do que, entendemos, seria autorizado ocorrer) no âmbito das *prisões preventivas extraprocedimentais*, calcadas que são, primordialmente, no elemento *periculosidade*.

Nos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, o futuro é visto a partir do passado, mas não um passado que é visto à luz da *autonomia*: um que é visto através da ótica exclusivamente do risco, decomposto em *variáveis explicativas*.

Simplesmente inexiste, nessa espécie de instrumento, como uma *variável explicativa*, a *autonomia*; aliás, em si, se fosse considerada, seria destrutiva da própria existência dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, pois que a *autonomia* absolutamente não se sujeitaria à captação por ferramentas estatísticas.

No comportamento futuro de perpetrar um crime, é evidente que a *autonomia* desempenha um papel central. Os instrumentos atuariais de

357. Como vimos no subcapítulo 3.5 – *O surgimento das prisões preventivas extraprocedimentais no direito estadunidense: o tombo da autonomia*.

358. Conforme expusemos no subcapítulo 3.4 – *As mudanças e as continuidades do projeto positivista de meados dos anos 1960 em diante*.

359. Consoante longamente examinamos, no subcapítulo 3.5 – *O surgimento das prisões preventivas extraprocedimentais*, ao apreciar o caso *United States v. Salerno*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

avaliação de risco de reiteração delitiva nada consideram, absolutamente nada dizem (e nunca poderiam) sobre a vontade humana. Ora, como excluir-se a *autonomia*, a *vontade humana*, de qualquer análise sobre o comportamento criminoso futuro dessa mesma *vontade*, pergunta-se. Isso é impossível. Aos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva falta, por conseguinte, de maneira categórica, o mais básico dos fatores preditivos: a análise da vontade humana.

As leis da probabilidade não domam nem diminuem o acaso: apenas acreditamos ter maior poder e controle sobre os fenômenos³⁶⁰. Quando o futuro reside em uma decisão humana, dela fica à mercê, em um espaço de alta complexidade de pensar e de atuar, com dinâmicas mudanças de táticas e comportamentos, inacessível para a captação por instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva.

A desconsideração de elementos volitivos repercute na compreensão do ser humano como um mero objeto, um bólido em uma trajetória de acento determinista.

A *periculosidade* sufoca a *autonomia*, e vice-versa. Também é verdade que, quanto mais relevância se der à *autonomia*, tanto menor será qualquer capacidade preditiva, seja essa análise baseada ou não em instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva. A própria prisão preventiva não existiria sob qualquer fundamento, mesmo que fosse de índole exclusivamente *endoprocedimental* (como o risco de fuga). No limiar do argumento, poder-se-ia dizer que um ser *autônomo*, a qualquer momento, poderia tomar decisões *ex novo*. E não realizar o risco.

Jamais será, mesmo em tese, possível o *equacionamento* entre *autonomia* e *periculosidade* na prisão preventiva no âmbito dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva. Apenas no plano decisório *humano*, da decisão judicial, é que tais *ponderações* encontram alguma possibilidade de *concordância*.

É preciso ser dito que as *variáveis explicativas*, situadas no campo da *periculosidade*, não têm vida própria para sustentarem de *per si* conclusões sobre a plausibilidade de reiteração delitiva: apenas a partir das lentes da *autonomia* é que se torna possível realizar realmente alguma predição de reiteração

360. HACKING, *The Taming of Chance*, p. 10.

delitiva. É preciso espaço jurídico para a *autonomia*. Do contrário, estar-se-ia a considerar as pessoas como sendo incapazes de tomar, no futuro, uma decisão individual adequada em face das exigências do ordenamento jurídico penal – conclusão que seria inconcebível em qualquer regime constitucional que prestigie e que reconheça a liberdade como um direito fundamental e base de seu sistema jurídico.

As prisões preventivas *extraprocedimentais* possibilitam encarceramentos com base em inespecíficos crimes futuros, sem exatos contornos dos fatos, o que é algo radical. A *autonomia*, corolário direto do direito fundamental à liberdade, obrigatoriamente deve entrar em linha primeira de proteção, reafirmando o entrechoque com a *periculosidade*, o que inocorre e, na realidade, seria impossível de ocorrer no âmbito dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva.

Em um plano não-estatístico, e sim de análises de ordem ético-normativo próprias da atividade jurisdicional, também inescapavelmente estaremos diante da necessidade da realização de prognósticos sobre comportamentos criminosos futuros. Estaremos também avaliando o passado e o presente de modo a tentar alguma possível conclusão sobre riscos de reiteração delitiva. Contudo, estaremos em um âmbito em que *periculosidade* e *autonomia* são consideradas de forma concomitante e ponderada, na linha do que estrutura o preceito da proporcionalidade³⁶¹.

Em realidade, para a predição de comportamento criminoso, é a *autonomia*, mais especificamente o seu *uso ilícito* no passado ou no presente, que possibilita considerações sobre eventual reiteração delitiva. De fato, somente quando a *autonomia* aponta para o mesmo sentido da *periculosidade* é que passamos a ter condições de deliberar sobre riscos de reiteração delitiva.

Com efeito, apenas podem ser considerados como *fatores de risco*³⁶² as

361. Conforme descrito no subcapítulo 4.1 – *O preceito da proporcionalidade*.

362. Falamos aqui em *fatores de risco* (também poderíamos utilizar muitos outros nomes, como *indicadores de risco*, *indicadores de reiteração delitiva*, *elementos de risco*, *indícios de risco*, *signos presuntivos de periculosidade*, etc), que indicam, também, *periculosidade*. É missão primacial do legislador apresentar quais seriam os *fatores de risco* de reiteração delitiva, para o que poderá valer-se de múltiplas fontes. À míngua de *fatores de risco* expressos na legislação – como se dá no nosso caso, em que, do conceito “ordem pública” precisamos defluir todo um sistema normativo de predição de reiteração delitiva, nada resta, a não ser ao juiz, promover tal análise, o que fará desassistido de balizas que agreguem segurança jurídica e previsibilidade. As prisões preventivas *extraprocedimentais* constituem medidas extremas, em que as pessoas são segregadas não pelo que fizeram, mas pelo que poderão fazer. Diante dessa excepcionalidade, seria fundamental que fosse estabelecido um regime jurídico restrito, com marcos regulatórios

circunstâncias que comportem sejam nelas inserido, para análise, o elemento *autonomia*. Todos os fatores de risco devem ser informados por vetores de *autonomia*. Para fins de predição delitiva, a *periculosidade* somente terá sentido se e somente quando se encontrar disposta na mesma direção da *autonomia*.

Por exemplo, para os instrumentos atuariais de avaliação de risco, a *história criminal* gera pontuações negativas que decorrem de fatos objetivos tais como prévios indiciamentos/acusações³⁶³. Todavia, nada se avalia sobre, concretamente, até que ponto tal *variável explicativa* em si poderia ser atribuída à *autonomia* da pessoa a ser avaliada. Seria imprescindível analisar em que condições se deu o indiciamento/acusação com vistas a aquilatar o possível grau de responsabilização pelo *uso ilícito da autonomia* nos fatos que estão por trás do próprio indiciamento/acusação, bem como a correspondente intensidade da participação do indiciado/acusado e a gravidade de sua conduta. Quanto maior for a presença do vetor *autonomia*, maior seria a força do *fator de risco*. Nada disso ocorre nos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva.

Já quando ausente o vetor *autonomia*, por decorrência, ausente também estará a possibilidade de considerações sobre determinadas circunstâncias como *fatores de risco*. Assim, *variáveis explicativas* que não poderiam ser submetidas à *autonomia* não poderiam, por decorrência, ser empregadas para fins de análise de reiteração delitiva. Ter 21 anos independe de qualquer decisão de quem tenha 21 anos de idade, embora, do ponto de vista preditivo, a baixa idade (jovens adultos) seja uma das mais poderosas *variáveis explicativas* para predição do risco de reiteração delitiva constante nos instrumentos

claros. Já as *variáveis explicativas* dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, como sabemos, provêm de estudos probabilísticos, servindo, uma vez validados, na sequência, como elementos para funcionamento da equação matemática cujo resultado aportará a probabilidade de uma ocorrência futura de reiteração delitiva. No entanto, a própria diversidade de variáveis explicativas, enumeradas às dezenas e mais dezenas (conforme vimos no tópico 2.2 – *Uma plethora de instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva*), aponta, mesmo quando utilizadas ferramentas estatísticas, para a impossibilidade de se chegar a consensos; ou seja, mesmo quando apenas aplicados critérios matemáticos, não existe nenhuma fórmula/equação na qual possam ser listadas *variáveis explicativas* que, de uma forma significativa, seriam uníssonas para o prognóstico de reiteração delitiva. Tais grandes disparidades dos instrumentos atuariais de avaliação de risco nos são didáticas para que observemos a impossibilidade mesmo de construções de quaisquer equações, por mais impressionantemente bem desenvolvidas que sejam, em que restem definitivamente estampadas variáveis de risco que apontem para a presença de inequívoca *periculosidade*.

363. O que, em si, é altamente problemático, consoante expusemos no subcapítulo 4.2.2 – *Fatos para números: meras análises quantitativas*.

atuariais de avaliação de risco³⁶⁴.

A consideração de *vetores* de autonomia, portanto, não apenas orienta a análise sobre os *fatores de risco*, mas vai muito além, por vezes, excluindo-os. Enorme quantidade de *variáveis explicativas* dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, de plano, exatamente por excluírem qualquer possibilidade de considerações a partir da *autonomia*, nem mesmo poderiam constituir, portanto, base para a análise de reiteração delitiva³⁶⁵.

Autonomia e periculosidade, assim, precisam ser consideradas concomitantemente nas prisões preventivas *extraprocedimentais*, ao contrário do que ocorre em um sistema atuarial de avaliação de risco, que apenas é capaz de analisar *periculosidade*, e não a *autonomia*. Para a predição de comportamento delitivo, *autonomia e periculosidade* precisam encontrar-se em um *continuum*, em um contexto compartilhado, em que, previamente, a *autonomia* se fez presente e aponta para uma utilização dela para o cometimento de nova atividade criminal.

Por sua vez, a complexa relação estabelecida entre *periculosidade e autonomia*, imprescindível para a análise de reiteração delitiva, apenas realmente pode ser avaliada em situações em que também seja possível analisar prévia possível conduta criminal. De fato, é na *história criminal*, considerada não apenas como a formal existência de documentos estatais que a registre, onde se situa o mais adequado contexto para o prognóstico de reiteração delitiva. Nela o *uso da autonomia* encontra-se retratado em fatos similares aos que se pretende evitar, permitindo possíveis concretas aferições.

É preciso ser dito que a história criminal pode ser composta de muitos fatos ou de um fato apenas – nesse caso, o crime por que responde o indiciado/acusado. Isso é irrelevante. O que é relevante é que seja possível argumentar e concluir³⁶⁶, a partir da apreciação do *uso da autonomia* quando do possível cometimento de um crime pelo agente, pelo risco de reiteração delitiva. Um exemplo. Tenhamos uma história criminal composta de apenas um fato.

364. Como vimos, por exemplo, no subcapítulo 4.2.4 – *Falsos positivos e falsos negativos*, ao analisarmos o COMPAS.

365. Tais como problemas relacionados à situação educacional, familiar, marital, financeira e de emprego, ausência de apoio familiar e social, debilidades de educação ou de treinamento para o emprego, baixa autoestima e tantas outras listadas no subcapítulo 2.2 – *Uma plethora de instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva*.

366. O que jamais será tarefa fácil, tendo-se em vista às exigências do preceito da proporcionalidade e da teoria do discurso racional-prático, nas linhas apresentadas no início deste capítulo 4.

Considere-se, por exemplo, um latrocínio perpetrado com a tomada de reféns e confrontamento das forças policiais, quando de um roubo a banco, tendo contra o autor desse ilícito penal sido requerida, posteriormente, a prisão preventiva. Nessa situação, não há prévios fatos a compor a *história criminal*, apenas aqueles que sustentam a elegibilidade da prisão preventiva para o caso concreto. Aqui, acopla-se ao *fator de risco* “história criminal”, inequivocamente, e com grande força, o vetor *autonomia*, sendo absolutamente viável a construção argumentativa no sentido de que é significativo o risco de novos e graves comportamentos criminais por parte desse agente, encontrando-se *periculosidade* e *autonomia* conjugadas em nível intenso no mesmo sentido. Neste caso, se decretada, a prisão preventiva ocorrerá em função do objetivo de evitamento de crimes futuros (a eles mirando), e não pelo cometimento dos crimes por que foi indiciado ou acusado o autor do ilícito penal.

Aliás, é preciso mais uma vez enfatizar: a reiteração delitiva é vista sempre em perspectiva, e não de forma retrospectiva. O que se analisa em retrospectiva é a *história criminal* para fins de que se procure vislumbrar futura possível reiteração delitiva. Para os fatos passados, a prisão preventiva é absolutamente incabível (para tais fatos, se comprovados e na hipótese de condenação, a pena é a medida de rigor). Prender por fato passado é *antecipação de pena*; a prisão preventiva segregada com base na perspectiva de *possível fato criminal futuro*.

Pode-se dizer, dessa maneira, que:

- a) podem ser considerados como *fatores de risco* de reiteração delitiva (as *variáveis explicativas* nos instrumentos atuariais de avaliação de risco) apenas aquelas circunstâncias que, analisadas à luz do elemento *autonomia*, tenham vinculação com o possível cometimento de um ilícito criminal;
- b) quanto mais preenchido determinado *fator de risco* por considerações sobre a *autonomia* que apontem para o mesmo sentido da *periculosidade*, com mais força será autorizado um juízo preditivo de reiteração delitiva;
- c) por constituírem as prisões preventivas *extraprocedimentais* um instituto da *periculosidade*, caberá à *autonomia* a necessária contraposição à essa, assumindo papel nuclear de salvaguarda de direitos fundamentais quando da realização do juízo de predição do risco de reiteração delitiva.

Tudo isso é inalcançável pelos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, que desconsideram, como vimos, a *autonomia* de

forma total, primando exclusivamente pela *periculosidade*, a que chegam meramente pela via da aplicação de métodos estatísticos, do que decorre severa violação ao direito fundamental à liberdade na sua dimensão da *autonomia* (artigo 5º, *caput* e inciso II, da Constituição).

4.5. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE: DISCRIMINAÇÃO INSTITUCIONAL.

O direito fundamental à igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição, aponta para a proibição da discriminação em todas as suas formas³⁶⁷.

De acordo com a norma com *status* constitucional inserida pelo Decreto-Legislativo nº 186/2008 – que, conforme o procedimento previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, internalizou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – discriminação é:

Art. 2º ... qualquer diferenciação, exclusão ou restrição..., com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Embora tal norma com *status* constitucional tenha, originariamente,

367. Como exposto por Roger Raupp Rios, a partir do enfoque dado pelo direito da antidiscriminação, há a compreensão do princípio da igualdade “como proibição de discriminação, atenta para as formas pelas quais o fenômeno discriminatório opera, bem como para a formulação de medidas positivas de sua superação decorrentes desta consciência... Neste desenvolvimento... foram forjados conceitos, princípios e categorias; foram delineados objetos de proteção e emergiram diferentes abordagens acerca da função do princípio da igualdade como proibição de discriminação” (RIOS, Roger Raupp, **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 14). Acerca da aplicação do preceito da proporcionalidade em face do princípio da igualdade, ver também ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 381–418; MICHAEL, Lothar, As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição do excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade, in: **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189–206; VELLOSO, Andrei Pitten, **O princípio da isonomia tributária**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33–116; VIEIRA, Oscar Vilhena, **Direitos Fundamentais: um leitura da jurisprudência do STF**, 2a. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2017, p. 257–408.

como seu *critério proibido de discriminação*³⁶⁸, a *deficiência*, sua aplicação – no que concerne à estruturação que faz das condutas, dos âmbitos de ocorrência e das modalidades de discriminação, é extensível a todos os demais *critérios proibidos de discriminação* por simples sucessivas substituições. Assim, poder-se-ia ampliar referida norma para fazer nela inserir, então, outros *critérios constitucionais proibidos de discriminação*. Empregando, por exemplo, os *critérios proibidos de discriminação* constantes no inciso IV do artigo 3º da Constituição, constitui-se *discriminação*:

... qualquer diferenciação, exclusão ou restrição por “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”..., com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro.

No que concerne à *intencionalidade* discriminatória, tal artigo 2º traz consigo duas modalidades de discriminação: a *direta*, quando há o *propósito* de discriminar (a chamada discriminação direta); e a *indireta*, quando há o *efeito* de discriminar (a discriminação indireta³⁶⁹). Nas palavras de Roger Raupp Rios:

368. Como leciona Roger Raupp Rios: “Os ordenamentos jurídicos adotam técnicas diversas no desenvolvimento do direito da antidiscriminação. Enquanto uns enumeram critérios proibidos de discriminação de forma taxativa por meio de legislação específica, outros contam apenas com previsões constitucionais genéricas e abstratas proibitivas de discriminação. Um terceiro grupo, por sua vez, adota um modelo misto, por meio da enumeração meramente exemplificativa dos critérios proibidos de discriminação. No primeiro grupo, a decisão sobre tais critérios é exclusivamente legislativa, enquanto nos demais compete aos tribunais enumerá-los ou adicionar novos critérios já previstos. Um sem-número de questões se coloca na aplicação de tais critérios de proibição, sem depender do grupo a que pertence cada ordenamento jurídico. O direito brasileiro e o direito norte-americano, mesmo com técnicas distintas, demonstram essa realidade. De fato a *equal protection doctrine*, elaborada pela Suprema Corte, assim como a enumeração exemplificativa contida no artigo 3º, inciso IV, da Constituição de 1988, demandam a definição dos critérios proibidos de diferenciação. No direito norte-americano, a Suprema Corte tem formulado, ao longo da história, um rol de classificações suspeitas e semi-suspeitas, isto é, uma enumeração de características cuja utilização pelo legislador é, a princípio, censurável constitucionalmente; no direito brasileiro, a abertura constitucional explícita para novos critérios proibidos exige decisões novas a cada momento da história” (RIOS, Roger Raupp, **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51–52).

369. Sobre os temas da discriminação direta e indireta, em profundo estudo sobre o direito da antidiscriminação, ver, por todos, Roger Raupp Rios, *Ibid.*, p. 89–154.

a menção específica a ‘propósito’ e ‘efeito’ no conceito geral de discriminação é significativa: mediante tais termos, o direito da antidiscriminação alcança não só práticas intencionais e conscientes (discriminação direta), mas também realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras mas efetivamente discriminatórias³⁷⁰.

O reconhecimento da *discriminação indireta* enquanto categoria permite uma compreensão “mais próxima da realidade discriminatória”. Conforme Rodrigo Silva:

Em muitos casos, a discriminação, por ser um fenômeno difuso, irá além das manifestações intencionais... Com a discriminação indireta, há o reconhecimento de padrões sociais discriminatórios, com um tratamento jurídico mais adequado às específicas desvantagens de indivíduos e grupos. Para tanto, a análise da aparência da neutralidade dos atos discriminatórios, além da violação de critérios proibidos de discriminação, mostra-se uma via a ser trilhada... A discriminação indireta contribui para a compreensão da complexidade presente na discriminação múltipla, pois permite a contextualização de padrões sociais geradores de discriminação para indivíduos e grupos³⁷¹.

Como uma das formas de discriminação *indireta*, sobre a qual se debruçará este trabalho, temos a *discriminação institucional*³⁷².

A discriminação institucional é aquela “estabelecida pelo direito, costumes e práticas que sistematicamente refletem e produzem inequidades baseadas em grupos em qualquer sociedade: uma instituição pode ser discriminatória independentemente de seus componentes terem a intenção de discriminar³⁷³”. Refere-se a “costumes, práticas e normas organizacionais que... são generalizadas... [e] tão comuns que parecem ser ‘normais’, [sendo]

370. *Ibid.*, p. 21.

371. SILVA, Rodrigo, **Discriminação Múltipla como Discriminação Interseccional: As conquistas do Feminismo Negro e o Direito da Antidiscriminação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 49–50.

372. Examinando tanto o direito estadunidense quanto o direito britânico, a partir do desenvolvimento da temática da *discriminação indireta*, conferir MCCRUDDEN, Christopher, *Institution Discrimination, Oxford Journal of Legal Studies*, v. 303, 1982.

373. HENRY, P. J., *Institutional Bias*, in: **The Sage Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination**, Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 2010, p. 427.

despercebidos por aqueles que não são os afetados adversamente³⁷⁴ – particularmente pelos grupos dominantes que não são vitimizados por ela ou não a sentem diretamente³⁷⁵.

Na discriminação institucional, padrões de discriminação passada são incorporados às instituições, sendo recriados sem quaisquer necessidades de intento³⁷⁶, tão profundamente integrados às normas e práticas institucionais que passam a ser *invisíveis*³⁷⁷. Trata-se de uma espécie discriminatória de caráter coletivo³⁷⁸, difusa tanto no nível dos perpetradores quanto no nível dos destinatários.

Sustentaremos, neste subcapítulo, que os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva geram *discriminação institucional*, violando o direito fundamental à igualdade (artigo 5º, *caput* e inciso XLI, c/c o artigo 3º, inciso IV, todos da Constituição), assim estruturando os argumentos:

- i) Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva acarretam o antijurídico *etiquetamento* da *periculosidade* (considerada como o *risco de determinada pessoa vir a cometer um crime no futuro*), que se constitui, assim, em uma *forma de discriminação* (inciso IV, *in fine*, do artigo 3º da Constituição), tornando-se um *critério proibido de discriminação*.
- ii) Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva também violam o direito fundamental à igualdade (artigo 5º, *caput* e inciso XLI, c/c o artigo 3º, inciso IV, todos da Constituição) na medida em que consubstanciam forma de manutenção e de perpetuação das discriminações múltiplas³⁷⁹ já existentes no sistema de

374. WARE, Leland, A Comparative Analysis of Unconscious and Institutional Discrimination in the United States And Britain, *Journal of International and Comparative Law*, v. 36, 2007, p. 119.

375. HENRY, Institutional Bias, p. 428.

376. KORN, Jane Byeff, Institutional Sexism: Responsibility and Intent, *Texas Journal of Women and the Law*, v. 83, 1995, p. 90.

377. *Ibid.*, p. 88.

378. Jane Byeff Korn, aliás, defende a substituição da denominação *discriminação institucional* por *discriminação coletiva*; para tal autora, o termo *discriminação institucional* tanto refletiria quanto fortaleceria uma ideia de ausência de poder para enfrentá-la, negando a responsabilidade individual pelas práticas institucionais e excluindo a possibilidade de alteração desse estado de coisas (*Ibid.*, p. 93–94).

379. Quando dois ou mais *critérios proibidos de discriminação* encontram-se presentes, temos a hipótese de *discriminação múltipla*, que pode ser concebida seja como “uma mera soma dos critérios proibidos de discriminação”, seja como “uma original forma de discriminação” (SILVA, Rodrigo, *Discriminação Múltipla como Discriminação Interseccional: As conquistas do Feminismo Negro e o Direito da Antidiscriminação*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 39), podendo, neste último

justiça criminal, exponenciando-as pelo efeito *catraca* que realizam.

Vamos ao desenvolvimento dos argumentos.

4.5.1. Discriminação institucional e o etiquetamento da periculosidade.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva são *antijurídicos* conforme já expomos nos subcapítulos:

- i) 4.2. *Violação ao direito fundamental à liberdade de locomoção: a inadequação dos instrumentos atuariais de avaliação de risco para a predição de reiteração delitiva.* a) *Os problemas G2I e de representatividade do grupo;* b) *Fatos para números, meras análises quantitativas;* c) *Correlação, e não causação;* e d) *Falsos positivos e falsos negativos.*
- ii) 4.3. *Violação ao direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório: a opacidade dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva.*
- iii) 4.4. *Violação ao direito fundamental da liberdade: a desconsideração da autonomia.*

Como imediata consequência disso, o *etiquetamento da periculosidade* (compreendida como o *risco de alguém vir a cometer um crime no futuro*), atribuído pelos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva a determinadas pessoas, é, portanto, também *antijurídico*. E, por consequência, o *etiquetamento da periculosidade* torna-se de *per si* um *critério proibido de discriminação*.

caso, ser compreendida como *discriminação interseccional*, que assim é conceituada por Rodrigo Silva: “A discriminação interseccional ocorre quando dois ou mais critérios proibidos interagem, sem que haja possibilidade de decomposição deles, em uma mesma situação discriminatória. A discriminação interseccional implica análise contextualizada, dinâmica e estrutural, a partir de mais de um critério proibido de discriminação. A discriminação baseada em mais de um critério deve ser vista sob a perspectiva qualitativa e considerando as experiências específicas do grupo subordinado. Assim, a discriminação interseccional fornece ferramentas para a identificação de estruturas de subordinação que ocasionam invisibilidades que perpetuam injustiças” (*Ibid.*, p. 45). E prossegue tal autor: “Um olhar qualitativo, com o entendimento sobre os reais fatores nos quais repousa a discriminação múltipla, pode ser alternativa à interpretação aditiva de critérios proibidos de discriminação, capaz de dar respostas jurídicas concretas às demandas sociais. A visão de que as identidades não se reduzem a uma essência única, assim como de que existem estruturas que reforçam diferenciações ilegítimas, pode dar ferramentas jurídicas mais adequadas” (*Ibid.*, p. 55).

A *discriminação* perpetrada pelos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva tem um profundo e inovador aspecto institucional, que decorre da lógica intrínseca do modelo *administrativo* e de *justiça atuarial* adotado³⁸⁰. Trata-se de um modelo *institucional* de controle social que se tornou competidor do modelo judicial, pretendendo-se superior porque alegadamente objetivo e científico.

Aqui, neste tópico, dedicar-nos-emos a cuidar do peculiar processo de *etiquetamento da periculosidade* levado a efeito pelos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, que engendra uma singular forma institucionalizada, embora não intencional, de discriminação no sistema de justiça criminal.

A *justiça atuarial*, na sua lógica de atingimento de resultados pelo emprego de procedimentos estatísticos, não está baseada em paradigmas normativos de justiça³⁸¹. Autocontida no processamento de dados³⁸² conforme determinada programação, importa-lhe, matematicamente, a eficiência preditiva máxima, de caráter correlacional. Para os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, o *perigo* é probabilístico³⁸³. E, pela utilização

380. Sobre tais temas já cuidamos nos subcapítulos 3.6 – *Um modelo administrativo de intervenção e 3.7 – Uma justiça atuarial*.

381. Justiça para o atuarial é algo bastante vago. Erros de predição (falsos positivos e falsos negativos), em valores de, por exemplo, 50%, não parecem atingir a concepção de justiça dos defensores dos instrumentos atuariais de avaliação de risco. Tampouco parece lhes preocupar o fato de os instrumentos atuariais de avaliação de risco não cuidarem da pessoa concreta em avaliação e meramente se valorem de generalizações e abstrações relativas a *samples* passados. Também não lhes parece ser ilícito que não se possa, nem mesmo, conhecer o funcionamento interno dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, seus algoritmos. Determinar o risco de reiteração delitiva de alguém com base em meras correlações e sem quaisquer análises sobre sua autonomia também não parece atingir a ideia de *fairness* dos que defendem os instrumentos atuariais de avaliação de risco. Justiça para o atuarial gira em torno de seu próprio eixo metodológico-matemático. O problema é que a justiça não pode ser reduzida a uma definição matemática simples e autocontida – a uma questão estatística. Confiando meramente em dados históricos e concepções atuariais, o que conseguiremos é nós prender às injustiças acumuladas do passado, e nossos algoritmos e seus produtos apenas servirão para perpetuar tais injustiças.

382. Nos dias de hoje, os dados estatísticos modernos fazem as vezes do grande confinamento do século XIX (como vimos no subcapítulo 3.1.3 – *A prisão: um laboratório. O processo de diferenciação*), que foi uma das molas propulsoras do positivismo criminológico. Hoje, vivemos o grande confinamento de nossos dados. Deles abeberam-se os instrumentos atuariais de avaliação de risco, sejam lá quais forem tais dados ou saibamos, ou não, da existência deles.

383. As concepções matemáticas de probabilidade, aliadas à informática, alteraram significativamente a forma de compreensão da realidade por diversos prismas: as ciências exatas deixaram, gradativamente, a causação cartesiana, substituindo-a pela probabilidade; as ciências experimentais passaram a ter, nas ferramentas estatísticas, a sua base de pesquisas, delas dependendo sua avaliação e credibilidade. E, também no plano das ciências sociais, cada vez mais, como bem analisa Ian Hacking, “o julgamento passou a ser substituído pelo cálculo” (HACKING, *The Taming of Chance*, p. 4). Passamos a compreender o mundo e os fenômenos sociais a partir de inferências estatísticas: “o mundo se tornou numérico” (*Ibid.*,

sem precedentes das leis da probabilidade nos sistemas de liberdade/prisão provisórias, com os instrumentos atuariais de avaliação de risco a discussão sobre a etiologia do crime, seus aspectos sociológicos, morais, jurídicos, deixaram de ser relevantes para a predição de comportamento criminoso, embora sumamente sejam para a realização de juízos normativos³⁸⁴. Trata-se de uma guinada *institucional* na forma do *etiquetamento da periculosidade*, em que ocorre uma mudança do paradigma tradicional de justiça criminal, “estruturada em torno das ideias de moralidade, culpa e responsabilidade individual, para um novo discurso atuarial, que emprega a linguagem da probabilidade e da estatística visando a administrar, controlar e *incapacitar* membros de grupos de *alto risco*”³⁸⁵.

Tais ferramentas estatísticas situam, todos os anos nos Estados Unidos da América, centenas de milhares de pessoas em *grupos de pessoas perigosas*, assim etiquetando-as segundo somente seus critérios matemáticos de probabilidade. Assim o fazendo, estigmatizam concreta e individualmente milhares de pessoas, de forma *antijurídica*, como *criminosos futuros em potencial*. A utilização da expressão *alto risco*, nos resultados dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, etiqueta o *avaliando moralmente*³⁸⁶; contudo, por ser a *periculosidade* um conceito essencialmente normativo, próprio à avaliação judicial do caso concreto na prisão preventiva³⁸⁷, jamais poderia ela (a *periculosidade*) ser aferida a partir de *antijurídicos* critérios matemáticos-probabilísticos. Se os instrumentos atuariais de avaliação de risco não têm a aptidão de

p. 5). A probabilidade trouxe duas consequências marcantes: para as ciências naturais, a indeterminação física; e, para as ciências sociais, o controle social. Novas conotações de normalidade e de desvios foram trazidas pelas leis da probabilidade. Contudo, quanto maior o indeterminismo, maior a necessidade do controle e maior o nível de controle esperado. Passou-se a buscar controlar o acaso. Eis a missão última dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva.

384. De fato, as variáveis explicativas dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, na realidade, em nada dependem de teorias materiais que as sustentem; antes, dependem somente de que estejam matematicamente correlacionadas à variável dependente (no nosso caso, à reiteração delitiva). Não se precisa de alguma teoria material que aponte que pessoas jovens tenham eventual maior probabilidade de cometerem crimes (como vimos no subcapítulo 4.2.3 – *Correlação, e não causalidade*, ao analisarmos o peso da variável explicativa “baixa idade” no COMPAS); o que importa é que, matematicamente, com base em dados provenientes de determinada população de amostragem, isso reste aceitável conforme critérios de segurança matematicamente construídos. Na justiça atuarial, o crime é tratado como um fato social inevitável que se busca impedir, anulando-se considerações sobre múltiplos de seus componentes (sociais, econômicos, morais).

385. MEYERSON, Denise, Risks, Rights, Statistics and Compulsory Measures, *Sidney Law Review*, v. 31, 2009, p. 507–508.

386. STEVENSON; SLOGOBIN, Algorithmic risk assessments and the double-edged sword of youth, p. 644.

387. SCURICH, The case against categorical risk estimates, p. 559.

avaliar, concretamente, a pessoa sob análise (como temos visto até aqui, isso é inalcançável para tais ferramentas estatísticas³⁸⁸), com muito menos razão poderiam definir tal pessoa como apresentando um *alto risco* de reiteração delitiva, estigmatizando-a dessa maneira. Uma vez feita a *etiquetação* de alguém como *possível futuro* perpetrador de ilícitos penais, as estigmatizações próprias desse momento incidem em um elevado patamar, às vezes muito superior à aplicação da sanção penal por fato passado.

Temos, aqui, *perigosos* “matematicamente calculados”, assim *etiquetados* por alegados processos de neutralidade científica. Esconde-se, contudo, que são selecionadas para análise dessas ferramentas preditivas apenas algumas específicas situações de risco³⁸⁹, tais como aquelas relacionadas a crimes sexuais, crimes violentos, crimes envolvendo drogas e criminalidade comum; ficam de fora, na realidade, muitas outras hipóteses relacionadas, por exemplo, a crimes ambientais, financeiros, de sonegação fiscal, crimes econômicos. De fato, os instrumentos atuariais de avaliação de risco foram desenvolvidos para aqueles riscos cuja detecção dá-se de forma massiva, e não para crimes que, embora possivelmente muito graves, se encontrassem em uma zona de menor atenção, detecção e interesse, muitas vezes praticados pelas camadas social e economicamente mais abastadas e protegidas da sociedade. O risco de reiteração delitiva não é algo, assim, que seja considerado de forma realmente geral, mas em si já discriminatória: por decorrência da *incapacitação seletiva*³⁹⁰ nos moldes em que realizada, opera-se, como sua contraface, com os instrumentos atuariais de avaliação de risco, uma *indetecção seletiva*³⁹¹.

388. Conforme almejamos demonstrar no subcapítulo 4.2.1 – *Os Problemas I2G e de representatividade do grupo e 4.2.3 – Correlação, e não causação*.

389. Vale dizer, aquelas que se encontram no âmago do recrudescimento do direito penal a partir do final da década de 1960 – como vimos no subcapítulo 3.4 – *As mudanças e continuidades do projeto positivista de meados dos anos 1960 em diante*.

390. De que tratamos no subcapítulo 3.4.2 – *Incapacitação*.

391. Esse processo de *indetecção seletiva* poderia (e mesmo mereceria) ser analisado, em oportunidade futura, à luz do *labeling approach*, teoria esta que é profícua na exposição das diversas discriminações ocorrentes nos processos de “*identificação dos criminosos*” – e da *etiquetação* de pessoas e/ou grupos como tais, a chamada *criminalização secundária*. Nas palavras de Figueiredo Dias e de Costa Andrade: “O labeling parte do princípio de que a *deviance* não é uma qualidade ontológica da ação, mas antes o resultado dum reacção social e que o delinquente apenas se distingue do homem normal devido à estigmatização que sofre. Daí que o tema central desta perspectiva criminológica seja precisamente o estudo do processo de interacção, no termo do qual um indivíduo é estigmatizado como delinquente. Este deixa, assim, de ser o protagonista do campo da criminologia, sendo sub-rogado pelos outros, que adscrevem, estigmatizam, manipulam e degradam. Dito noutros termos, são as instâncias de reacção e controlo que passam a constituir o principal objeto de estudo do labeling” (DIAS; ANDRADE, *Criminologia*:

O mecanismo de *etiquetamento da periculosidade*, no plano dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, opera-se de forma radical, pois que escorado no verniz científico e objetivo da estatística e da matemática, e impressionantemente impessoalizado – em um modelo institucional que busca retirar do humano significativa parcela da decisão: o algoritmo assume, então, a dianteira para a *constituição* do risco de *futuro desvio*. Com efeito, o *etiquetamento da periculosidade* decorre do próprio funcionamento dos mecanismos de detecção dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, não sendo tais riscos nem ônticos nem ínsitos à pessoa avalianda. Tais riscos, trabalhados pelos instrumentos atuariais de avaliação de risco, são, na realidade, estáticos e deterministas: eles é que constituem o *futuro desvio*, perfazendo uma discriminação de cunho estatístico³⁹², com “o uso de tendências de grupo como uma forma de aferição indireta de características individuais³⁹³”. A discriminação, então, fica “sanitizada pela linguagem científica”³⁹⁴. Acerca disso, Dominique Robert retrata que:

... enquanto a justiça atuarial e a noção de risco sugerem neutralidade e objetividade, as práticas atuariais são marcadas por gênero, cultura e subjetividade. Investidas com uma aura de ciência e racionalidade, as práticas atuariais escondem os processos políticos por trás da construção do crime, a identificação de segmentos da população como ofensores de alto risco e a exclusão resultante das medidas de proteção “necessárias”. Finalmente, a justiça atuarial isola o sistema de justiça criminal das finalidades sociais que antes eram medidas de seu valor³⁹⁵.

O *etiquetamento da periculosidade* opera-se com a atribuição de *perfis* de risco ao invés de considerações individuais sobre uma pessoa concreta, em um modelo de cunho majoritariamente administrativo, voltado à captação e

O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena, p. 49–50; nessa obra, conferir também p. 159 e ss, 342 e ss. e 365 e ss). Sobre a teoria do *labeling approach*, sugere-se, ainda: ROCK, The Foundations of Sociological Theories of Crime; HASSEMER; MUÑOZ CONDE, **Introducción a la Criminología**, p. 155–170.

392. ARROW, Kennet J., The Theory of Discrimination, *in: Working Papers* n. 403, Princeton: [s.n.], 1971.; PHELPS, Edmund S., The Statistical Theory of Racism and Sexism, **American Economic Review**, v. 62, n 4, 1972.

393. STARR, Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination, p. 827..

394. *Ibid.*, p. 804.

395. ROBERT, Actuarial Justice, p. 13.

administração do risco³⁹⁶. Suplanta-se a ideia da justiça para o indivíduo em favor de uma racionalidade de sistema, o que ocorre de forma vertiginosa nos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva: eles respondem à demanda de administração de todo um sistema de encarceramento massivo (com mais de 10 milhões e quinhentas mil novas prisões provisórias, no ano de 2016, nos Estados Unidos da América, por exemplo³⁹⁷), que teria enormes dificuldades de funcionamento se decisões realmente individualizadas, com análises qualitativas-preditivas, fossem seu alicerce.

Nesse modelo institucional, aquele tido por *perigoso* e possível *perpetrador futuro de crimes* tem como sua real contraparte um algoritmo dotado de gigantescas capacidades de análise de dados e de realizações de cálculos de probabilidade. E, talvez, em um futuro próximo, tais algoritmos sejam ainda mais poderosos no *etiquetamento* que realizam da *periculosidade*. Um provável próximo passo possivelmente será a utilização de inteligência artificial e *machine learning*³⁹⁸ para a predição do cometimento de crimes, que, daí sim,

396. Como vimos nos subcapítulos 3.6 – *Um modelo administrativo de intervenção* e 3.7 – *Uma justiça atuarial*.

397. No ano de 2016, houve 10.662.252 novas prisões provisórias nos Estados Unidos da América, segundo informações compiladas pelo *Vera Arrest Trends*, do Instituto Vera (VERA INSTITUTE, Vera Arrest Trends, 2019).

398. Pode-se compreender *inteligência artificial* como o “campo da inovação científica e tecnológica que almeja criar máquinas, agentes artificiais e, até mesmo, sistemas complexos que mimetizam funções cognitivas, tais como o pensamento, o aprendizado e a solução de problemas, próprias dos humanos” (PAGALLO, Ugo, *The impact of AI on criminal law, and its two fold procedures*, in: BARFIELD, Woodrow; PAGALLO, Ugo (Eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, [s.l.]: Edward Elgar Publishing, 2018, p. 385). Por sua vez, *machine learning* pode ser concebido como o “processo de modificação de cada componente do agente de modo a levar todos os seus componentes cada vez mais para um acordo, valendo-se nesse processo das informações de *feedback* disponíveis, assim melhorando-se cada vez mais a performance geral do agente” (RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter; DAVIS, Ernest, *Artificial intelligence: a modern approach*, 3rd ed. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2010, p. 57). De seu turno, Nizan Geslevich Packin e Yafit Lev-Aretz, conectando *inteligência artificial* com *machine learning*, argumentam que: “O termo ‘inteligência artificial’ foi sujeito a uma variedade de definições que enfatizam diferentes aspectos da inteligência. Como apenas humanos são universalmente reconhecidos como inteligentes, todas as definições de inteligência se relacionam com a inteligência humana: algumas se concentram no pensamento racional humano, enquanto outros giram em torno do comportamento humano. Apesar de as tecnologias de inteligência artificial não terem conseguido atingir as capacidades humanas de cognição, tentativas de melhorar a inteligência artificial ganharam considerável tração nos anos recentes. Os sistemas de computadores inteligentes usam ‘agentes inteligentes’ programados para realizar tarefas e alcançar determinados resultados. No que foi denominado *machine learning*, esses agentes inteligentes aprendem, com base em conjuntos de dados, quais algoritmos podem ser executados para atingir um objetivo prescrito. Em um ambiente não-familiar, os agentes, então, recorrem a seus conjuntos de dados para obter melhores resultados, fazendo ajustes finos em seu comportamento ao longo do tempo com base nos resultados acumulados. Ao contrário de técnicas estatísticas tradicionais que começam especificando uma equação matemática – que expressa uma variável de resultado em função das variáveis explicativas selecionadas a serem aplicadas posteriormente aos dados, o *machine learning*

levarão os instrumentos atuariais de avaliação de risco a níveis inimagináveis. Se hoje, ainda sem a utilização de inteligência artificial, os instrumentos atuariais de avaliação de risco já se passam por ferramentas científicas em face da linguagem causal/descriptiva que empregam (embora apenas sejam correlacionais), com a inteligência artificial sua aceitabilidade ganhará significativos incrementos, fortalecendo-se ainda mais sua venerável aparência científica³⁹⁹. Por sua vez, dos instrumentos atuariais de risco de reiteração delitiva derivarão possíveis colossais violações a muitos outros direitos fundamentais além dos que já viemos apreciando (como os direitos fundamentais à vida privada,

não é paramétrico e não envolve planejar previamente qualquer modelo matemático em particular. São os dados que determinam como as informações nas variáveis de entrada serão posicionadas para prever o valor de uma variável de saída. A combinação de foco não paramétrico junto com o processo de aprendizado do algoritmo supera as técnicas estatísticas padrão". (PACKIN, Nizan Geslevich, Learning algorithms and discrimination, *in: BARFIELD, Woodrow; PAGALLO, Ugo (Eds.), Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, [s.l.]: Edward Elgar Publishing, 2018, p. 88–89).

399. Dados e resultados matemáticos têm o poder de gerar aquilo que a psicologia social denomina por efeito de ancoragem – *anchoring effect* (ORR, Daniel; GUTRHIE, Chris, Anchoring, Information, Expertise, and Negotiation: New Insights from Meta-Analysis, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 21, 2006, p. 597; PRESCOTT, J. J.; STARR, Sonja B., Improving Criminal Jury Decision Making After the Blakely Revolution, *SSRN Electronic Journal*, 2005, p. 325–326). Em conformidade com Gretchen Chapman e Eric Johnson: "Os efeitos de ancoragem costumam ser explicados em conjunto com a ideia de um ajuste insuficiente longe da âncora. O nome 'ancoragem e ajuste' implica um processo cognitivo específico, no qual os tomadores de decisão primeiro se concentram na âncora e, em seguida, fazem uma série de ajustes dinâmicos em direção à sua estimativa final. Como esses ajustes são insuficientes, a resposta final é enviesada em direção à âncora" (CHAPMAN, Gretchen B.; JOHNSON, Eric J., Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgments of Belief and Value, *in: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Orgs.), Heuristics and Biases*, 1. ed. [s.l.]: Cambridge University Press, 2002, p. 9–10). Analisando as consequências do efeito de ancoragem sobre juízes, Mark Bennett expõe que: "Princípios bem estabelecidos de viés cognitivo, conhecidos como "efeito de ancoragem", minam os julgamentos. Ou seja, a exposição a uma 'âncora' numérica mina a solidez dos julgamentos subsequentes, ancorando esses julgamentos ao marco numérico. A história e a amplitude dos estudos psicológicos cognitivos demonstram que a natureza poderosa da ancoragem em julgamentos subsequentes ocorre em todos os contextos de julgamento. Surpreendentemente, o efeito de ancoragem distorce os julgamentos mesmo quando a âncora é incompleta, imprecisa, irrelevante, implausível e até aleatória. Os estudos de ancoragem envolvendo juízes estabelecem que eles são tão suscetíveis quanto qualquer um ao efeito de ancoragem. Esses estudos também mostram que os juízes não são isolados do efeito por sua especialização e conhecimento" (BENNETT, Mark W., Confronting Cognitive "Anchoring Effect" and "Blind Spot" Biases in Federal Sentencing: a Modest Solution for Reforming a Fundamental Flaw, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 104, 2014, p. 533). No estudo *Inside The Judicial Mind*, realizado com 167 juízes-magistrados federais dos Estados Unidos da América, conclui-se que os juízes são submetidos aos mesmos efeitos de ancoragem de leigos, afirmado-se que: "os juízes apoiam-se no mesmo processo de tomada de decisão cognitiva que leigos e outros especialistas, o que os deixa vulneráveis às ilusões cognitivas que podem produzir julgamentos ruins. Mesmo que os juízes não tenham preconceito ou preconceito contra qualquer litigante, entendam completamente a lei relevante e conheçam todos os fatos relevantes, eles ainda poderão tomar decisões errôneas sistematicamente sob algumas circunstâncias, simplesmente por causa de como eles – como todos os seres humanos – pensam" (RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J.; GUTRHIE, Chris, Can judges make reliable numeric judgements? Distorted damages and skewed sentences, *Indiana Law Journal*, v. 90, 2015, p. 829).

à intimidade e mesmo à liberdade de consciência e de pensamento), pois que, sendo possível a utilização de *search aggregators*⁴⁰⁰ sobre *big data*⁴⁰¹, será viável a utilização de ferramentas estatísticas sobre a totalidade das circunstâncias de uma pessoa e em tempo real, com ainda maiores perigos decorrentes de agregações inocentes⁴⁰². Será um tempo em que, possivelmente, não mais nem mesmo tenhamos capacidade de compreender as correlações feitas pelas máquinas. E um tempo sombrio, em que o próprio funcionamento de um sistema preditivo baseado em *big data* deverá modificar a forma como os indivíduos agem⁴⁰³.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva constituem, assim, graves mecanismos de *discriminação institucional* ao *etiquetarem*, de forma *antijurídica*, pessoas como *perigosas*, o que o fazem por decorrência da lógica intrínseca do modelo *administrativo* e de *justiça atuarial* adotado, que, no âmbito da prisão preventiva, pretende-se não apenas competidor do modelo judicial, mas também superior porque apregoados como objetivo e científico.

4.5.2. Discriminação institucional e o efeito catraca

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco, ao predizerem a prática futura de crimes (ou sua possibilidade), fortalecem ciclos de encarceramento mais profundos. Eles acabam por reproduzir discriminações que já se encontram nos dados, incrementando os processos discriminatórios, pois que seu combustível provém do próprio sistema de justiça criminal; são absolutamente

400. *Search aggregators* são *motores* de metapesquisa na *internet*, que colhem resultados de múltiplos sites de pesquisa simultaneamente.

401. O termo *big data* constitui-se “uma expressão que tipicamente é aplicada às ferramentas de inteligência artificial... que fazem pesquisas sobre vastas fontes de dados além daquelas estruturadas em bancos de dados padrão” (LOHR, Steve, How Big Data Became So Big, *The New York Times*). *Big data* refere-se à “acumulação e a análise de enormes conjuntos de dados... Jules Berman descreve *big data* utilizando os ‘três Vs’. Primeiro, há um grande volume de dados. Segundo, enorme variedade de dados encontra-se em diferentes formas, incluindo conjuntos de dados tradicionais, imagens, documentos e registros complexos. Terceiro, a velocidade – os conteúdos dos dados estão constantemente mudando” (FERGUSON, Andrew Guthrie, Big Data and Predictive Reasonable Suspicion, *SSRN Electronic Journal*, 2014, p. 352).

402. Sobre o tema das *agregações inocentes*, ver FERGUSON, Big Data and Predictive Reasonable Suspicion, p. 341–348.

403. Conforme expõe Andrew Ferguson: “Possuir informações sobre cada indivíduo e deixar os cidadãos saberem que o governo possui tais informações pode, por si só, moldar as escolhas individuais. Os cidadãos poderão estar mais relutantes em se associar a certos grupos, participar de certas atividades ou até assumir posições políticas por causa das informações que o governo conhece sobre suas vidas particulares. A coleta de informações pode ser tão ameaçadora quanto seu uso potencial” (*Ibid.*, p. 404).

incapazes de discernir situações de discriminações *indireta* e mesmo *direta* já constantes nos dados.

Inexistindo quaisquer dados sobre os *reais índices* de criminalidade, todos os dados dos instrumentos atuariais de avaliação de risco provêm de informações colhidas sobre e do próprio sistema de justiça criminal. No caso da predição do risco delitiva, daqueles casos em que houve reiteração delitiva, correlacionando-se a esta última, em face de populações pretéritas estanques, *variáveis explicativas* que, como sabemos, não apresentam nenhuma explicação causal. Assim, os fenômenos discriminatórios, altamente presentes no sistema de justiça criminal⁴⁰⁴, restam reforçados nos instrumentos atuariais de avaliação de risco, que apontarão como candidatos à prisão mais e mais pessoais com as características das populações já sujeitas a diversas experiências discriminatórias, que, por sua vez, serão presas e gerarão mais dados sobre prisões, e mais os instrumentos atuariais de avaliação de risco essa realidade captarão e assim sucessivamente. Este constante *apertar* e *pressionar*, sem volta, perfaz, exatamente, o efeito catraca – *ratchet effect*, cunhado por Bernard Harcourt e assim por ele sintetizado:

A razão, em essência, é que quando nós fazemos perfis, estamos essencialmente a fazer mais amostras de uma mesma população mais vulnerável. Em vez de fazer amostragens aleatoriamente – o que resultaria em uma representação proporcional da população infratora – retiramos amostras em maior número de um grupo de ofensores tidos por mais frequentes e, assim, distorcendo os resultados da nossa amostra⁴⁰⁵.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, por impossibilidade absoluta, não têm como se sustentar em *randomizações*, sendo-lhes tecnicamente inviáveis análises aleatórias. O objetivo deles, na realidade, é domar a aleatoriedade em termos probabilísticos, para o que é imprescindível a existência de dados estruturados.

Com um pretenso viés científico, os instrumentos atuariais de avaliação

404. ALEXANDER, Michele, *The New Jim Crow – Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, New York: The New Press, 2012; WACQUANT, Loïc, *The Place of the Prison in the New Government of Poverty, in: After the War on Crime – Race, Democracy, and a New Reconstruction*, New York: New York University, 2008.

405. HARCOURT, *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, p. loc 871..

de risco de reiteração delitiva acabam por contribuir para a exagerada percepção social (e mesmo dos atores do sistema de justiça) de que a criminalidade seria, em grande medida, atribuível a determinados grupos sociais (negros e latinos em especial, nos Estados Unidos da América), os quais foram e vêm sendo mais selecionados pelo sistema de justiça criminal. Incrementam-se, nesse ciclo, os estereótipos de discriminação da população em geral e dos aplicadores da lei em especial. Enquanto o *efeito catraca* gira e mais aperta, uma profusão de efeitos criminogênicos são gerados:

.. compromete-se ainda mais a capacidade do grupo-alvo para obter emprego ou buscar oportunidades educacionais. Também pode ter um efeito de deslegitimização no sistema de justiça criminal que pode levar os membros descontentes do grupo objeto do perfil a desrespeitarem a lei criminal em uma espécie de reação contra preconceitos percebidos ou reais. E isso pode corroer as relações entre a comunidade e a polícia, dificultando os esforços de aplicação da lei, pois os membros da comunidade objeto do perfil tornam-se menos dispostos a denunciar crimes, testemunhar, possibilitando condenações. Nesse sentido, o uso de métodos atuariais no contexto da justiça criminal pode afetar o curso da vida de uma pessoa de formas extremamente prejudiciais. Pode resultar em efeitos autorrealizadores no emprego, na educação e na família. E reforça poderosamente o que Dorothy Roberts descreve eloquentemente como “a associação de longa data da América entre ser negro e a criminalidade”. O efeito catraca é um custo significativo da justiça atuarial... “Se você ofender uma vez, é provável que você ofenda novamente; se você ofender duas vezes, está tudo acabado”. O resultado é uma poderosa mensagem simbólica que transforma condenados em infratores ainda piores – na imaginação do público, mas também no contexto da reentrada na sociedade. Isso também terá o efeito de uma profecia autorrealizável, reduzindo as oportunidades de emprego e educação⁴⁰⁶.

Ora, se os dados coletados dizem respeito a apenas determinadas categorias de pessoas, então estas pessoas, pelos instrumentos atuariais de avaliação de risco, *tornar-se-ão alvos de seus próprios dados*; sob o “manto” da *objetividade* e da *justiça atuarial*, desigualdades estruturais são reafirmadas⁴⁰⁷ precisamente

406. *Ibid.*, p. loc 579..

407. FERGUSON, Big Data and Predictive Reasonable Suspicion, p. 402.

em vista de grupos que, politicamente, se encontram mais vulnerabilizados no meio social e político; tal como apontam Eric Silver e Lisa L. Miller:

... ferramentas de avaliação de risco atuarial agregam indivíduos em grupos com características semelhantes, uma abordagem que provavelmente marginalizará ainda mais as populações que já estão à margem do *mainstream* econômico e político. Populações marginalizadas, como as que vivem em situação de pobreza (particularmente minorias raciais), não escolarizadas, analfabetas e doentes mentais, têm maior probabilidade de ser sobrecarregadas pela avaliação de risco atuarial porque vivem em circunstâncias que se correlacionam altamente com atos de crime e violência e porque eles estão em uma posição política fraca para resistir à classificação⁴⁰⁸.

A descontextualização dos instrumentos atuariais de avaliação de risco impõe uma sobrecamada de obstáculos para lidar com as discriminações múltiplas existentes no sistema de justiça criminal, dificultando seu enfrentamento. Tais ferramentas preditivas, pelo prisma do *efeito catraca*, tornam-se mecanismos especialmente insidiosos de discriminação institucional, pois que construídos a partir de dados provenientes do funcionamento de outras instituições que, por sua vez, já puseram em movimento outros mecanismos de discriminação institucional. Há multiplicação de *discriminações institucionais*.

Assim, diversas das *variáveis explicativas* dos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva constituem portas para exponenciação de tais distorções, uma vez que ingressam nessas ferramentas atuariais sem quaisquer tratamentos e considerações acerca das ínsitas discriminações que trazem consigo, que por números restam codificadas e invisibilizadas.

Embora não conste, nos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva, como *variável explicativa, a raça*⁴⁰⁹, pelo fato de o fenômeno

408. SILVER, Eric; MILLER, Lisa L., A Cautionary Note on the Use of Actuarial Risk Assessment Tools for Social Control, **Crime & Delinquency**, v. 48, n. 1, 2002, p. 155.

409. Evidentemente, por não poderem desconsiderar de forma absoluta critérios morais e jurídicos, seguramente os desenvolvedores dos instrumentos atuariais de avaliação de risco nunca tiveram a coragem e ou se atreveram a propor a *variável explicativa raça*; contudo, do ponto de vista da lógica da justiça atuarial, considerando que, nos Estados Unidos da América, há muito mais negros submetidos ao sistema de justiça criminal do que brancos – guardadas as proporções populacionais, com segurança apareceria a *variável explicativa raça* com forte “valor preditivo” nos estudos de construção das ferramentas.

da discriminação racial perpassar por diversas esferas da vida⁴¹⁰, obviamente acaba sendo captada noutras *variáveis explicativas*: piores condições educacionais, piores condições de habitação, piores empregos (tais e outras condições socioeconômicas não por acaso, proporcionalmente, encontram-se mais nas populações negras do que nas brancas nos Estados Unidos da América⁴¹¹ e no Brasil⁴¹²). E isso é imperceptível para a lógica dos instrumentos atuariais de avaliação do risco de reiteração delitiva.

Mas não apenas as disparidades raciais são captadas e internalizadas pelos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva pela

410. Conforme Oracy Nogueira, “Os Estados Unidos e o Brasil constituem exemplos de dois tipos de ‘situações raciais’: um em que o preconceito racial é manifesto e insofismável; outro em que o próprio reconhecimento do preconceito tem dado margem a uma controvérsia difícil de se superar. De um modo geral, tomando-se a literatura referente à ‘situação racial’ brasileira, produzida por estudiosos ou simples observadores brasileiros e norte-americanos, nota-se que os primeiros, influenciados pela ideologia de relações raciais característica do Brasil, tendem a negar ou a subestimar o preconceito aqui existente, enquanto os últimos, afeitos ao preconceito, tal como se apresenta este em seu país, não o conseguem ‘ver’, na modalidade que aqui se encontra. Dir-se-ia que o preconceito, tal como existe no Brasil, cai abaixo do limiar de percepção de quem formou sua personalidade na atmosfera cultural dos Estados Unidos. A tendência do intelectual brasileiro – geralmente branco – a negar ou subestimar o preconceito, tal como ocorre no Brasil, e a incapacidade do observador norte-americano em percebê-lo, estão em contradição com a impressão generalizada da própria população de cor do país” (NOGUEIRA, Oracy, Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil, *Tempo Social*, v. 19, n. 1, 2007, p. 290-291). Nesse artigo, Oracy Nogueira, defendendo que, no Brasil, estamos perante um *preconceito de marca*, assim o diferencia do *preconceito de origem*, próprio das relações raciais nos Estados Unidos da América: “Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é de marca; quando basta a suposição de que o indivíduo desconde de certo grupo étnico para que sofra as consequências do preconceito, diz-se que é de origem” (*Ibid.*, p. 292). Sobre discriminação racial no Brasil, dentre tantos, confirmam-se: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo, Preconceito de cor e racismo no Brasil, *Revista de Antropologia*, v. 47, n. 1, p. 9-43, 2004; GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo, Depois da democracia racial, *Tempo Social*, v. 18, n. 2, 2006.

411. Conforme dados do *Inequality.org*, em 2016: a média da riqueza dos brancos seria de US\$ 146.984,00, enquanto a dos negros seria de US\$ 3.557,00; 71,9% dos brancos teriam casa própria em face de 44% dos negros; dos 500 CEOs da Revista Fortune, 97% seriam brancos diante de 3% de negros ou latinos (INEQUALITY.ORG, *Racial Economic Inequality*, [s.l.]: Inequality.org, 2019). Segundo o US Census Data, referente ao ano de 2018, 10,1% dos brancos estariam abaixo na linha da pobreza, enquanto o percentual seria praticamente o dobro em relação aos negros, de 20,8% (POVERTY USA, *The Population of Poverty USA*, [s.l.: s.n.], 2018).

412. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, com base em dados de 2018: 68,6% dos cargos gerenciais eram ocupados por brancos, sendo apenas 29,9% ocupados por pretos e pardos; a taxa de analfabetismo seria de 3,9% entre brancos, enquanto de 9,1% para pretos e pardos; 15,4% dos brancos estariam abaixo da linha de pobreza (considerando renda inferior a US\$ 5,50/dia), enquanto 32,9% de pretos e pardos estariam abaixo dessa linha; e, considerando renda inferior a US\$ 1,90/dia, 3,6% de brancos estariam abaixo desse patamar, enquanto 8,8% de pretos e pardos; a taxa de homicídios, por 100 mil habitantes, seria de 34 para os brancos, enquanto 98,5 para pretos e pardos; o rendimento médio mensal de brancos seria de R\$ 2.796,00 e de pretos e pardos de R\$ 1.608,00; sem acesso ao menos a um serviço de saneamento, 27,9% dos brancos estariam, enquanto 44,5% dos pretos e pardos; a taxa de conclusão do ensino médio seria de 76,8% para brancos e de 61,8% para pretos e pardos (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil).

utilização de *variáveis explicativas* de caráter socioeconômico – condições laborais, educacionais, de habitação⁴¹³: a pobreza em si acaba captada e selecionada, com consequentes grandes potenciais discriminatórios *diretos* e *indiretos*. Como pode uma pessoa, pelo simples fato de estar desempregada, com baixa educação, moradora de rua, receber pontuação negativa para efeitos de avaliação do risco de reiteração delitiva, pergunta-se. A miséria (e, por decorrência, as *variáveis explicativas* que com ela se conectam direta ou indiretamente) jamais poderia ser considerada como um preditor legítimo, do ponto de vista jurídico e moral, de reiteração delitiva. Contudo, é ínsito aos instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração a captação da miséria por diversas *variáveis explicativas*, o que, por sua vez, aumenta a concentração do impacto da prisão preventiva sobre aquelas pessoas que, em si, já carregam as propriedades objeto de discriminação. E tudo isso, em contínuo movimento, reforça estereótipos e generalizações de *periculosidade*, cujas tenebrosas histórias marcam nossas culturas⁴¹⁴.

Na prática, muitas das *variáveis explicativas* acabam tornando-se, portanto, *critérios proibidos de discriminação*⁴¹⁵.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco não levam em consideração os efeitos discriminatórios e criminogênicos do próprio sistema de justiça criminal; eles refletem discriminações históricas, reproduzindo, cromatizando e aumentando os padrões de discriminação. E tudo isso se dá a partir da perspectiva do e vindo do Poder Judiciário, pois que os instrumentos atuariais de avaliação de risco são desenvolvidos e aplicados por órgãos seus; representam, assim, um poderoso mecanismo de *discriminação institucional* operado pelo próprio Poder Judiciário nos Estados Unidos da América, que, esperamos, não venhamos nós a praticar.

413. Tais variáveis explicativas, pelo prisma da *autonomia*, tampouco poderiam ser consideradas válidas, conforme razões que expusemos no subcapítulo 4.4 – *Violação ao direito fundamental à liberdade: a desconsideração da autonomia*.

414. SIMON, *Mass incarceration on trial*; ROTHMAN, David J., *The Discovery of the Asylum – Social Order and Disorder in the New Republic*, New York: Routledge, 2017; SIMON, Jonathan, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York: Oxford University Press, 2007; FOUCAULT, Michel, *História da Loucura*, 10a. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.

415. Aqui, teríamos um campo imenso para estudos e desenvolvimentos, que, contudo, ultrapassariam as necessidades e o fôlego deste trabalho. De fato, muitas das *variáveis explicativas* poderiam ser analisadas especificamente pelo prisma dos *critérios proibidos de discriminação*, havendo, aliás, explícita intersecção entre *variáveis explicativas* e *critérios proibidos de discriminação* nas hipóteses, por exemplo, de *origem, idade e sexo* (artigo 3º, inciso IV, da Constituição).

CONCLUSÃO

A prisão preventiva é instituto que se destina a evitar que determinados riscos restem concretizados, sendo-lhe, assim, ínsita a realização de prognósticos, dentre os quais o de reiteração delitiva.

Poder-se-ia dizer que a tarefa de predizer a reiteração delitiva é irrealizável. Contudo, porque exigida juridicamente, sendo imprescindível para a proteção de direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais, continuaremos a ter de fazê-la.

Diante da necessidade de desenvolvimento de modelos estruturados para a realização do juízo de prognóstico do *risco da reiteração delitiva* entre nós, escolheu-se, para pesquisa neste trabalho, o paradigma dos Estados Unidos da América, que têm, como âmago de sua experiência, a análise do risco de reiteração delitiva a partir de *instrumentos atuariais de avaliação de risco*. Naquele país, o tema da predição de reiteração delitiva é tratado com profundidade, de forma direta e concreta, constituindo elemento central da agenda de reformas dos seus sistemas de liberdade/prisão provisórias.

Os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva situam sua racionalidade no âmbito da *periculosidade*. Seguem um fio condutor que parte do *positivismo criminológico* do final do século XIX, passando pela subsequente acolhida desse movimento nos Estados Unidos da América e pelos trabalhos da Escola de Sociologia de Chicago na primeira metade do Século XX, ganhando, a partir de meados da década de 1960 em diante – quando o sistema de justiça criminal estadunidense passou a rumar cada vez mais para a lógica da *periculosidade* e da *incapacitação*, o proporcional crescimento do emprego de sua utilização. Então, tais ferramentas estatísticas encontraram duas condições institucionais para sua consolidação: i) o reconhecimento, pela Suprema Corte, da constitucionalidade das prisões preventivas *extraprocedimentais* visando a evitar a reiteração delitiva; ii) a instituição das *Pretrial Services Agencies*, a quem coube o desenvolvimento e a aplicação dos instrumentos atuariais de avaliação de risco, bem como o gerenciamento do risco identificado. Nos dias de hoje, corporificam e representam um *modelo administrativo* de análise do risco de reiteração delitiva, operando por uma concepção de *justiça atuarial*, tida por objetiva e científica.

A hipótese deste trabalho assim foi constituída: analisar se os instrumentos atuariais de avaliação de risco empregados nos Estados Unidos da América para a predição de reiteração delitiva, na prisão preventiva, seriam hábeis a cumprir o fim a que se destinam, sendo, a partir da perspectiva do direito brasileiro, juridicamente válidos e passíveis de incorporação.

Tal hipótese, contudo, não foi confirmada, antes sendo refutada.

Afirmamos que os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva geram restrição *inadequada* ao direito fundamental à liberdade de locomoção (artigo 5º, inciso XV, da Constituição), sendo inidôneos ao atingimento do fim a que se dispõem, pois que incapazes de predizer comportamento criminoso futuro, por: a) ocasionarem indevidas generalizações e extrapolações; b) carecerem de quaisquer análises qualitativas nas transformações que fazem dos fatos em dados; c) não apresentarem qualquer espaço para a causalidade em seus modelos, funcionando a partir de meras correlações; d) engendrarem substancial número de falsas predições.

Também argumentamos que os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva restringem indevidamente o exercício do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição), isto porque suas opacidade e ofuscação, que os caracterizam, impedem o acesso às razões que culminaram nos resultados fornecidos por tais ferramentas preditivas nos casos concretos.

Ademais, arguimos que os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva infringem, no campo da proporcionalidade em sentido estrito, o direito fundamental à liberdade na sua dimensão da *autonomia* (artigo 5º, caput e inciso II, da Constituição). Estruturalmente, não existe, em tais ferramentas preditivas, como *variável explicativa*, o próprio elemento autonomia, que é mais do que restrinido indevidamente: é excluído totalmente da ponderação.

Por fim, sustentamos que os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva geram *discriminação institucional*, violando o direito fundamental à igualdade (artigo 5º, *caput* e inciso XLI, c/c o artigo 3º, inciso IV, todos da Constituição), visto que: a) acarretam o antijurídico *etiquetamento* da periculosidade (considerada como o risco de determinada pessoa vir a cometer um crime no futuro), constituindo-se um critério proibido de discriminação (inciso IV, *in fine*, do artigo 3º da Constituição); b) consubstanciam

uma forma de manutenção e de perpetuação das discriminações múltiplas já existentes no sistema de justiça criminal, exponenciando-as pelo efeito catraca que realizam.

Assim sendo, com base nos argumentos expostos, como tese deste livro, defendemos que: “Os instrumentos atuariais de avaliação de risco empregados nos Estados Unidos da América para a predição de reiteração delitiva, na prisão preventiva, não são hábeis a cumprir o fim a que se destinam, sendo, a partir da perspectiva do direito brasileiro, juridicamente inválidos e não-passíveis de incorporação”.

BIBLIOGRAFIA

ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE COURTS. **One Year – Criminal Justice Reform – 2017 – Report to the Governor and the Legislative.** Trenton: New Jersey Judiciary, 2018.

ALEXANDER, Michele. **The New Jim Crow – Mass Incarceration in the Age of Colorblindness.** New York: The New Press, 2012.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality. **Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, v. 22, 2014.

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso – Estudos para a filosofia do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho.** 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

ALEXY, Robert. On Constitutional Rights to Protection. **Legisprudence**, v. III, n. 1a, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALLEN, Francis A. Criminal Justice, Legal Values and the Rehabilitative Ideal. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 50, 1959.

AL SCHULER, Albert W. The Changing Purposes of Criminal Punishment: A Retrospective on the past Century and Some Thoughts about the Next. **The University of Chicago Law Review**, v. 70, n. 1, 2003.

AMERICAN BAR ASSOCIACION. **Pretrial Release Standards.** Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications/

criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_pretrialrelease_blk/>. Acesso em: 4 jun. 2019.

AMERICAN JUDGES ASSOCIATION. Resolution 2. 2017.

ANDREWS, D. A.; BONTA, James; WORMITH, J. Stephen. The Recent Past and Near Future of Risk and/or Need Assessment. **Crime & Delinquency**, v. 52, n. 1, 2006.

ANNISON, Harry Michael John. **Dangerous politics: risk, political vulnerability, and penal policy**. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015. (Clarendon studies in criminology).

ARROW, Kennet J. The Theory of Discrimination. *In: Working Papers n. 403*. Princeton: [s.n.], 1971.

BAIRD, Christopher. The CAIS/JAIS Approach to Assessment. *In: Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*. Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018.

BARABAS, Chelsea; DINAKAR, Karthik; ITO, Joichi; *et al.* Interventions over Predictions: Reframing the Ethical Debate for Actuarial Risk Assessment. *In: Conference on Fairness, Accountability and Transparency*. New York: [s.n.], 2017, v. 81.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Sao Paulo: Hemus, 1983.

BECK, Ulrich. Interview with Ulrich Beck. **Journal of Consumer Culture**, v. 1, n. 2, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. Lisboa: Editora 70, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2019.

BENNETT, Mark W. Confronting Cognitive “Anchoring Effect” and “Blind Spot” Biases in Federal Sentencing: a Modest Solution for Reforming a Fundamental Flaw. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 104, 2014.

- BERIAIN, Iñigo De Miguel. Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process? A critical analysis of the Wisconsin v. Loomis ruling. **Law, Probability and Risk**, v. 17, n. 1, 2018.
- BRENNAN, Tim; DIETERICH, William. Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions (COMPAS). *In: Handbook of Risk/Needs Assessments Tools*. Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018.
- BULMER, Martin. **The Chicago School of Sociology**. Chicago: The University of Chicago Press, 1984.
- BURGESS, E. Protecting the public by parole and by parole prediction. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 27, p. 491–502, 1936.
- BUSKEY, Brandon; WOODS, Andrea. Making Sense of Pretrial Risk Assessments. **The Champion – NACDL**, 2018.
- BUSS, Sarah; WESTLUND, Andrea. Personal Autonomy. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2018.
- CADIGAN, Timothy P. Evidence-based Practices in Federal Pretrial Services. **Federal Probation**, v. 72, p. 6, 2008.
- CADIGAN, Timothy P.; JOHNSON, James L.; LOWENKAMP, Christopher T. The Re-validation of the Federal Pretrial Services Risk Assessment (PTRA). **Federal Probation**, v. 76, 2012.
- CANTOR, Nathaniel. The New Prison Program of Italy. **Journal of Criminal Law and Criminology (1931-1951)**, v. 26, n. 2, 1935.
- CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia. Prevenção especial negativa da pena: o terreno fértil para a implementação e difusão da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, 2018.
- CHANENSON, Steven L; HYATT, Jordan M. **The Use of Risk Assessment at Sentencing: Implications for Research and Policy**. Washington DC: Bureau of Justice Assistance – US Department of Justice, 2016.
- CHAPMAN, Gretchen B.; JOHNSON, Eric J. Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgments of Belief and Value. *In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Orgs.). Heuristics and Biases*. 1. ed. [s.l.]: Cambridge University Press, 2002.

- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal.** 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COHEN, Stanley. Social Reconstruction and the Politics of Reconstruction. *In: The Futures of Criminology.* Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 1994.
- COHEN, Thomas H.; LOWENKAMP, Christopher T.; ROBINSON, Charles. The Federal Post-Conviction Risk Assessment Instrument: A Tool for Predicting Recidivism for Offenders on Federal Supervision. *In: Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools.* Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018.
- COLLINS, Doug. **Text – H.R.5682 – 115th Congress (2017-2018): FIRST STEP Act.** Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5682/text>>. Acesso em: 29 jun. 2019.
- COLLINS, Erin. Punishing Risk. **The Georgetown Law Journal**, v. 107, 2018.
- COMMITTEE ON THE STUDY OF THE WORKINGS OF THE INDETERMINATE-SENTENCE LAW AND PAROLE. **The workings of the indeterminate-sentence law and the parole system in Illinois: a report to the Honorable Hinton G. Clabaugh, chairman, Parole Board of Illinois.** Springfield: [s.n.], 1928.
- CONFERENCE OF CHIEF JUSTICES; CONFERENCE OF STATE COURT ADMINISTRATORS. Resolution 12 – In Support of Sentencing Practices that Promote Public Safety and Reduce Recidivism. 2007.
- CONNECTICUT SENTENCING COMMISSION. **Report to the Governor and the General Assembly on Pretrial Release and Detention in Connecticut.** New Britain: [s.n.], 2017.
- CRIMINAL JUSTICE POLICY PROGRAM. **Moving Beyond Money: A Primer on Bail Reform.** [s.l.]: Harvard Law School, 2016.
- DAVIS, Helane E. Broken and Disordered: Selected Critical Readings on Broken Windows Policing. **Legal Reference Services Quarterly**, v. 36, n. 3–4, 2017.
- DEMICHELE, Matthew; BAUMGARTNER, Peter; BARRICK, Kelle; *et al.* What do criminal justice professionals think about risk assessment at pretrial? **Federal Probation**, v. 83, 2019.
- DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS. Letter Regarding

Law Enforcement Fees and Fines. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-loretta-e-lynch-delivers-remarks-white-house-convening-incarceration-and>>. Acesso em: 27 set. 2017.

DESMARAIS, Sarah L; JOHNSON, Kiersten L; SINGH, Jay P. Performance of Recidivism Risk Assessment Instruments in U.S. Correctional Settings.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa e Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal na “Sociedade do Risco”. In: **Temas Básicos de Doutrina Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

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

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do Fim da História**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

DRAKE, E. **Predicting Criminal Recidivism: A Systematic Review of Offender Risk Assessments in Washington State**. Olympia: Washington State Institute for Public Policy, 2014.

DRESSEL, Julia; FARID, Hany. The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism. **Science Advances**, v. 4, n. 1, 2018.

DUBBER, Markus Dirk. The Unprincipled Punishment of Repeat Offenders: A Critique of California’s Habitual Criminal Statute. **Stanford Law Review**, v. 43, n. 1, 1990.

DURAND, David; OHLIN, Lloyd E. Selection for Parole: A Manual of Parole Prediction. **Journal of the American Statistical Association**, v. 46, n. 256, 1951.

EISENBERG, Mike; BRYL, Jason; FABELO, Tony. Validation of the Wisconsin Department of Corrections Risk Assessment Instrument. 2009.

ENGLE, Karen. A Genealogy of the Criminal Turn in Human Rights. In: **Anti-Impunity and the Human Rights Agenda**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

ENGLE, Karen. Anti-Impunity And The Turn To Criminal Law In Human Rights. **CORNELL LAW REVIEW**, v. 100, 2015.

- ETIENNE, Margareth. Legal and Practical Implications of Evidenced-Based Sentencing by Judges. **Chapman Journal of Criminal Justice**, 2009.
- FEDERAL BUREAU OF PRISONS. **FY 2019 Performance Budget**. Washington DC: Department of Justice – Federal Bureau of Prisons, 2018.
- FEELEY, Malcolm. Origins of Actuarial Justice. *In: Perspectives on Punishment – The Contours of Control*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2006.
- FEELEY, Malcolm. THE NEW PENOLOGY: NOTES ON THE EMERGING STRATEGY OF CORRECTIONS AND ITS IMPLICATIONS. **Criminology**, v. 30, 1992.
- FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law. *In: The Futures of Criminology*. Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 1994.
- FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERGUSON, Andrew Guthrie. Big Data and Predictive Reasonable Suspicion. **SSRN Electronic Journal**, 2014.
- FERRI, Enrico; SOTO Y HERNANDEZ, Antonio. **Sociología criminal**. Madrid: Centro Ed. Gongora, 1907.
- FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. 10a. ed. São Paulo: Perpectiva, 2014.
- FOUCAULT, Michel; BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; *et al* (Orgs.). Govermentality. *In: The Foucault effect: studies in governmentality: with two lectures by and an interview with Michel Foucault*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- FREEMAN, Katherine. Algorithmic Injustice: How The Wisconsin Supreme Court Failed To Protect Due Process Rights In *State v. Loomis*. **NORTH CAROLINA JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY**, v. 18, p. 32, 2016.
- GADAMER. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.
- GARLAND, David. “Governmentality” and the problema of crime: Foucault, criminology, sociology. **Theoretical Criminology**, v. 1 (2), 1997.

- GARLAND, David. The Criminal and his Science. **The British Journal of Criminology**, v. 25, p. 30, 1985.
- GARLAND, David. **The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society**. Oxford, UK: Oxford University Press, [s.d.].
- GAROFALO, R. **La criminología: estudio sobre la naturaleza del crimen y teoria de la penalidad**. Madrid: Daniel Jorro, 1912.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização Reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna**. 2a. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.
- GOLDKAMP, John S. Danger and Detention: a Second Generation of Bail Reform. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 76, 1985.
- GUAY, Jean-Pierre; PARENT, Geneviève. Broken Legs, Clinical Overrides, and Recidivism Risk: An Analysis of Decisions to Adjust Risk Levels With the LS/CMI. **Criminal Justice and Behavior**, v. 45, n. 1, 2018.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Depois da democracia racial. **Tempo Social**, v. 18, n. 2, 2006.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Preconceito de cor e racismo no Brasil. **Revista de Antropologia**, v. 47, n. 1, 2004.
- HACKING, Ian. **The Taming of Chance**. 15a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- HAKEEM, Michael. The validity of the Burgess Method of Parole Prediction. **American Journal of Sociology**, v. 53, 1948.
- HAMILTON, Melissa. Adventures in Risk: Predicting Violent and Sexual Recidivism in Sentencing Law. **Arizona State Law Journal**, v. 1, n. 47, .
- HAMILTON, Melissa. Risk-Needs Assessment: Constitutional and Ethical Challenges. **American Criminal Law Review**, v. 52, 2015.
- HAMILTON, Zachary; MEI, Ziaohan; ROUTH, Douglas. The Static Risk Offender Needs Guide – Revised (STRONG-R). In: **Handobook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools**. Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018.

HANNAH-MOFFAT, Kelly. *Actuarial Sentencing: An “Unsettled” Proposition*. *Justice Quarterly*, v. 30, n. 2, 2013.

HARCOURT, Bernard E. **Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age**. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

HARCOURT, Bernard E. **Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HARMUT, Maurer. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Preventive detention before trial. *Harvard Law Review*, v. 79, 1966.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HECK, Luís Afons. **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argu-mentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

HEILBURN, Kirk; KENTO, Yasuhara; SHAH, Sanjay. Violence Risk Assessment Tools. In: **Handbook of Violence Risk Assessment (International Perspectives on Forensic Mental Health)**. [s.l.]: Routledge, 2015.

HENRY, P. J. Institutional Bias. In: **The Sage Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination**. Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HICKEY, J. Preventive Detention and the Crime of Being Dangerous. *Georgetown Law Journal*, v. 58, n. 2, 1969.

HIRSCH, Andrew Von. Prediction of Criminal Conduct and Preventive Confinement of Convicted Persons. *Buffalo Law Review*, 1972.

HIRSCH, Andrew Von. Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory. *Maryland Law Review*, v. 42, 1983.

- HIRSCH, Andrew Von. The decline of the Rehabilitative ideal: penal policy and social purpose. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 131, 1983.
- HIRSCH, Andrew Von; GOTTREDSON, Don M. Selective Incapacitation – Some Queries about Research Design and Equity. **New York University Review of Law & Social Change**, v. 12, 1983.
- HOFFMAN, Peter B.; STONE-MEIERHOFER, Barbara; BECK, James L. Salient factor score and releasee behavior: Three validation samples. **Law and Human Behavior**, v. 2, n. 1, p. 47–62, 1978.
- INEQUALITY.ORG. **Racial Economic Inequality**. [s.l.]: Inequality.org, 2019. Disponível em: <<https://inequality.org/facts/racial-inequality/#racial-wealth-divide>>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- INGRAM, Andrew. Breaking Laws to Fix Broken Windows: A Revisionist Take on Order Maintenance Policing. **Berkeley Journal of Criminal Law**, n. 19, 2014.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. Brasília: [s.n.], 2019.
- JENKINS, R. L.; HART, Henry Harper; SPERLING, Philip I.; *et al.* Prediction of Parole Success: Inclusion of Psychiatric Criteria. **Journal of Criminal Law and Criminology (1931-1951)**, v. 33, n. 1, 1942.
- JONES, Natalie J.; ROBINSON, David. Service Planning Instrument (SPIn). In: **Handbook of Recidivism Risk/Assessment Tools**. Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018.
- JUSTICE POLICY INSTITUTE. **Bail Fail: Why the U.S. should end the practice of using money for bail**. Washington DC: [s.n.], 2012.
- K. BABE, Howel. The Costs of Broken Windows Policing: Twenty Years and Counting. **Cardozo Law Review**, v. 37, 2016.
- KAEBLE, Danielle; COWHIG, Mary. **Correctional Populations in the United States, 2016**. Washington DC: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE – Office of Justice Programs – Bureau of Justice Statistics, 2016.
- KANT, Immanuel; QUINTELA, Paulo; GALVÃO, Pedro. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2011. (Textos filosóficos, 7).

KAYE, Anders. Radicalized risk assessment. **Behavioral Sciences & the Law**, v. 36, n. 5, 2018.

KELLEHER, Lauren. Out On Bail: What New York Can Learn From D.C. About Solving a Money Bail Problem. **AMERICAN CRIMINAL LAW REVIEW**, v. 53, p. 2016, .

KELLY, Bridget. **A Validation study of Risk Management Systems**. University of Nevada, Las Vegas, 2007.

KENNEDY, Joseph E. Monstrous offenders and the search for solidarity through modern punishment. **Hastings Law Journal**, v. 51, 2000.

KENNEDY, Spurgeon; HOUSE, Laura; WILLIAMS, Michael. Using Research to Improve Pretrial Justice and Public Safety. Results from PSA's Risk Assessment Validation Project. **Federal Probation**, v. 77, 2013.

KLATT, Matthias. An egalitarian defense of proportionality-based balancing: A reply to Luc B. Tremblay. **International Journal of Constitutional Law**, 2014.

KLATT, Matthias. **Espaços no Direito Público – Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

KLATT, Matthias. Positive rights: Who decides? Judicial review in balance. **International Journal of Constitutional Law**, 2015.

KLINGELE, Cecelia. The Promises And Perils Of Evidence-Based Corrections. **NOTRE DAME LAW REVIEW**, v. 91, 2015.

KORN, Jane Byeff. Institutional Sexism: Responsibility and Intent. **Texas Journal of Women and the Law**, v. 83, 1995.

LACEY, Nicola; ZEDNER, Lucia. Criminalization: historical, legal, and socio-logical perspectives. *In: The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2017.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASH, Scott. Remembering Ulrich Beck. **Theory, Culture & Society**, v. 32, n. 7–8, 2015.

LATESSA, Edward J.; LOVINS, Brian; LUX, Jennifer. The Ohio Risk Assessment System. *In: Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*. Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018.

LAUNE, Ferris F. **Predicting criminality: forecasting behavior on parole**. Evanston [Ill: Northwestern University, 1936. (Northwestern University. Studies in the social sciences; n. 1).

LAURA AND JOHN ARNOLD FOUNDATION. Public Safety Assessment: Risk Factors and Formula. 2016.

LOHR, Steve. How Big Data Became So Big. **The New York Times**, Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2012/08/12/business/how-big-data-became-so-big-unboxed.html>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

LOMBROSO, Cesare. **L'uomo delinquente: in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie**. 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1896.

LORETTA, Lynch E. **Attorney General Loretta E. Lynch Delivers Remarks at White House Convening on Incarceration and Poverty**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-loretta-e-lynch-delivers-remarks-white-house-convening-incarceration-and>>. Acesso em: 4 jun. 2019.

LOWENKAMP, Christopher T; VANNOSTRAND, Marie; HOLSINGER, Alexander. **The Hidden Costs of Pretrial Detention**. Washington DC: Laura and Arnold Foundation, 2013.

LOZA, Wagdy. Self-Appraisal Questionnaire (SAQ). *In: Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools*. Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018.

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

MARIE MARTENSEN, Kayla; NICHOLE VIGIL, Brandi. Three Strikes Laws. *In: ALBANESE, Jay S (Org.). The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*. Oxford, UK: Blackwell Publishing Ltd, 2013.

MARTINSON, Robert. What Works? – Questions and Answers About Prison Reform. **The Public Interest**, v. 35, 1974.

MCCRUDDEN, Christopher. Institution Discrimination. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 303, 1982.

MEHOZAY, Yoav; FISHER, Eran. The epistemology of algorithmic risk assessment and the path towards a non-penology penology. **Punishment & Society**, 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: Análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

MEYERSON, Denise. Risks, Rights, Statistics and Compulsory Measures. **Sidney Law Review**, v. 31, 2009.

MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição do excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. In: **Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MILLER, Holly. The Inventory of Offender Risk, Needs, and Strengths (IORNS). In: **Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools**. Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018.

MITCHELL, John N. Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention. **Virginia Law Review**, v. 55, n. 7, 1969.

MITHEN, Gabe. **Understanding the Risk Society: Crime, Security and Justice**. Londres: Palgrave Macmillan, 2014.

MONAHAN, John; METZ, Anne L.; GARRETT, Brandon L. Judicial appraisals of risk assessment in sentencing. **Behavioral Sciences & the Law**, v. 36, n. 5, 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional. In: **Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.

N. ZOE, Hilton; GRANT, T. Harris; MARNIE, E. Rice. Sixty-six years of research on the clinical versus actuarial prediction of violence. **The Counseling Psychologist**, v. 34, 2006.

NATAPOFF, Alexandra. **Punishment without crime: how massive misdemeanor system traps the innocent and makes America more unequal**. New York: Basic Books, 2018.

NATIONAL PRISON ASSOCIATION. Declaration Of Principles Adopted And Promulgated By The 1870 Congress Of The National Prison Association. 1870.

NELKEN, David. **The Futures of Criminology**. Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 1994.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social**, v. 19, n. 1, 2007.

OCEN, Priscilla A. Incapacitating Motherhood. **University of California, Davis**, v. 51, 2018.

ORR, Daniel; GUTRHIE, Chris. Anchoring, Information, Expertise, and Negotiation: New Insights from Meta-Analysis. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 21, 2006.

OTTONE, Sarah. Punishing Poverty: California's Unconstitutional Bail System. **Stanford Law Review**, v. 167, 2018.

PACKER, Herbert L. The Case for Revision of the Penal Code. **Stanford Law Review**, v. 13, n. 2, 1961.

PACKIN, Nizan Geslevich. Learning algorithms and discrimination. *In: BARFIELD, Woodrow; PAGALLO, Ugo (Eds.). Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence.* [s.l.]: Edward Elgar Publishing, 2018.

PAGALLO, Ugo. The impact of AI on criminal law, and its two fold procedures. *In: BARFIELD, Woodrow; PAGALLO, Ugo (Eds.). Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence.* [s.l.]: Edward Elgar Publishing, 2018.

PASQUALE, Frank. **The Black Box Society – The Secret Algorithms That Control Money and Information**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

PHELPS, Edmund S. The Statistical Theory of Racism and Sexism. **American Economic Review**, v. 62, n 4, 1972.

POUND, Roscoe. Criminal Justice in the American City – A Summary. **Crime & Delinquency**, v. 10, n. 4, 1964.

POUND, Roscoe. The Principles of Anthropology and Sociology in their Relation to Criminal Procedure, by Maurice Parmelee. Book Review. **American Political Science Review**, v. 3, n. 02, 1909.

POVERTY USA. **The Population of Poverty USA**. [s.l.: s.n.], 2018. Disponível em: <<https://www.povertyusa.org/facts>>. Acesso em: 3 dez. 2019.

PRESCOTT, J. J.; STARR, Sonja B. Improving Criminal Jury Decision Making After the Blakely Revolution. **SSRN Electronic Journal**, 2005.

PRETRIAL JUSTICE INSTITUTE. **Public Safety Assessment (PSA)**. Disponível em: <<https://psapretrial.org/>>. Acesso em: 3 jun. 2019.

PRETRIAL JUSTICE INSTITUTE; JFA INSTITUTE. **The Colorado Pretrial Assessment Tool (CPAT)**. Washington DC: [s.n.], 2012.

RABNER, Justice Stuart. Criminal Justice Reform Is About Fairness. **Judges Journal**, v. 57, n. 3, 2018.

RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J.; GUTRHIE, Chris. Can judges make reliable numeric judgements? Distorted damages and skewed sentences. **Indiana Law Journal**, v. 90, 2015.

RICHMAN, Daniel C. The Story of United States v. Salerno: The Constitutionality. **Fordham Law Faculty Colloquium Papers**, v. 12.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROBERT, Dominique. Actuarial Justice. In: **Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities**. Thousand Oaks: SAGE Publications, Inc., 2005. 2v.

ROBINSON, Paul H. **Distributive Principles of Criminal Law**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008.

ROCK, Paul. The Foundations of Sociological Theories of Crime. In: **The Oxford Handbook of Criminology**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2017.

ROPIEQUET, John L.; GELLMAN, George I.; DUVALL, Paul H.; *et al.* Pretrial Detention in the District of Columbia: A Common Law Approach.

The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, v. 62, n. 2, p. 194–204, 1971.

ROTHMAN, David J. **The Discovery of the Asylum – Social Order and Disorder in the New Republic**. New York: Routledge, 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

RUBINFELD, Daniel L. Multiple Regression. *In: Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony*. [s.l.: s.n.], 2018, v. II.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter; DAVIS, Ernest. **Artificial intelligence: a modern approach**. 3rd ed. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2010. (Prentice Hall series in artificial intelligence).

SANGUINÉ, Odona. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SANGUINÉ, Odona. **Prisión Provisional y Derechos Fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SCURICH, Nicholas. The case against categorical risk estimates. **Behavioral Sciences & the Law**, v. 36, n. 5, 2018.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **A prisão em flagrante na Constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SILVA, Marcelo Cardozo da. Propostas para um estudo das prisões preventivas extraprocedimentais. *In: Curso Modular de Direito Processual Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SILVA, Rodrigo. **Discriminação Múltipla como Discriminação Interseccional: As conquistas do Feminismo Negro e o Direito da Antidiscriminação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVER, Eric; MILLER, Lisa L. A Cautionary Note on the Use of Actuarial Risk Assessment Tools for Social Control. **Crime & Delinquency**, v. 48, n. 1, 2002.

SIMON, Jonathan. **Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear**. New York: Oxford University Press, 2007.

- SIMON, Jonathan. Law's Violence, The Strong State, And The Crisis Of Mass Imprisonment (For Stuart Hall). **Wake Forest Law Review**, v. 49, 2014.
- SIMON, Jonathan. **Mass incarceration on trial**. New York: The New Press, 2014.
- SIMON, Jonathan. **Poor Discipline: Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990**. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.
- SIMON, Jonathan. Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first. **Texas Law Review**, v. 84, 2006.
- SIMON, Jonathan. Sanctioning Government: Explaining America's Severity Revolution. **University of Miami Law Review**, v. 56, 2001.
- SINGH, Jay P.; GRANN, Martin; FAZEL, Seena. A comparative study of violence risk assessment tools: A systematic review and metaregression analysis of 68 studies involving 25,980 participants. **Clinical Psychology Review**, v. 31, n. 3, 2011.
- SLOBOGIN, Christopher. Prevention as the Primary Goal of Sentencing: The Modern Case for Indeterminate Dispositions in Criminal Cases. v. 48, 2011.
- SMITH, Paula; LEMKE, Richard; LOWENKAMP, Christopher; *et al.* **Creation And Validation Of The Ohio Risk Assessment System Final Report**. 2009: University of Cincinnati, 2009.
- SMITH, Rachel. Condemned To Repeat History? Why The Last Movement For Bail Reform Failed, And How This One Can Succeed. **Georgetown Journal on Poverty Law and Policy**, 2018.
- STARR, Sonja. Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination. **Stanford Law Review**, v. 66, 2014.
- STEIKER, Carol S; STEIKER, Jordan M. The Death Penalty and Mass Incarceration: Convergences and Divergences. **American Journal of Criminal Law**, v. 41, 2014.
- STEVENSON, Megan T.; DOLEAC, Jennifer L. The Roadblock to Reform. 2018.
- STEVENSON, Megan T.; SLOGOBIN, Christopher. Algorithmic risk assessments and the double-edged sword of youth. **Behavioral Science & Law**, v. 36, 2018.

- SUBRAMANIAN, Ram; DELANEY, Ruth; ROBERTS, Stephen; *et al.* **The Misuse of Jails in America.** [s.l.]: VERA Institute of Justice, 2015.
- TONRY, Michael. The Future of Sentencing and Its Control. In: LOEBER, Rolf; WELSH, Brandon C. (Orgs.). **The Future of Criminology.** Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.
- TRIBE, Laurence H. An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell. **Virginia Law Review**, v. 56, n. 3, 1970.
- TRIBE, Laurence H. Trial By Mathematics: Precision And Ritual In The Legal Process. **Harvard Law Review**, v. 84, 1971.
- TULKENS, F. The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights. **Journal of International Criminal Justice**, v. 9, n. 3, 2011.
- VANNOSTRAND, Marie. Our Journey Toward Pretrial Justice. **Federal Probation**, v. 71, 2018.
- VANNOSTRAND, Marie; KEEBLER, Gena. **Pretrial Risk Assessment in the Federal Court.** Washington DC: U.S. Department of Justice – Office of the Federal Detention Trustee, 2009.
- VELLOSO, Andrei Pitten. **O princípio da isonomia tributária.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- VERA INSTITUTE. **The Price of Prisons – 2015.** Disponível em: <<https://www.vera.org/publications/price-of-prisons-2015-state-spending-trends/price-of-prisons-2015-state-spending-trends/price-of-prisons-2015-state-spending-trends-prison-spending>>. Acesso em: 29 jun. 2019.
- VERA INSTITUTE. Vera Arrest Trends. 2019. Disponível em: <<https://arrest-trends.vera.org/arrests>>. Acesso em: 27 out. 2019.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: um leitura da jurisprudência do STF.** 2a. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2017.
- VIRGINIA DEPARTMENT OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES. **Virginia Pretrial Risk Assessment Instrument (VPRAI) – Instruction Manual.** Richmond: [s.n.], 2018.
- VOLLAARD, Ben. Preventing Crime Through Selective Incapacitation. **The Economic Journal**, v. 123, n. 567, 2013.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 1999.

WACQUANT, Loïc. The Place of the Prison in the New Government of Poverty. *In: After the War on Crime – Race, Democracy, and a New Reconstruction*. New York: New York University, 2008.

WANGER, Betsy Kushlan. Limiting Preventive Detention Through Conditional Release: The Unfulfilled Promise of the 1982 Pretrial Services Act. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 2, 1987.

WARE, Leland. A Comparative Analysis of Unconscious and Institutional Discrimination in the United States And Britain. **Journal of International and Comparative Law**, v. 36, 2007.

WARREN, Roger K. Evidence-Based Practice to Reduce Recidivism: Implications for State Judiciaries. 2007.

WESTERN, Bruce; PETTIT, Becky. **COLLATERAL COSTS: Incarceration's effect on economic mobility**. Washington DC: The PEW Charitable Trusts, 2010.

WETZELL, Richard F. **Inventing the Criminal: A History of German Criminology, 1880-1945**. Raleigh: The University of North Carolina Press, 2000.

WHEELAN, Charles. **Estatística: o que é, para que serve, como funciona**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2013.

WORMITH, J. Stephen; BONTA, James. The Level of Service (LS) Instruments. *In: Handbook of Recidivism Ris/Needs Assessment Tools*. Chichester, UK: Wiley Blackwell, 2018.

ZIMRING, Franklin; HAWKINS, Gordon. **Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime**. Reprint edition. New York: Oxford University Press, 1997.

Carlson v. Landon, 342 U.S. 524 (1952). Justia Law. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/524/>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

Docket for 16-6387. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/docket-files/16-6387.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

Eric Loomis v. Wisconsin. 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

Stack v. Boyle, 342 U.S. 1 (1951). Justia Law. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/1/>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

United States v. Edwards, 430 A.2d 1321. CourtListener. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/2368807/united-states-v-edwards/>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987). Justia Law. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/739/>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

Williamson v. United States, 207 U.S. 425 (1908). Justia Law. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/207/425/>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

A lógica da prisão preventiva é inversa à do direito penal, pois que essencialmente preditiva de riscos. Analisa o presente e prognostica um futuro que se pretende prevenir; e o faz de forma radical, já que com a possível segregação de alguém.

Um dos riscos cuja concretização a prisão preventiva visa a evitar é o da reiteração delitiva.

Contudo, é altamente problemático predizer que alguém virá a cometer um crime e que, por isso, deva ser preventivamente preso. Como prever o futuro?

Em seu início, o objetivo principal da pesquisa que desaguou na tese de que resulta este livro era o de construir um modelo jurídico-interpretativo que apresentasse e que elaborasse elementos que pudessem vir a auxiliar os juízes brasileiros na análise do risco de reiteração delitiva na prisão preventiva.

Para tanto, passou-se, então, a pesquisar por soluções adotadas por ordenamentos jurídicos de outros países acerca do tema. Dos ordenamentos apreciados, nenhum se aproximava da forma direta e concreta com que os Estados Unidos da América cuidavam da reiteração delitiva como elemento autorizador da prisão preventiva.

No cerne da experiência estadunidense para a análise do risco de reiteração delitiva, encontram-se ferramentas estatísticas que, naquele país, foram criadas às dezenas e mais dezenas, os denominados instrumentos atuariais de avaliação de risco. A promessa desses instrumentos atuariais era e é algo quase inimaginável para um juiz que tem poucos minutos para decidir sobre a prisão ou a liberdade de uma pessoa: predizer o futuro com alguma segurança.

Os objetivos da pesquisa passaram a aqui residir: analisar se os instrumentos atuariais de avaliação de risco de reiteração delitiva seriam não apenas hábeis a cumprir, com segurança, o fim a que se destinavam, mas também se, a partir da perspectiva do direito brasileiro, seriam juridicamente válidos, e, portanto, passíveis de incorporação.

Pode-se dizer que, caso tais ferramentas estatísticas tivessem a aptidão e a juridicidade que seus proponentes e aplicadores defendem, estaríamos diante da maior revolução por que já passara a prisão preventiva em toda sua história, pois que, pela primeira vez, teríamos um instrumento tido por científico para previsão de comportamentos criminosos futuros. Estaríamos diante de uma profunda mudança de paradigma.

Eis os temas de que se ocupou a tese, ora publicada neste livro.