

# O CRIMINOSO OU ANTISOCIAL PREDETERMINADO: A BUSCA PELA IDENTIFICAÇÃO E NEUTRALIZAÇÃO DO INDIVÍDUO ANTES DE PRATICAR O FATO POR MEIO DE ARGUMENTOS BIOLÓGICOS, NEUROCIENTÍFICOS E ESTATÍSTICOS

*THE PREDETERMINED CRIMINAL OR ANTI-SOCIAL: THE  
SEARCH FOR IDENTIFICATION AND NEUTRALIZATION OF  
THE INDIVIDUAL BEFORE PRACTICING THE FACT THROUGH  
BIOLOGICAL, NEUROSCIENTIFIC AND STATISTICAL  
ARGUMENTS*

Humberto Souza Santos<sup>1</sup>

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

João Paulo Orsini Martinelli<sup>2</sup>

Universidade Federal Fluminense

José Danilo Tavares Lobato<sup>3</sup>

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

## **Resumo**

O presente trabalho tem por objetivo expor algumas ideias desenvolvidas pelas ciências naturais para a determinação da personalidade criminosa e os conflitos com a ciência jurídica. O principal ponto de discussão é a existência do livre arbítrio e de circunstâncias que possam condicionar o comportamento humano. Essa discussão

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Penal na UERJ. Mestre em Direito Penal pela UCAM. Bacharel em Direito pela UFRJ. Advogado.

<sup>2</sup> Professor Doutor de Direito Penal da UFF. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP. Advogado.

<sup>3</sup> Professor Doutor de Direito Penal da UFRRJ. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Doutor em Direito Penal pela UGF. Mestre em Direito Penal pela UCAM. Bacharel em Direito pela UFRJ. Defensor Público.

sempre influenciou e ainda influencia o embate entre livre arbítrio e determinismo, especialmente com os modernos estudos da neurociência.

### **Palavras-chave**

Livre arbítrio. Determinismo. Criminologia. Neurociência.

### **Abstract**

The present article has the objective of exposing some ideas developed by the natural sciences for the determination of the criminal personality and the conflicts with the law science. The main point of discussion is the existence of free will and circumstances that can condition human behavior. This discussion has always influenced and still influences the clash between free will and determinism, especially with modern neuroscience studies.

### **Keywords**

Free will. Determinism. Criminology. Neuroscience.

## **1. Introdução**

Uma das maiores pretensões totalitárias de todos os tempos, talvez o grande sonho dos “combatentes” contra o crime e condutas antissociais em geral, é a de neutralizar um sujeito antes que ele venha a praticar um comportamento considerado delituoso. Tal aspiração traz em si algo de ocultista ou sobrenatural e chegou a ser abordada nesse sentido no filme estadunidense *Minority Report*, de 2002, em que paranormais são responsáveis por visualizar antecipadamente quem praticará crimes, de modo que o sujeito identificado é desde logo punido antes que o delito venha a ser cometido. O que poderia ser considerado um desejo de controle legado à esfera psíquica das intenções frustradas nunca realizáveis, visto que profundamente dependente de adivinhações do futuro e outros poderes telecinéticos,

tem desafiado sua evidente irracionalidade e se manifestado no discurso repressor como algo não só a ser levado a sério, mas verdadeiramente buscado. Inúmeros reflexos disso podem ser citados, como a declaração de um deputado federal do Estado do Paraná, relator do Projeto de Emenda Constitucional n. 171, que prevê diminuição da idade limite à menoridade para 16 anos, de que “um dia, chegaremos a um estágio em que será possível determinar se um bebê, ainda no útero, tem tendências à criminalidade, e se sim, a mãe não terá permissão para dar à luz”<sup>4</sup> e, também, as críticas sofridas por uma decisão da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Capital do Estado do Rio de Janeiro, em sede de habeas corpus, que somente afirmara a obviedade, num Estado de direito, de que a polícia não poderia apreender adolescentes a caminho das praias sem que estivessem em flagrante delito,<sup>5</sup> o que motivou declarações do Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro no sentido de que: “Se a polícia atua, abusa do poder, se não atua está prevaricando. Conseguiram constranger a polícia”<sup>6</sup> e, por sua vez, a emissão de uma nota pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em tom de justificação: “o ato do juiz da 1ª Vara da Infância, Juventude e Idoso da Comarca da Capital não tem o condão de impedir a atuação da PMERJ, que pode abordar, apreender ou praticar qualquer outro ato, nos limites da lei”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/22/politica/1437595865\\_499214.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/22/politica/1437595865_499214.html)

<sup>5</sup> <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/09/pm-e-proibida-de-apreender-jovens-caminho-da-praia-do-rio-sem-flagrante.html>

<sup>6</sup> <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/09/beltrame-afirma-que-policia-esta-constrangida-para-coibir-arrastoes.html>

<sup>7</sup> <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/09/habeas-corpus-da-defensoria-nao-proibe-pm-de-abordar-menores-diz-tj.html>

Assim, mesmo diante da impossibilidade de se prever o futuro, o objetivo de se predeterminar delinquentes manifesta-se mais vivo do que nunca. Se, por enquanto, parece distante o dia em que a política de neutralização de indesejados recorrerá à paranormalidade para concretizar sua obsessão preventiva, o mesmo não se pode dizer de outras ferramentas que, ironicamente sob o manto da racionalidade científica, tem pretendido justamente suprir a ausência do poder de vidência. As mais conhecidas, que tem dominado tal vertente “*Minority Report*” da política-criminal, são, sem dúvida, aquelas que se desenvolvem em torno de argumentos biológicos, neurocientíficos e estatísticos, cuja relevância tem sido crescente e merece a breve abordagem que se fará nesse estudo.

## **2. O criminoso ou antissocial predeterminado com base em argumentos biológicos: a eugenia clássica e a nova neurocriminologia**

O emprego de argumentos de natureza biológica, sob um discurso pseudocientífico para identificar o delinquente nato, pode ter seu início creditado justamente a um estudioso das artes sobrenaturais. Em finais do século XVI, o ocultista, astrólogo e alquimista italiano GIOVANNI BATTISTA DELLA PORTA desenvolveu estudos baseados em fisionomia, uma das áreas da medicina de tradição oriental, em que pretendia, a partir de traços da face humana e do desenho craniano, analisar a personalidade das pessoas. Os resultados a que sustentou ter chegado influenciaram o filósofo e teólogo suíço JOHAN KASPAR LAVATER a defender, no século XVIII, que o comportamento dos indivíduos e sua propensão para ações agressivas ou dissimuladas poderiam ser distinguidos através da fisionomia de seu rosto. Assim, segundo LAVATER, quem tem olhos e boca distorcidos possui avareza sórdida e forte vilania, de modo que nenhum de seus

músculos ou feições é capaz de expressar benevolência ou sensibilidade, o que significa que precisa se esforçar para manter sua alma por trás de uma máscara de hipocrisia.<sup>8</sup>

Essa busca por uma relação entre aparência física e características de personalidade levou, por sua vez, ao desenvolvimento, no início do século XIX, de uma pseudociência denominada frenologia. O maior impulso da frenologia deveu-se ao médico alemão FRANZ JOSEPH GALL, segundo o qual seria possível identificar características de personalidade e tendência criminosa do indivíduo através do formato de sua cabeça. De acordo com GALL, o cérebro é o centro de todas as sensações, o *sensorium commune*,<sup>9</sup> e o órgão exclusivamente responsável pelos instintos, propensões, sentimentos e talentos, além das qualidades afetivas e morais e das faculdades intelectuais.<sup>10</sup> O formato da cabeça, em sua opinião, é importante por ser resultado de influência cerebral, isto é, tem sua forma devida ao desenvolvimento do cérebro por inteiro ou de algumas de suas partes.<sup>11</sup> GALL sustentava que existem indivíduos com irresistível propensão para roubar, incinerar, matar ou, ainda, excessivamente lascivos,<sup>12</sup> cuja cabeça mede dezessete polegadas de circunferência e se contam onze polegadas da origem do nariz até o *occipital foramen*,<sup>13</sup> osso da região central da fossa posterior do

---

<sup>8</sup> LAVATER, *The pocket Lavater or the science of physiognomy: to which is added, an inquiry into the analogy existing between brute and human physiognomy, from the Italian of Porta*, 1817, p. 85.

<sup>9</sup> GALL/SPURZHEIM. *Untersuchungen ueber die Anatomie des Nervensystems ueberhaupt, und des Gehirns insbesondere*, 1809, p. 5.

<sup>10</sup> GALL, *On the functions of the brain and of each of its parts*, vol. II, 1835, p. 106.

<sup>11</sup> GALL, *On the functions of the brain and of each of its parts*, vol. II, 1835, p. 202.

<sup>12</sup> GALL, *On the functions of the brain and of each of its parts*, vol. II, 1835, p. 219.

<sup>13</sup> GALL, *On the functions of the brain and of each of its parts*, vol. II, 1835, p. 219.

neurocrânio. Em tal cabeça existiria metade da massa cerebral correspondente a uma cabeça medindo vinte polegadas de circunferência e treze a quatorze de distância do nariz até o *occipital foramen*, mas conteria três vezes mais cérebro do que a de um indivíduo imbecil de primeira classe.<sup>14</sup> Já uma cabeça que meça entre dezoito e dezoito e meio polegadas de circunferência possui dimensões pequenas, embora não seja incompatível com o regular exercício das faculdades intelectuais.<sup>15</sup> Ela indicaria uma lamentável mediocridade, um espírito servil de imitação, credulidade, superstição, toda a espécie de sensibilidade que por ninharia passa da alegria a lágrimas, julgamentos falhos, extrema dificuldade de discernir relações de causa e efeito, necessidade de autocontrole e, frequentemente, o que para GALL é uma circunstância feliz, poucos desejos.<sup>16</sup> Em meados do século XIX, MARIANO CUBÍ Y SOLER, linguista e pedagogo espanhol, adepto entusiasmado da frenologia, afirmava, com base nos estudos de GALL, que havia uma região cerebral sobre o orifício auditivo responsável pela propensão humana de matar, que seria ampla e volumosa no crânio dos homicidas.<sup>17</sup> Da mesma maneira, sustentava existir uma região do cérebro responsável pela disposição de enganar, que, quando tornava a cabeça do indivíduo avolumada na região da temporal, conferia-lhe ímpeto de praticar trapanças e ardis.<sup>18</sup>

No entanto, o grande mestre dessa tendência, responsável por sistematizá-la e desenvolvê-la em detalhes minuciosamente

---

<sup>14</sup> GALL, *On the functions of the brain and of each of its parts*, vol. II, 1835, p. 219.

<sup>15</sup> GALL, *On the functions of the brain and of each of its parts*, vol. II, 1835, p. 219.

<sup>16</sup> GALL, *On the functions of the brain and of each of its parts*, vol. II, 1835, p. 219.

<sup>17</sup> CUBÍ Y SOLER, *Sistema completo de frenología, con suas aplicaciones al adelanto i mejoramiento del hombre, individual i sozialmente considerado*, 1844, p. 164.

<sup>18</sup> CUBÍ Y SOLER, *Sistema completo de frenología, con suas aplicaciones al adelanto i mejoramiento del hombre, individual i sozialmente considerado*, 1844, p. 191-192.

positivistas, foi o médico, antropólogo, médico e jurista CESARE LOMBROSO. Ao longo da segunda metade do século XIX, LOMBROSO defendeu que os fenômenos criminológicos poderiam ser entendidos por meio de fatores biológicos e, influenciado por teses fisiognômicas e frenológicas, sustentava a existência da figura de um criminoso nato, um ser humano diferenciado, caracterizado por sinais particulares, em especial estigmas físicos e psíquicos, que poderiam, inclusive, ser verificados na fisionomia de animais, como, por exemplo, nos olhos de sangue do tigre e da hiena, próprios dos assassinos.<sup>19</sup> Segundo LOMBROSO, as medidas do formato da calota craniana explicariam a condição de assassinos, criminosos passionais, ladrões, epiléticos, loucos ou saudáveis,<sup>20</sup> tendências essas que se reforçariam por anomalias na crista frontal, na têmpora, nos ossos nasais, no osso *occipital*, em fissuras na órbita inferior, dentre outras.<sup>21</sup> LOMBROSO também defendeu que tendências criminais poderiam ser encontradas conforme a medida do comprimento dos dedos das mãos, desproporcionais em todos os delinquentes,<sup>22</sup> a presença de pés planos e sindactilia,<sup>23</sup> além de outras deformidades.<sup>24</sup> Além dessas características físicas, também seria possível identificar características

---

<sup>19</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 24

<sup>20</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 135-159.

<sup>21</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 159-178.

<sup>22</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 229.

<sup>23</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 234.

<sup>24</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 237-274.

psíquicas como uma diminuída sensibilidade à dor,<sup>25</sup> o que explicaria o fato de criminosos comumente se tatuarem,<sup>26</sup> agirem com instabilidade,<sup>27</sup> vaidade,<sup>28</sup> crueldade<sup>29</sup> e se envolverem com jogos de azar e bebidas.<sup>30</sup>

Aluno de LOMBROSO, o também italiano ENRICO FERRI concordava com a existência de um tipo antropológico de criminoso, que se apresentaria como um conjunto de caracteres orgânicos, de modo que as linhas e as expressões da fisionomia seriam realmente decisivas.<sup>31</sup> A anormalidade na estrutura e forma óssea do crânio e do corpo seriam apenas complementos do núcleo central constituído pela fisionomia, especialmente os olhos e a mandíbula.<sup>32</sup> Mas FERRI sustentava que, ao lado desses fatores biológicos e físicos, também fatores sociais poderiam explicar a existência de práticas criminosas.<sup>33</sup> FERRI considerava parcialmente verdadeira a análise biológica da delinquência, mas não suficiente e completa, pois não bastaria para explicar a gênese natural do delito em todas as categorias de

---

<sup>25</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 388.

<sup>26</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 393.

<sup>27</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 447.

<sup>28</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 448.

<sup>29</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 457.

<sup>30</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, 1896, p. 461-464.

<sup>31</sup> FERRI, *Sociologia criminale*, 1900, p. 144.

<sup>32</sup> FERRI, *Sociologia criminale*, 1900, p. 144.

<sup>33</sup> FERRI, *Sociologia criminale*, 1900, p. 161.

delinquentes nem por qual razão precisa e fundamental em certos indivíduos essa ou aquela condição de anormalidade biológica chega a determinar o delito, enquanto em outros determina a loucura, o suicídio ou somente uma inferioridade orgânica e psíquica.<sup>34</sup>

De acordo com FERRI, os delinquentes poderiam ser subdivididos em cinco categorias fundamentais. A primeira, dos loucos, que seriam os delinquentes afetados por alguma forma evidente e clínica de alienação mental.<sup>35</sup> A segunda, dos natos, formada por aqueles que vivem no mundo do crime por uma necessidade orgânica e congênita de adaptação orgânica e psíquica e, uma vez assimilado o estado crônico do delito, são incorrigíveis e degenerados como as outras categorias de delinquentes habituais, mas que antes de se entregarem à criminalidade poderiam ter sido salvos por instituições preventivas e por um ambiente menos viciado.<sup>36</sup> A terceira, a dos delinquentes habituais, que seriam aqueles sobre os quais recai uma inevitável incorrigibilidade, tomados por características das mais baixas camadas antissociais e selvagens.<sup>37</sup> A quarta, a dos delinquentes acidentais ou de ocasião, que seriam aqueles em cuja constituição prevalece características das camadas mais sociáveis e civilizadas, mas que, em virtude de um impulso extraordinário, seriam sufocadas, quase como uma erupção vulcânica, por características das mais profundas camadas sociais.<sup>38</sup> A quinta, a dos delinquentes passionais, nos quais o que determina o delito seria mais o impulso da ocasião do que uma

---

<sup>34</sup> FERRI, *Sociologia criminale*, 1900, p. 174.

<sup>35</sup> FERRI, *Sociologia criminale*, 1900, p. 219.

<sup>36</sup> FERRI, *Sociologia criminale*, 1900, p. 219.

<sup>37</sup> FERRI, *Sociologia criminale*, 1900, p. 191.

<sup>38</sup> FERRI, *Sociologia criminale*, 1900, p. 200.

tendência inata, um ímpeto extraordinário de uma paixão, um furacão psicológico que alcança o ponto de se fazer transcender o delito.<sup>39</sup>

Também aluno de LOMBROSO, o magistrado italiano RAFFAELE GAROFALO, ao qual se atribui o pioneirismo do uso da expressão “criminologia”, reforçou a busca por um tipo natural de criminoso. GAROFALO defendia a existência de crimes naturais, considerados atos moralmente repugnantes em qualquer época e lugar,<sup>40</sup> e a identificação do criminoso nato a partir de fatores antropológicos, que se complementariam por anomalias psíquicas e transmissões hereditárias de propensões criminosas.<sup>41</sup> Segundo GAROFALO, seria indiscutível a existência, nos assassinos, de uma predominância de saliências supraorbitais fortemente desenvolvidas, de zigomas largamente separados, que se revelariam “uma característica comum de certas raças inferiores, como a dos malaias”, além de testas contraídas, excessivo comprimento da face em relação ao crânio e desmedido tamanho das mandíbulas.<sup>42</sup>

Tais teses de cunho biológico-antropológico desenvolvidas para a identificação do criminoso ou antissocial natural misturaram-se a ideias afins que pregavam eugenia, leis antimiscigenação, racismo, darwinismo social, cujo ápice foi atingido com a ascensão ao poder do fascismo e do nazismo entre as décadas de 1920 e 1930. FERRI, apesar do passado socialista, tornou-se um árduo defensor de Benito Mussolini e também GAROFALO destacou-se como um grande apoiador das políticas fascistas. A derrota dos Estados fascistas e nazistas na Segunda Guerra Mundial abalou a ideia de um criminoso ou antissocial biologicamente identificado por uma estética

---

<sup>39</sup> FERRI, *Sociologia criminale*, 1900, p. 219.

<sup>40</sup> GAROFALO, *Criminology*, 1914, p. 3-53.

<sup>41</sup> GAROFALO, *Criminology*, 1914, p. 65-135.

<sup>42</sup> GAROFALO, *Criminology*, 1914, p. 70-71.

fisionômica e racial, mas não a interrompeu. Por meio de esterilizações forçadas de criminosos, marginalizados e doentes mentais, o objetivo de evitação da existência de seres indesejados permaneceu ao redor do mundo. E também reacendeu a ambição da velha frenologia de identificar o criminoso ou antissocial biologicamente predeterminado a partir das características de seu cérebro. Isso com apoio numa nova abordagem, que se pretende relacionada a um dos campos de maior prioridade da medicina ocidental pós-guerra: a neurociência.

O ponto de partida da predeterminação neurobiológica do criminoso ou antissocial é a negação de qualquer espécie de livre-arbítrio do indivíduo. De acordo com GERHARD ROTH, um desses principais defensores, é uma ilusão o sentimento de que a formação da vontade e a decisão de ação são livres, ou seja, de que não são formados por causas, mas por motivos, de modo que, em princípio, outra decisão poderia ser tomada. Isso porque, embora os processos de consciência exerçam um papel importante na ponderação de alternativas e suas consequências, eles não são decisivos. A formação da vontade e a decisão de ação são essencialmente determinadas por meio de processos inconscientes submetidos ao controle das memórias da experiência no sistema límbico. Assim, para ROTH, tudo o que fazemos acontece à luz da experiência passada, consciente e inconsciente. Ele afirma que a memória da experiência do sistema límbico desenvolve-se desde o corpo da mãe de uma maneira altamente individual e algumas vezes idiossincrática, o que explica porque alguns de nossos próprios comportamentos parecem altamente racionais, enquanto outros não são inteiramente compreensíveis. E mesmo as diversas decisões que pressupõem um processo longo de ponderação consciente são tão pouco livres quanto as decisões rápidas, o que significa que não é possível controlar voluntariamente quais são

e em que momento os argumentos e contraargumentos nos chegam aos sentidos.<sup>43</sup>

ADRIAN RAINE, por sua vez, afirma que a evolução tornou a violência e o comportamento antissocial um modo de vida lucrativo para uma pequena minoria da população. Isso porque, segundo RAINE, a capacidade para más ações antissociais pode, em parte, ser entendida com referência à biologia evolutiva e é a partir de essenciais mecanismos evolutivos que as diferenças genéticas ajudam a moldar o que ele chama de anatomia da violência.<sup>44</sup> RAINE sustenta que a influência genética para o crime foi comprovada em estudo de grupos de bebês adotados que cresceram em ambientes completamente diferentes e nunca tiveram contato com os pais biológicos. Tal estudo teria demonstrado que os descendentes de pais biológicos criminosos seriam mais propensos a se tornarem criminosos quando adultos do que os descendentes de pais não criminosos.<sup>45</sup> RAINE explica que em tomografia realizada por ele em cérebros de 41 homicidas, foram encontradas significantes reduções no metabolismo de glicose do córtex pré-frontal, que levam, no plano das emoções, à perda de controle sobre partes evolucionariamente mais primitivas do cérebro, como o sistema límbico, responsável por emoções como raiva e fúria; no plano comportamental, à irresponsabilidade e quebra de regras; no plano da personalidade, à impulsividade, à perda do autocontrole, à inabilidade para apropriadamente mudar ou inibir comportamentos.<sup>46</sup>

Já segundo NIKOLAS ROSE o Judiciário ainda defende as ficções não genéticas e não psiquiátricas do livre arbítrio, da

---

<sup>43</sup> ROTH, *Das Problem der Willensfreiheit aus Sicht der Hirnforschung*, 2007, p. 90-91.

<sup>44</sup> RAINE, *The Anatomy of violence: the biological roots of crime*, 2013, p. 24.

<sup>45</sup> RAINE, *The Anatomy of violence: the biological roots of crime*, 2013, p. 56-57.

<sup>46</sup> RAINE, *The Anatomy of violence: the biological roots of crime*, 2013, p. 76-78.

autonomia de escolha e da responsabilidade pessoal não porque o discurso jurídico considera isso uma explicação científica dos determinantes da conduta humana, mas porque julga necessário proceder como se o fato tivesse sido praticado por razões relacionadas a noções predominantemente de ordem moral e política. A tendência do pensamento jurídico, em sua opinião, parece ser cada vez mais a ênfase na inescapabilidade da responsabilidade moral e da culpabilidade. ROSE sustenta que, nesse contexto, o argumento da biologia é apropriado para exercer seu mais significativo impacto não por meio de manobras de advogados de defesa, mas na determinação da sentença. Se a conduta social está indelevelmente inscrito no corpo do agressor, não é a mitigação da pena que é requerida, mas a pacificação a longo prazo do indivíduo irremediável em nome da proteção pública, mesmo que isso signifique a rejeição de muitas regras de considerações jurídicas, como a referente à proporcionalidade entre crime e pena.<sup>47</sup> ROSE sustenta que a nova biologia do controle não trata de focar em grupos raciais ou subgrupos de população, como era feito na primeira metade do século XX, mas de identificar o “risco” entendido em termos clínicos, ou seja, à medida que indivíduos de certos grupos podem carregar um elevado risco por condições específicas que não se referem ao controle de grupos de população em massa, mas com a identificação de indivíduos específicos em que a predisposição biológica e familiar pode, em certas condições sociais ou de desenvolvimento, levar a uma conduta social ou antissocial.<sup>48</sup>

Tanto as teses clássicas, focadas em manifestas digressões

---

<sup>47</sup> ROSE, *The biology of culpability: pathological identity and crime control in a biological culture*, 2000, p. 13.

<sup>48</sup> ROSE, *The biology of culpability: pathological identity and crime control in a biological culture*, 2000, p. 22.

raciais e eugênicas, quanto as modernas, que difundem um discurso arrimado ao funcionamento cerebral e à genética hereditária, levaram ao desenvolvimento de diferentes propostas de neutralização do indivíduo biologicamente indesejado. O conteúdo dessas propostas, basicamente voltado para impedir uma suposta decadência da espécie humana, é o que se examina no tópico seguinte.

### **2.1. As propostas de neutralização do criminoso ou antissocial biologicamente predeterminado, da eugenia clássica à nova neurocriminologia**

A noção de que existem seres humanos biologicamente inferiores, difundida com *status* científico entre o século XIX e a metade do século XX, originou desde propostas caricatas de “aperfeiçoamento” da humanidade até leis cruéis de segregação e eugenia que visavam neutralizar e extinguir seres humanos inaptos a uma sociedade superior. O antropólogo e matemático inglês FRANCIS GALTON, que criou o termo eugenia, chegou a sugerir que a reprodução humana, a exemplo do que já acontecia com cachorros e cavalos, fosse orientada à formação de uma raça de homens altamente talentosos por meio de casamentos judiciosos durante várias gerações consecutivas.<sup>49</sup> Essa ideia de povoar o planeta de uma raça superior, mediante uma espécie de “haras” humano (denominada eugenia positiva), foi desdobrada pelos seguidores de GALTON no objetivo de se evitar cruzamentos indesejáveis que pudessem levar à degeneração (chamada eugenia negativa), cujo sucesso alcançado no início do século XX promoveu o estabelecimento de instituições e leis que

---

<sup>49</sup> GALTON, *Hereditary genius: an inquiry into its laws and consequences*, 1892, p. 1.

propunham medidas como esterilização, segregação, restrição a casamentos e adoção, que pudessem extinguir a longo prazo a existência de degenerados.

Nos Estados Unidos, onde as teses de GALTON tiveram grande repercussão, foi aprovada no ano de 1907, no Estado de Indiana, a primeira lei a autorizar a esterilização forçada de criminosos habituais, incorrigíveis ou condenados por crimes específicos, como estupro; além de epiléticos, insanos e idiotas sob custódia de instituições estatais. Em apenas dez anos, entre 1907 e 1917, leis semelhantes já eram adotadas por mais quinze estados diferentes. Em 1927, a lei de esterilização compulsória de criminosos e doentes mentais do Estado da Virgínia teve confirmada sua constitucionalidade em julgamento da Suprema Corte, no caso *Buck vs. Bell*, ocasião em que foi lançado o famoso argumento do juiz Oliver Wendell Holmes de que “três gerações de imbecis é suficiente”.<sup>50</sup> Com suporte financeiro, político e científico de instituições estadunidenses, como a Instituição Carnegie e a Fundação Rockefeller,<sup>51</sup> defensores de teses eugênicas se propagaram pela Europa e fundaram organizações como a alemã Instituto Kaiser Wilhelm de Antropologia, Genética Humana e Eugenia, célula da política de eugenia nacional-socialista. Leis de esterilização compulsória de criminosos e doentes mentais foram, à época, sucessivamente aprovadas, por exemplo, no Cantão de Vaud, na Suíça, em 1928, na Dinamarca, em 1929, na Suécia e na Noruega, em 1935, e, as mais radicais, na Alemanha, após a chegada de Adolf Hitler ao poder, em 1933.

---

<sup>50</sup> KEVLES, *In the name of eugenics: genetics and the uses of human heredity*, 1986, p. 100-111.

<sup>51</sup> Sobre o incentivo de instituições dos Estados Unidos para a prática de eugenia na Alemanha nacional-socialista, BLACK, *War against the weak: eugenics and America's campaign to create a master race*, 2012, p. 348-391.

Em 14 de julho de 1933, apenas seis meses depois de seu início, o regime nacional-socialista implementou a Lei para Prevenção de Doenças Hereditárias, que previa a esterilização compulsória em massa de deficientes mentais, esquizofrênicos, maníaco-depressivos, portadores de Coreia de Huntington, epiléticos, portadores de deformações hereditárias, surdos, cegos hereditários e, opcionalmente, alcoólatras.<sup>52</sup> As esterilizações forçadas tiveram início em 1º de janeiro de 1934 e somente neste primeiro ano atingiram 56.000 pessoas.<sup>53</sup> Em 1934, o Código Penal alemão foi modificado pela Lei sobre o Delinquent Habitual Perigoso, que implementou medidas de “custódias de segurança”, propostas desde o final do século XIX pelo penalista FRANZ VON LISZT, que permitiam manter o delinquent habitual, uma vez cumprida sua pena, em um centro de trabalho por tempo indeterminado, além da esterilização e castração dos delinquentes sexuais. Calcula-se que, entre 1934 e 1944, mais de 17.000 pessoas foram internadas em campos de concentração em razão desta lei, de onde não saíram mais com vida.<sup>54</sup> Em 1935 foram anunciadas as Leis de Nuremberg: a Lei da Bandeira do Reich, a Lei da Cidadania do Reich e a Lei da Proteção do Sangue e Honra Alemães, que previam a segregação racial e proibiam união matrimonial, coabitação, relações sexuais e outras espécies de relacionamentos entre alemães e membros de raças inferiores, principalmente judeus, mas também negros e ciganos. Em 1944 foi apresentada a redação final do Projeto de Lei sobre os Estranhos à Comunidade, que considerava

---

<sup>52</sup> BLACK, *War against the weak: eugenics and America's campaign to create a master race*, 2012, p. 370.

<sup>53</sup> BLACK, *War against the weak: eugenics and America's campaign to create a master race*, 2012, p. 375.

<sup>54</sup> MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2003, p. 170-174.

estranho à comunidade quem, por sua personalidade ou condução de vida, bem como extraordinários defeitos de compreensão ou de caráter, fosse incapaz de cumprir com suas próprias forças as exigências mínimas da comunidade do povo; que, em atitude de rechaço ao trabalho levasse uma vida inútil, dilapidadora ou desordenada, molestasse os outros ou a comunidade, ou por inclinação à mendicância, à vagabundagem, ao trabalho ocasional, praticasse pequenos furtos, fraudes ou outros delitos menos graves, ou em estado de embriaguez provocasse distúrbios ou, por essas razões, infringisse gravemente seus deveres assistenciais, ou, por seu caráter associal ou agressivo, perturbasse continuamente a paz da generalidade, ou, por sua personalidade ou forma de condução de vida revelasse que sua mente se dirigia à prática de delitos graves (delinquentes inimigos da comunidade e delinquentes por tendência), os quais estariam submetidos a medidas como colocação à disposição da polícia, esterilização, castração, pena por tempo indeterminado e de morte.<sup>55</sup> Além das milhões de pessoas exterminadas por motivos étnicos, é estimado que, entre os anos de 1934 e 1945, por volta de 400.000 foram esterilizadas e 200.000 exterminadas por motivos eugênicos não étnicos, entre criminosos e portadores de doenças genéticas ou irreversíveis.<sup>56</sup>

Apesar da derrota da Alemanha nacional-socialista na Segunda Guerra Mundial, medidas eugênicas não foram abandonadas. Esterilizações forçadas por motivos de crime, doença ou etnia continuaram a acontecer em diversos países. Nos Estados Unidos, até o ano de 1979, mais de 60.000 pessoas foram esterilizadas à força,

---

<sup>55</sup> MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 2003, p. 193-202.

<sup>56</sup> BACHRACH, *In the name of public health — Nazi racial hygiene*, 2004, p. 417-420.

20.000 apenas no Estado da Califórnia, a maior parte de ascendência mexicana,<sup>57</sup> mesmo estado em que até o ano de 2010 equipes médicas de presídios continuavam a coagir presas a realizar cirurgias de ligação de trompas.<sup>58</sup> Entre os anos 1935 e 1976, 62.000 pessoas foram compulsoriamente esterilizadas na Suécia por pertencerem a raças consideradas inferiores ou a classes marginalizadas em geral<sup>59</sup> e, por mais de três décadas, vigorou uma lei, declarada inconstitucional apenas em 2013, que obrigava à esterilização pessoas que pretendessem se submeter à cirurgia de transgênero.<sup>60</sup> No Peru, entre os anos de 1990 e 2000 foram esterilizadas forçadamente, por meio de coação ou logro, mais de 270.000 mulheres pobres e indígenas.<sup>61</sup> Assim, o objetivo de evitar a futura existência de seres humanos indesejados, com o aniquilamento da capacidade de procriação daqueles já existentes, permaneceu vivo até os nossos dias.

Entretanto, se as propostas derivadas da eugenia tradicional buscam resultados massivos por meio da extinção coletiva de grupos indesejados, seja por seu genocídio, seja pelo impedimento da futura existência de seus filhos, a abordagem que busca apoio nas

---

<sup>57</sup> STERN, *Sterilized in the name of public health - Race, immigration, and reproductive control in modern california*, 2005, p. 1128-1138.

<sup>58</sup><https://www.washingtonpost.com/blogs/govbeat/wp/2014/09/26/following-reports-of-forced-sterilization-of-female-prison-inmates-california-passes-ban/>

<sup>59</sup> PRED, *Even in Sweden - Racisms, racialized spaces, and the popular geographical imagination*, 2000, p. 115.

<sup>60</sup><https://www.psychologytoday.com/blog/genetic-crossroads/201301/sweden-repeals-forced-sterilization-transgender-people>

<sup>61</sup> GUTIÉRREZ BALLÓN, *El caso peruano de esterilización forzada. Notas para una cartografía de la resistencia*, 2014, in: <http://www.aletheia.fahce.unlp.edu.ar/numeros/numero-9/dossier-de-genero/el-caso-peruano-de-esterilizacion-forzada.-notas-para-una-cartografia-de-la-resistencia>.

neurociências adota um discurso de medidas de neutralização de futuros criminosos de tonalidade pretensamente individual, com base em específicas características neurológicas apresentadas pelo cérebro do delinquente ou antissocial biologicamente predeterminado. ADRIAN RAINE sugere um programa, denominado por ele de “Programa LOMBROSO (*“Legal Offensive on Murder: Brain Research Operation for the Screening of Offenders”*)”, em que propõe que todo jovem de 18 anos seja submetido a um escaneamento do cérebro e a um teste de DNA. Aqueles cujo resultado indicar propensão para futura criminalidade devem ser aprisionados por tempo indeterminado. RAINE afirma que o “Programa LOMBROSO” seria um avanço em relação ao atual sistema judicial, que funciona com tendências raciais, por ser inescrupulosamente objetivo e dirigido por dados, o que deixariam contentes tanto libertários civis quanto líderes de minorias.<sup>62</sup>

NIKOLAS ROSE, por sua vez, sustenta que delinquentes reais ou potenciais devem ser confinados não como membros de uma subpopulação defeituosa ou uma raça degenerada, cuja reprodução deve ser cerceada, mas como indivíduos intratáveis e inaptos a governar eles mesmos de acordo com as normas civilizadas de uma sociedade liberal de liberdade.<sup>63</sup> Segundo ROSE, uma vez identificados indivíduos geneticamente “sob risco”, intervenções para reduzir o perigo podem, então, ser iniciadas, como psicofarmacologia, terapia de genes, habilidades na gestão de vida, reestruturação cognitiva. Assim, com a concepção do controle do crime como saúde pública, novas possibilidades de controle se abrem para a utilização de tais técnicas de

---

<sup>62</sup> RAINE, *The Anatomy of violence: the biological roots of crime*, 2013, p. 364-365.

<sup>63</sup> ROSE, *The biology of culpability: pathological identity and crime control in a biological culture*, 2000, p. 22.

minimização de risco em conexão com concepções biológicas sobre os fundamentos do comportamento violento ou antissocial. ROSE afirma que, de maneira distinta da antiga eugenia negativa, a biologização contemporânea de identidades de risco em nome da saúde pública oferece aos criminólogos biológicos um papel de profissionais terapêutas, terapêutas para indivíduos e para a sociedade em si mesma.<sup>64</sup>

## **2.2 Análise crítica da predeterminação biológica de criminosos ou antissociais defendida pela eugenia clássica e pela nova neurocriminologia**

A eugenia clássica, com seu objetivo de desenvolvimento da superioridade genética e aniquilação de indesejados, foi o motor de uma tragédia cuidadosamente planejada e executada de coisificação do ser humano. Por isso, é um escândalo que traços de suas ideias tenham sobrevivido até a atualidade. O argumento de aperfeiçoamento racial e social motivador de sua aplicação manifestamente nega ao indivíduo a condição de pessoa digna de direitos existenciais mínimos e lhe submete a um nível de dominação semelhante ao exercido sobre animais. No entanto, o custo histórico do extermínio e da mutilação de capacidades reprodutivas de milhões de seres indesejados para evitar impurezas raciais, doenças genéticas, existência de futuros criminosos, antissociais, pobres e marginalizados, não foi suficiente para tornar a eugenia prática intolerável de política pública. Não raro surgem propostas de políticos, veículos midiáticos e opinadores genéricos, de empregar a esterilização em massa de mulheres de classes vulneráveis

---

<sup>64</sup> ROSE, *The biology of culpability: pathological identity and crime control in a biological culture*, 2000, p. 23-24.

como método de prevenção ao crime e à pobreza, embora não se tenha notícia de lugar nenhum do mundo em que se tenha conseguido acabar com o crime e a pobreza por meio da extinção de grupos indesejados. Ainda que sem referir a argumentos assumidamente racistas, como na primeira metade do século passado, tais abordagens reproduzem o mesmo objetivo distópico: a formação de uma sociedade limpa, sem a incômoda presença existencial de seres degenerados.

E também o discurso de identificação individual do futuro criminoso ou antissocial não com base em seu grupo étnico ou social, mas em suas características neurológicas, não difere das velhas pretensões totalitárias. O ponto do qual parte, o abandono da noção de livre arbítrio em favor de um determinismo biológico, está mais próximo de mais uma posição política do que se sua pretendida “neutralidade” científica. Tanto quanto o complexo de reações neurológicas, também é possível comprovar que sujeitos normais em circunstâncias normais possuem a capacidade, por meio da vontade consciente, de controlar os impulsos e decidir o que se prefere. Os dados neurobiológicos que a autodenominada neurocriminologia apresenta não permitem afastar desde logo um pressuposto de liberdade de decisão que consista, em verdade, na capacidade adquirida progressivamente durante o processo de maturidade, educação e socialização que torna o indivíduo, graças à capacidade racional de motivação e autocontrole, dono de seus próprios atos, no limite do humanamente factível, em vez de um mero joguete das circunstâncias, dos impulsos inconscientes e de outros fatores condicionantes. Isso a não ser que aconteçam condições ou circunstâncias anormais que impeçam ou perturbem tal capacidade de vontade consciente. Por outro lado, também é sabido que, mesmo em casos clinicamente graves, o domínio dos próprios atos e o controle dos impulsos e emoções profundas podem ser adquiridos paulatinamente por meio do uso de medicamentos ou substâncias, bem como técnicas

de ajuda psicofisiológica como, por exemplo, terapias, condicionamento comportamental, yoga, meditação ou introspecção.<sup>65</sup> Por isso, é no mínimo precipitado adotar o reducionismo de um determinismo biológico condutor do comportamento humano, pois o ser humano ainda pode ser considerado o único ser capaz de controlar seus instintos e estabelecer seu comportamento de acordo com valores.<sup>66</sup> E mesmo que pesquisas neurobiológicas concluam que a última decisão de ação ocorre por meio da inconsciente memória emocional da experiência, o chamado sistema límbico, de um até dois segundos antes do indivíduo percebê-la como sua decisão consciente, falta a demonstração de que a consciência humana não exerce influência sobre a formação desse mensurável processo neurológico.<sup>67</sup>

Mas não só o pressuposto, também os argumentos utilizados para justificar as propostas medidas de neutralização contra futuros criminosos ou antissociais são inconsistentes. Eles partem de uma insuperável confusão entre crime e violência, que ignora que nem todo crime é violento, mas, ao contrário, a imensa maioria dos tipos penais não envolve violência, e que nem todo comportamento violento pode ser considerado crime, como, por exemplo, aqueles realizados em lutas marciais (MMA, boxe), esportes de alto grau de contato físico (rugby, futebol), condutas sexuais (sodomismo), práticas religiosas (autoflagelação), exercícios militares, etc. Assim, como crime e violência não são conceitos necessariamente relacionados, mesmo a se partir de uma alegada neutralidade científica, a mera apresentação de dados supostamente demonstrativos de eventuais tendências a ações violentas não justifica a predeterminação de um indivíduo como

---

<sup>65</sup> LUZÓN PEÑA, *Libertad, culpabilidad y neurociencias*, 2012, p.36.

<sup>66</sup> HAFT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2004, p. 118.

<sup>67</sup> WESSELS/BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2008, p. 138.

criminoso. Áreas do conhecimento como a psiquiatria e a psicologia estudam comportamentos humanos violentos ao menos desde que foram fundadas sem que isso tenha necessariamente significado a pretensão de adivinhar quem será um futuro delinquente ou antissocial e neutralizá-lo antes da prática de fatos que se supõe que serão cometidos. Não há razão, a não ser o puro desejo totalitário, para, por meio da neurociência, ambicionar-se algo nesse sentido. Ainda que fosse adotada a absurda proposta de neutralização de indivíduos com tendências violentas, isso não levaria ao paraíso livre de crimes defendido pelos neurocriminólogos, pois a prática de crimes com emprego de violência corresponde a apenas uma pequena parcela dos fatos considerados delituosos praticados cotidianamente. E, caso se chegue ao delírio de propor testes que revelem tendências à ambição, à vaidade, ao egoísmo, à busca por dinheiro, fama, poder, etc., para justificar a neutralização de futuros praticantes de crimes não violentos, será preciso neutralizar uma população inteira, com exceção de alguns poucos abnegados, desde o pacífico vizinho da porta ao lado, o comerciante da esquina, o grande empresário, até líderes políticos e professores universitários que viajam o mundo propondo fórmulas mágicas para coisificar seres humanos e satisfazer plateias pouco afeitas à dignidade do outro.

### **3. Reflexões necessárias: a neurociência como instrumento de controvérsias entre o livre-arbítrio e o determinismo**

As novas tecnologias aplicadas às ciências naturais, especificamente em estudos empíricos, tendem a modificar o panorama da análise da culpabilidade por meio de estudos que questionam, cada vez mais, a existência do livre-arbítrio. Os estudos de neurociência possibilitam estudar a constituição do cérebro, sua

estrutura e seu funcionamento, para alcançar uma condicionante que possa interferir no comportamento individual. Há uma espécie de embate entre as ciências jurídicas, de natureza normativa, e as ciências naturais, cujo empirismo permite constatar fenômenos orgânicos capazes de interferir no comportamento humano. Deve-se ter em mente que os métodos de pesquisa da neurociência são completamente diferentes do método normativo: enquanto o jurista presume a liberdade de agir, o neurocientista faz experimentos para confirmar ou negar o livre-arbítrio. Fica claro que não se pode ignorar o avanço das ciências naturais no estudo do comportamento humano<sup>68</sup>. Entretanto, a justiça penal não pode ficar “travada” pelas controvérsias “humano-biológicas”, como explica HASSEMER. Para o autor, a justiça penal deve “avaliar se alguém é ou não imputável, se agiu dolosa ou culposamente, se circunstâncias mitigadoras em sua personalidade o favorecem. [...] não pode postergar suas decisões até o fim da controvérsia sobre o livre-arbítrio, o que pode durar décadas ou séculos”.<sup>69</sup> Formaram-se, basicamente, duas linhas de compreensão das neurociências com o direito penal. Apesar de ser pacífico o reconhecimento de que as ciências naturais afetam a compreensão da liberdade de agir do ponto de vista jurídico, há compatibilidade entre os preceitos das neurociências e das concepções de culpabilidade. JAKOBS, por exemplo, reconhece os resultados da neurociência, não obstante, sua concepção normativa de culpabilidade não é afetada. Para o autor, há uma distinção entre os conceitos de *indivíduos* e *peçoas*: os indivíduos são os seres humanos na sua essência, portadores do livre-arbítrio, enquanto as peçoas são portadoras de

---

<sup>68</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. Lições fundamentais de direito penal, 2017, p. 660.

<sup>69</sup> HASSEMER, *Neurociências e culpabilidade em direito penal*, 2013, p. 214.

obrigações e direitos e se constituem a partir dos papéis dos obrigados e daqueles que detêm o direito – a responsabilidade.<sup>70</sup> Prosegue afirmando que “uma pessoa é *responsável* pela suficiente fidelidade ao direito – e para essa relação hermético-normativa não é necessário nem livre-arbítrio, nem é perturbada por causalidade física das atividades cerebrais ou das determinações psíquicas voluntárias ou involuntárias”.<sup>71</sup> Desse modo, uma sociedade normativamente estruturada mantém uma relação com as *peessoas*, não com os *indivíduos*. As pessoas são os destinatários comunicativamente construídos de direitos e obrigações, e a neurociência investiga indivíduos, não a sociedade constituída por pessoas.<sup>72</sup>

Em conclusão, extrai-se que um conceito normativo de culpabilidade pouco é afetado por conclusões empíricas da neurociência. De maneira semelhante, MORSE reconhece um problema sobre o livre-arbítrio que não se encontra na lei. O problema genuíno do livre-arbítrio é metafísico e muitas vezes engendra confusão. Refere-se se os seres humanos possuem a capacidade ou o poder de agir por causas que não estão além de si mesmos, referindo-se à liberdade da vontade. A importância de ter esse poder ou capacidade resulta da polêmica crença de existir a possibilidade de responsabilizar genuinamente as pessoas. Resolver o problema da vontade livre teria implicações profundas para as doutrinas e práticas de responsabilidade, mas, no momento, o problema não desempenha nenhum papel apropriado na lei e a neurociência não pode resolvê-la em nenhum caso. O direito penal aborda problemas genuinamente

---

<sup>70</sup> JAKOBS, *Indivíduo e pessoa...*, 2012, p. 34.

<sup>71</sup> JAKOBS, *Indivíduo e pessoa...*, 2012, p. 38.

<sup>72</sup> JAKOBS, *Indivíduo e pessoa...*, 2012, p. 40.

relacionados com a responsabilidade, incluindo a consciência, a formação de estados mentais, como a intenção e o conhecimento, a capacidade de racionalidade e compulsão, mas nunca aborda a presença ou ausência do livre-arbítrio libertário. Na verdade, se a responsabilidade criminal é devidamente compreendida, o livre-arbítrio deixa de ser fundamental.<sup>73</sup> Para HASSEMER, neurocientistas discutem entre si aproximadamente como os penalistas fazem, o que tem, por sua vez, uma consequência importante para a justiça penal e para a ciência penal. Discutem entre si sobre abordagens e sobre resultados, e às vezes corrigem ou amenizam suas opiniões anteriores. Não se vislumbra um fim da controvérsia entre determinismo e livre-arbítrio, nem parece que se deseja alcançá-la.<sup>74</sup> Os neurocientistas desenvolvem conhecimentos que, caso sejam corretos e adequados, retiram a base de uma boa parte de nossas suposições sobre o direito penal e seu mundo, e as reações da ciência jurídico-penal são correspondentes a isso. Os penalistas ficam divididos e perplexos diante dos neurocientistas porque não participam de seus trabalhos de pesquisa. Acontece que os resultados dessas pesquisas chegam aos penalistas, que, por sua vez, tentam apontar quais as consequências que geram para o direito penal<sup>75</sup>. Enfatiza HASSEMER que cada ciência tem seus objetos, métodos e instrumentos: os penalistas não se tornarão neurocientistas e não podem com eles dialogar; os penalistas não são participantes das pesquisas da neurociência, são apenas recipientes de seus resultados<sup>76</sup>. Finaliza o autor concluindo que não existe conhecimento suficiente à fundamentação de decisão no sentido de

---

<sup>73</sup> MORSE, *Neuroscience, Free Will, and Criminal Responsibility*, 2015, p. 252.

<sup>74</sup> HASSEMER, Winfried, *Neurociências e culpabilidade em direito penal*, 2013, p. 213.

<sup>75</sup> HASSEMER, *Neurociências e culpabilidade em direito penal*, 2013, p. 215.

<sup>76</sup> HASSEMER, *Neurociências e culpabilidade em direito penal*, 2013, p. 216.

que uma pessoa poderia ter agido de outro modo na situação concreta. Considerando-se, ainda, o radicalmente limitado conceito de verdade processual e acrescentando-se as distorções de descoberta da verdade no processo penal real, além da *praxis* de acordos com frustração sistemática da busca da verdade, fica evidente que a possibilidade de verificação do poder agir de outro modo é um autoengano do penalista. Categorias de exclusão da culpabilidade são constelações nas quais o direito penal e as ciências empíricas sobre as pessoas se tocam, ou se atravessam. O campo dessas categorias está aberto no futuro. Seu objeto é o resultado de desenvolvimentos a longo prazo nas ciências empíricas, mas também da decisão penal sobre a relevância de tais desenvolvimentos para a imputação da culpabilidade.<sup>77</sup>

STRENG afirma que a consciência realista e introspectiva a respeito a nossos processos de tomar decisões, bem como nossa liberdade de tomá-las, está exposta a dúvidas, por exemplo, através de experimentos nos quais foram provocadas ações das pessoas envolvidas por estímulos de determinadas zonas do cérebro, quer dizer, ações originadas organicamente. A consciência de liberdade aponta que a pessoa que age livremente tem a capacidade de reagir no marco de sua autodireção perante mensagens externas, ou seja, há uma capacidade de perceber as dimensões da realidade e as exigências sociais. Por isso, pode-se qualificar a sensação de liberdade como um “elemento dinamizante” ou uma “determinante dinâmica” do comportamento humano. Em vista do potencial das sensações de liberdade, que enriquecem as determinantes de tomar decisões mediante aspectos da realidade e especificamente por meio de exigências normativas, parece legítimo exigir das pessoas um esforço para tomar decisões conforme a norma. Com a consciência da decisão livre, os cidadãos aceitam que

---

<sup>77</sup> HASSEMER, Neurociências e culpabilidade em direito penal, 2013, pp. 223-224.

eles próprios e seus concidadãos são sancionados por infrações à norma.<sup>78</sup> Há uma corrente que reconhece expressamente a “compatibilização” entre neurociências e direito penal, desde que o indivíduo possa fazer algo diferente do que faz, quando a decisão de agir dependa da própria pessoa e quando não houver qualquer coação.<sup>79</sup> DEMETRIO CRESPO adota uma concepção de “compatibilização humanista”, segundo a qual os conhecimentos das neurociências permitiriam uma revisão dos aspectos subjetivos da dogmática jurídico-penal. O autor reconhece que os novos conhecimentos podem trazer novas hipóteses de inimputabilidade e semi-imputabilidade e restringir o uso de penas ao incentivar a adoção de medidas alternativas aos castigos tradicionais<sup>80</sup>. Enfim, os estudos de neurociências podem ser de grande utilidade ao direito penal, especialmente no reconhecimento de novas situações em que a pena seja dispensável e no incentivo a novas modalidades de consequências jurídicas de ato ilícito. Essencial é não permitir que essas informações sejam utilizadas para antecipar punições de “prováveis” criminosos e tomar todas as cautelas para não se instalar um direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. Qualquer novo conhecimento deve ser utilizado em favor da preservação das liberdades individuais.

#### **4. O criminoso ou antissocial predeterminado com base em argumentos estatísticos: a política criminal atuarial**

---

<sup>78</sup> STRENG, Franz. *Investigación del cerebro, libertad volitiva y derecho penal de la culpabilidad*, 2013, pp. 213-214.

<sup>79</sup> RUBIA VILA, Francisco J. *La cuestión de la libertad humana desde las neurociencias*, 2014, p. 132.

<sup>80</sup> DEMETRIO CRESPO, “Compatibilismo humanista”: una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal, 2012, pp. 19-20.

O objetivo de identificar predisposição a comportamento criminal ou antissocial por meio da estatística remonta ao astrônomo, matemático, estatístico e sociólogo belga LAMBERT ADOLPHE JACQUES QUÉTELET. Sem reconhecer que características biológicas ou fisionômicas pudessem exercer um papel relevante, QUÉTELET defendia que a propensão criminal, segundo o demonstrado por dados estatísticos, tornava-se mais intensa de acordo com a idade, especialmente por volta dos 25 anos;<sup>81</sup> com o gênero, mais forte no masculino, de modo que para cada mulher criminosa existiriam quatro homens;<sup>82</sup> com o clima, visto que o grande número de delitos contra pessoas aconteceriam no verão;<sup>83</sup> e com a profissão, pois indivíduos com profissões mais independentes cometeriam mais crimes contra pessoas, enquanto trabalhadores e classes domésticas estariam mais propensos a praticar delitos contra o patrimônio.<sup>84</sup> Em relação à educação, QUÉTELET sustentava que, conforme a estatística, saber ler e escrever não necessariamente significaria uma instrução moral e poderia, inclusive, servir de ferramenta à conduta delituosa,<sup>85</sup> assim como a pobreza não necessariamente direcionaria o indivíduo ao crime,<sup>86</sup> pois o homem não praticaria crime porque é pobre, mas quando rapidamente passa de uma situação de conforto para uma de miséria.<sup>87</sup> Além disso, segundo QUÉTELET, à medida que são analisados os níveis superiores das camadas sociais e, conseqüentemente, de educação, é possível encontrar uma cada vez

---

<sup>81</sup> QUETELET, *A treatise on man and the development of his faculties*, 1842, p. 95.

<sup>82</sup> QUETELET, *A treatise on man and the development of his faculties*, 1842, p. 95.

<sup>83</sup> QUETELET, *A treatise on man and the development of his faculties*, 1842, p. 95.

<sup>84</sup> QUETELET, *A treatise on man and the development of his faculties*, 1842, p. 95.

<sup>85</sup> QUETELET, *A treatise on man and the development of his faculties*, 1842, p. 95.

<sup>86</sup> QUETELET, *A treatise on man and the development of his faculties*, 1842, p. 95.

<sup>87</sup> QUETELET, *A treatise on man and the development of his faculties*, 1842, p. 95.

menor quantidade de mulheres condenadas em relação aos homens, enquanto que, conforme se desce aos mais baixos níveis, os hábitos de ambos os sexos se assemelham uns aos outros cada vez mais.<sup>88</sup>

No entanto, embora o levantamento de dados estatísticos relacionados à criminalidade não fosse mais uma novidade, sua utilização como instrumento de neutralização de futuros criminosos ou antissociais tornou-se um movimento intenso a partir do estudo de ROBERT M. FIGLIO, THORSTEN SELLIN e MARVIN E. WOLFGANG sobre delinquência juvenil, realizado no ano de 1972.<sup>89</sup> Nesse estudo, os autores adotaram uma lógica de aproximação longitudinal de acordo com o ano de nascimento, conhecida como “birth cohort study”, que pretendia identificar de maneira comparativa as características dos delinquentes, considerados aqueles com alguma espécie de passagem formal pela polícia, a partir da classificação de seus perfis ou tipos segundo a frequência e gravidade dos fatos registrados.<sup>90</sup> A mais importante das conclusões a que chegou foi a de que quase cinquenta e dois por cento de toda a criminalidade juvenil podia ser atribuída exclusivamente a um grupo de reincidentes crônicos, os “chronic recidivists”, que correspondia à somente seis vírgulas três por cento de todos os investigados.<sup>91</sup> Esse resultado, como explica MAURÍCIO DIETER, levou FIGLIO, SELLIN e WOLFGANG a acreditar que a descrição do perfil dos membros dessa minoria mais perigosa permitiria elaborar estratégias preventivas de

---

<sup>88</sup> QUETELET, *A treatise on man and the development of his faculties*, 1842, p. 95-96.

<sup>89</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 94.

<sup>90</sup> FIGLIO/SELLIN/WOLFGANG, *Delinquency in a Birth Cohort*, p. 13-24, *apud* DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 95.

<sup>91</sup> FIGLIO/SELLIN/WOLFGANG, *Delinquency in a Birth Cohort*, p. 88-91, *apud* DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 96.

grande utilidade,<sup>92</sup> num contexto em que a identificação dos jovens tendentes a se transformar em criminosos de carreira estava condicionada à prévia descoberta dos fatores que determinavam a formação de carreiras criminosas.<sup>93</sup> A pesquisa apontou que o risco de um jovem praticar um crime, denominado “fator k”, dependia principalmente de três variáveis, quais sejam, 1) a idade em que teve o primeiro contato com a polícia, 2) a natureza da infração praticada e 3) a cor da pele ou raça, sendo o mais determinante o primeiro, que revelava que a chance de um jovem voltar a praticar um delito era diretamente proporcional ao tempo de associação com o sistema de justiça criminal, enquanto o de importância mais relativizada o último, a respeito do qual os autores reconheciam o tratamento desigual dispensado aos adolescentes negros pela polícia como efeito do racismo.<sup>94</sup> Assim, concluíram que o mais racional seria privilegiar ações que simplesmente retirassem os menores reincidentes crônicos da sociedade pelo maior tempo possível, sem se preocupar com sua reinserção social,<sup>95</sup> mas observaram, também, inconsistência na expectativa de delitos mais graves relacionados à quantidade de crimes praticados pelo indivíduo, o que indicava a necessidade de prognósticos de risco mais dinâmicos do que os disponíveis e de cautela quanto a todos os reincidentes, não somente os classificados como de alto risco, além de recomendarem o fim de critérios de justiça

---

<sup>92</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 96.

<sup>93</sup> BLUMSTEIN/COHEN/ROTH/VISHER (Orgs.), *Criminal Careers and “Career Criminals”*, p. ix, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 96.

<sup>94</sup> FIGLIO/SELLIN/WOLFGANG, *Delinquency in a Birth Cohort*, p. 174-243 apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 97.

<sup>95</sup> FIGLIO/SELLIN/WOLFGANG, *Delinquency in a Birth Cohort*, p. 244-255, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 97.

específicos para adolescentes, ou seja, de um sistema normativo próprio para a infância e juventude, bem como que se mudasse o paradigma da não-intervenção, devendo a internação ser tida como regra depois do terceiro registro de crime mais grave.<sup>96</sup>

A metodologia do “birth cohort”, expõe DIETER, foi adotada em todos os grandes centros de Criminologia, enquanto a existência de uma suposta parcela de reincidentes crônicos entre os adolescentes americanos acabou por ser naturalizada pela comunidade acadêmica de tendência punitivista, como ocorreu, por exemplo, no trabalho de DONALD J. WEST e DAVID P. FARRINGTON, em que se anunciou que o conceito de caráter delinquente se tornara estatisticamente demonstrado<sup>97</sup> e se empreendeu esforços para descobrir as causas da delinquência juvenil sob uma perspectiva etiológica-individual focada no processo de formação da personalidade, o que os levou a liderar duradoura pesquisa nesse sentido, publicada na Inglaterra e popularmente conhecida como “Cambridge Study in Delinquent Development (CSDD)”.<sup>98</sup> FARRINGTON buscou antecipar a caracterização da tendência criminosa reduzindo permanentemente a idade daqueles submetidos à pesquisa e, em trabalho que resumia as quatro décadas de investigação do “CSDD”, publicado em 2003, concluiu que era possível prever com relativa segurança o perfil de risco para carreiras criminosas em crianças entre oito e dez anos de

---

<sup>96</sup> FIGLIO/TRACY/WOLFGANG, *Delinquency Careers in Two Birth Cohorts*, 1990, p. 273-298.

<sup>97</sup> FARRINGTON/WEST, *The Delinquent Way of Life*, p. 160, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 99.

<sup>98</sup> WEST, *Present Conduct and Future Delinquency*, p. 135-149; WEST, *Who Becomes Delinquent?*, p. 186-208; FARRINGTON/WEST, *The Delinquent Way of Life*, p. 140-174, apud DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 99.

idade desde que presentes seis fatores: a) comportamento antissocial, isto é, crianças descritas como agressivas, desonestas ou problemáticas, em especial na escola; b) hiperatividade e déficit de atenção, c) baixa inteligência e fraco rendimento escolar, d) contato com membros da família ou pessoas muito próximas com histórico de criminalização, e) família de baixa renda, numerosa ou em condições ruins de moradia e f) disciplina parental deficiente, em razão de autoritarismo ou negligência, constatado objetivamente pela análise da roupas e higiene pessoal dos menores, além de outros indicadores.<sup>99</sup>

E, como explica DIETER, a conveniência da proposta de incapacitação seletiva contra criminosos de carreira logo fez com que os limites de sua aplicação à delinquência juvenil fossem ultrapassados em direção à criminalidade adulta, em especial para respaldar a instituição carcerária e a racionalização econômica das políticas públicas que a legitimava,<sup>100</sup> sendo um dos primeiros estudos nesse sentido o trabalho de MARK A. PETERSON e HARRIET B. BRAIKER “Who Commits Crimes”, publicado em 1981, cujos dados foram retirados de informações prestadas por presos, em que se associava suas respostas e características aos delitos pelos quais haviam sido condenados.<sup>101</sup> Nesse trabalho ficou concluído que existiam duas classes de criminosos, quais sejam, os eventuais e os habituais, sendo que estes últimos foram classificados conforme a frequência na prática delituosa e considerando a informação de que os cerca de oito por

---

<sup>99</sup> FARRINGTON, *Key Results from the First Forty Years of the Cambridge Study in Delinquent Development*, p. 148-150, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 99.

<sup>100</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 101.

<sup>101</sup> PETERSON/BRAIKER, *Who Commits Crimes*, p. 5-13, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 102.

cento mais ativos neste grupo eram responsáveis por aproximadamente sessenta por cento do total de crimes, o que aconselhava a incapacitação desta minoria como medida eficiente, no que toca ao custo-benefício, para reduzir os índices gerais de criminalidade, especialmente os de caráter patrimonial.<sup>102</sup> Os integrantes desse grupo poderiam ser identificados entre indivíduos adultos com as seguintes características: a) jovens, b) usuários de drogas, c) já criminalizados, sobretudo se já no início da adolescência, d) sem estabilidade de emprego ou moradia, e) que incorporaram o papel social de bandido, f) com aspirações sociais incompatíveis com a própria renda e g) que têm como prioridade o benefício possível do ilícito sobre a possibilidade de serem apanhados pelo Estado.<sup>103</sup> Por outro lado, reconheceu-se o problema de que a maioria desses atributos não chegava ao conhecimento dos agentes do sistema de justiça criminal devido a proibições normativas determinadas pelos princípios do devido processo legal e da proteção da intimidade, o que fazia com que os prognósticos de risco elaborados somente sobre os dados objetivos disponíveis nos autos de processos criminais não se mostrassem igualmente confiáveis.<sup>104</sup>

A descrição das características desses criminosos habituais entre a população adulta foi intensificada pelo trabalho de PETER W. GREENWOOD “Selective incapacitation”, escrito em 1982 direcionado à classe política dos Estados Unidos, em que se recomendava que esses critérios fossem incorporados às sentenças

---

<sup>102</sup> PETERSON/BRAIKER, *Who Commits Crimes*, p.165-168, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 102.

<sup>103</sup> PETERSON/BRAIKER, *Who Commits Crimes*, p. 43-150, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 103.

<sup>104</sup> PETERSON/BRAIKER, *Who Commits Crimes*, p. 172-189, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 103.

condenatórias, de modo a se determinar um aumento substancial, como medida preventiva, da pena contra aqueles que possuíam indicadores estatísticos vinculados à reincidência crônica.<sup>105</sup> Suas conclusões, conforme expõe DIETER, serviram de respaldo integral à proposta da incapacitação seletiva, pois, ao contrário dos trabalhos até então desenvolvidos, rejeitava a existência do efeito criminógeno da Execução Penal, constatando que indivíduos que seguiam uma carreira criminosa eram responsáveis pela maioria dos crimes registrados e que, diferente do que até então se defendia, não eram especializados, ou seja, não se restringiam à prática de somente uma espécie de delito, frequentemente aventurando-se para além do seu domínio habitual.<sup>106</sup> Isso levou à conclusão de que a ação político-criminal mais inteligente seria o afunilamento da competência punitiva do Estado contra essa população de alto risco, cujos membros poderiam ser identificados através de sete fatores binários relacionados à habitualidade criminosa: a) reincidência específica, b) permanência na prisão acima de cinquenta por cento do tempo nos últimos dois anos, c) ocorrência de condenação antes do dezesseis anos, d) passagem por instituição destinada a menores infratores, e) uso de drogas recente ou f) na adolescência e g) estado de desemprego acima de cinquenta por cento do tempo nos últimos dois anos, de modo que, a partir dessa tabela, cujo índice de acerto oscilava em torno de cinquenta por cento,<sup>107</sup> e independentemente do crime praticado, seria possível classificar o indivíduo como de baixo (zero e um ponto), médio (dois ou três

---

<sup>105</sup> GREENWOOD, *Selective incapacitation*, 1982, p. v.

<sup>106</sup> GREENWOOD, *Selective incapacitation*, 1982, p. 8-27; 41-47.

<sup>107</sup> GREENWOOD, *Sentencing*, p. 127-128, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 104.

pontos) ou alto risco (quatro pontos ou mais), conforme o sistema que recebeu a denominação de “Seven-Factor Scale”.<sup>108</sup>

Essas conclusões tiveram fortes repercussões acadêmicas, como explica DIETER, sendo endossadas por MARK H. MOORE, segundo o qual a incapacitação seletiva dos criminosos perigosos deveria ser o objetivo central da Política Criminal norte-americana,<sup>109</sup> uma vez que, diante de uma América “assolada pelo crime”, a neutralização dessa minoria violenta, incorrigível e persistente estava, sob qualquer perspectiva, completamente justificada como medida para o controle eficiente da criminalidade.<sup>110</sup> Também nesse sentido, os trabalhos de TERRIE E. MOFFITT provocaram grande repercussão na comunidade acadêmica ao analisar dados relativos à criminalidade juvenil e sua continuidade na vida adulta, segundo os quais a maior parte da criminalidade, dentro ou fora de seu período crítico, correspondente, segundo os dados estatísticos do “FBI”, a um movimento crescente a partir dos doze anos, com pico entre os dezessete e vinte e um anos, sofrendo, em seguida, queda expressiva,<sup>111</sup> pode ser atribuída a um grupo específico de criminosos, denominados persistentes por toda a vida, que, em oposição aos limitados à adolescência, manifestam comportamento antissocial ao longo de toda a vida.<sup>112</sup> Por isso, ainda que objetivamente os tipos de injusto praticados por cada indivíduo

---

<sup>108</sup> GREENWOOD, *Selective incapacitation*, 1982, p. 50-53.

<sup>109</sup> MOORE/ESTRICH/McGILLIS/SPELMAN, *Dangerous Offenders*, p. 53-62, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 105.

<sup>110</sup> MOORE/ESTRICH/McGILLIS/SPELMAN, *Dangerous Offenders*, p. 9-22, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 105-106.

<sup>111</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 107.

<sup>112</sup> MOFFITT, *Natural Histories of Delinquency*, p. 3-61, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 107.

desses grupos seja o mesmo, a determinação central de cada qual é diferente, pois, no grupo limitado à adolescência, a prática de fatos puníveis seria decorrência da necessidade de compensação de um déficit de maturidade, fenômeno próprio da juventude e que se resolve através da aquisição de capital simbólico, isto é, determinados bens definidos conforme a cultura, classe social, idade etc, o que passa pela prática de um ato ilegal, de modo que estes adolescentes se tornam infratores, embora não tendam à reincidência depois de superada essa falta; enquanto o comportamento desviante dos persistentes é determinado por uma psicopatologia, de origem neurológica ou genética, a qual não foi objeto de tratamento adequado, principalmente nos primeiros anos de vida. Assim, embora em cada etapa o comportamento antissocial seja rotulado de maneira diferente, a coincidência na quantidade média de indivíduos correspondente a essas nomenclaturas que denotam desordens psíquicas em estudos longitudinais seria a evidência de que a criança-problema se transforma em delinquente, num contexto em que o grupo de cerca de cinco por cento de meninos em fase pré-escolar considerados muito difíceis de lidar estaria quase todo representado entre os quatro e cinco por cento dos homens adultos mais tarde diagnosticados com “Antisocial Personality Disorder - APD” ou seja, “Desordem de Personalidade Antissocial”, de modo que, segundo as palavras de MOFFITT, “as nomenclaturas podem variar, mas os rostos permanecem os mesmos”.<sup>113</sup> Isso tornaria possível descobrir os persistentes desde muito cedo, em razão de sua predisposição para o comportamento desviante, através de prognósticos de risco capazes de ser feitos a partir dos quatro anos de idade, período em que esse grupo

---

<sup>113</sup> MOFFITT, “*Adolescence-limited*” and “*Life-course-persistent*” antisocial behavior, 1993, p. 678.

já seria distinguido com relativa facilidade, de quatro a sete por cento do total, de crianças com síndromes antissociais aparecem no cotidiano de creches e escolas, em especial sob as formas de agressividade e hiperatividade.<sup>114</sup>

Por outro lado, pesquisa coordenada por STUART J. MILLER, SIMON DINITZ e JOHN CONRAD já havia identificado uma fração violenta dentro do conjunto de indivíduos de alto risco, com índice de reincidência em crimes violentos definido em torno cinquenta por cento.<sup>115</sup> Essa distinção entre criminosos persistentes e perigosos era relevante uma vez que, embora tanto risco quanto perigosidade indiquem especial propensão para a prática de crimes, são atribuições independentes, pois o primeiro indica as chances numéricas de um indivíduo ser selecionado pelo sistema de justiça criminal e o segundo aponta vocação para a vitimização violenta, o que significa que indivíduos de alto risco podem não ser perigosos e vice-versa.<sup>116</sup> A repercussão dessa pequena comunidade de criminosos de alto risco fez com que o objetivo fundamental da incapacitação seletiva passasse a ser a neutralização eficiente desse pior grupo de seres humanos, quais sejam, os violentos com forte tendência à reincidência, isto é, os perigosos, também denominados predadores sociais, os quais são o alvo prioritário, em especial quando a violência é de natureza sexual, quando são enquadrados como predadores sexuais, sobre os quais é

---

<sup>114</sup> MOFFITT, “*Adolescence-limited*” and “*Life-course-persistent*” antisocial behavior, 1993, p. 679-680.

<sup>115</sup> MILLER/DINITZ/CONRAD, *Careers of the Violent*, p. 213-223, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 110.

<sup>116</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 110.

recomendada uma intervenção enérgica e rápida, de preferência nas primeiras etapas da vida adulta, considerado o período mais ativo.<sup>117</sup>

Isso somente se tornaria possível, entretanto, com o aumento da eficiência do sistema de justiça criminal, através da adoção de uma perspectiva gerencialista, em três etapas: a primeira, identificar os indivíduos com perfil de risco; a segunda, classificá-los em busca dos perigosos e/ou de alto risco; a terceira, neutralizar estes elementos por longos períodos, sem se preocupar com sua ressocialização, impossível, o que, para ser realizado de maneira ideal, exige a diminuição do controle legal no exercício da competência punitiva e a redução da discricionariedade dos agentes do sistema de justiça criminal, principalmente juízes e promotores.<sup>118</sup> Em 2007, ALEX R. PIQUERO, ALFRED BLUMSTEIN e DAVID P. FARRINGTON sintetizou esse entendimento em dez máximas. Em primeiro lugar, o início da atividade delincente se dá entre os oito e catorze anos, considerada, respectivamente, a menor idade revelada em entrevistas e a maior descoberta nos registros oficiais, e o fim entre os vinte e vinte e nove anos de idade, ainda que uma pequena minoria permaneça por toda a existência adulta. Em segundo lugar, os picos de conduta criminosa ocorrem ao final da adolescência, entre os quinze e dezenove anos. Em terceiro lugar, quanto mais cedo se inicia a prática criminosa, tanto maior é a probabilidade de uma longa e movimentada carreira criminosa. Em quarto lugar, existe uma relativa estabilidade na frequência comportamento criminoso, expressando-se a tendência da infância na adolescência e desta na maturidade. Em quinto lugar, uma

---

<sup>117</sup> FIGLIO/THORNBERRY/WOLFGANG, *From Boy to Man, from Delinquency to Crime*, p. 195-202, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 111.

<sup>118</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 111.

parcela mínima da população, os reincidentes crônicos, pratica uma grande quantidade de delitos, os quais geralmente iniciam suas atividades com pouca idade, possuem alta frequência individual na prática de crimes, seguindo carreiras longas. Em sexto lugar, os criminosos incorrigíveis normalmente são, mesmo que violentos, versáteis e menos especializados do que o suposto pelas agências policiais. Em sétimo lugar, os criminosos persistentes possuem a tendência de adotar um modelo de comportamento antissocial ou imoral, como ingestão rotineira e substancial de bebidas alcoólicas, direção imprudente, vida sexual promíscua etc. Em oitavo lugar, quando se tornam adultos, os reincidentes crônicos agem menos em grupo e mais individualmente. Em nono lugar, os motivos para prática de delitos se modificam ao final da adolescência, pois se antes dos vinte anos são bastante variáveis, inclusive o prazer da aventura na prática do proibido, o tédio ou a expressão de um sentimento de revolta, depois dessa idade, o motivo utilitário se torna progressivamente dominante. E, em décimo lugar, certas espécies de delitos se relacionam com uma idade específica, começando normalmente mais tarde os mais graves e aumentando-se a diversificação até o final da adolescência, depois tendendo à especialização.<sup>119</sup>

#### **4.1. As propostas de neutralização do criminoso ou antissocial estatisticamente predeterminado**

A proposta de incapacitação seletiva por meio de instrumentos atuariais de aferição do risco individual tornou-se, como expõe DIETER, o eixo central do programa oficial para gestão da

---

<sup>119</sup> BLUMSTEIN/FARRINGTON/PIQUERO, *Key Issues in Criminal Career Research*, 2006, p. 3-4 e 199-217.

criminalidade. A sua plena realização deveria pressupor tanto a subordinação formal do Direito, Processo e Execução Penal quanto material de policiais, promotores, juízes e agentes penitenciários, o que demandou o esvaziamento da disciplina normativa e o fim da discricionariedade dos agentes da repressão.<sup>120</sup> A maioria das proibições normativas para incapacitação foi retirada pelo Poder Legislativo, principalmente através da edição de leis como a denominada “Three strikes”, a detenção prolongada ou perpétua foi legitimada com apoio popular e, para garantir que a incapacitação fosse efetivamente seletiva com base na estatística, buscou-se reduzir a margem de ação dos agentes públicos, de modo a controlar-lhes a discricionariedade no exercício da seletividade.<sup>121</sup>

Assim, a própria lei penal precisou ser reformulada, com o abandono de parâmetros axiológicos de justiça e a abertura de espaço para a automação da repressão, de modo que policiais, promotores, juízes e agentes penitenciários não definissem suas ações com base em interpretações pessoais ou normativas, mas, como gestores, somente a partir do cálculo atuarial aplicado.<sup>122</sup> No campo da Execução Penal a lógica atuarial passou a cumprir a missão fundamental de classificar os condenados, homens ou mulheres, adultos ou jovens, em baixo ou alto risco, para atender ao que consideram, de acordo com sua lógica própria, individualização da pena privativa de liberdade.<sup>123</sup> Os

---

<sup>120</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 115.

<sup>121</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 117.

<sup>122</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 119-120.

<sup>123</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 121.

prognósticos de risco também passaram a ser utilizados ao fim da execução institucionalizada da pena, com o fim de ajustar o grau de supervisão ao qual estarão sujeitos os presos depois de soltos.<sup>124</sup> E, como explica DIETER, o uso da tecnologia para classificar e dispor dos corpos dos condenados em favor da plena neutralização dos criminosos tornou permanente a tentação totalitária, como o desejo de autoridades americanas de manter os reclusos permanentemente sedados com o fim de diminuir o risco de conflitos internos, proposta publicamente ventilada que não foi levada adiante em virtude de possíveis contestações judiciais.<sup>125</sup>

Nesse contexto, expõe DIETER, a incapacitação seletiva dos acusados ou condenados por crimes sexuais, denominados delinquentes sexuais, se apresenta como um âmbito dos mais expressivos de aplicação da lógica atuarial no sistema de justiça criminal, em especial quanto à tentativa de neutralização daqueles que vitimizam crianças e adolescentes.<sup>126</sup> Essa busca levou à criação nos Estados Unidos de um registro nacional compulsório de todos os processados ou condenados por crimes sexuais em uma lista pública e oficial, de modo que é possível identificar em tempo real quem são e onde estão depois de uma consulta rápida e irrestrita.<sup>127</sup> O registro de pessoas condenadas por crimes sexuais é obrigatório em todos os cinquenta estados, cuja atualização periódica do endereço dos condenados que estão em liberdade é obrigatória pelo prazo mínimo

---

<sup>124</sup> HARCOURT, *Against prediction*, 2007, p. 7-8.

<sup>125</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 130.

<sup>126</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 131-132.

<sup>127</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 132.

de dez anos e, nos casos mais graves, daqueles considerados predadores sexuais violentos (“Sexually Violent Predators – SVP”), exige-se a manutenção do registro por toda a vida.<sup>128</sup> Atualmente todos os estados americanos contam com um sítio eletrônico oficial permitindo a identificação de indivíduos com antecedentes pela prática de crimes sexuais, cuja busca pode ser realizada através de dados individuais, como nome, patronímico, características físicas etc. ou de acordo com o endereço de quem pesquisa, podendo também ser encontrado, em alguns casos, informações sobre indivíduos condenados por outros delitos e considerados de “alto risco”.<sup>129</sup> Em todos os endereços eletrônicos está prevista a possibilidade de notificação oficial às autoridades de algum ato suspeito e alguns permitem mandar mensagens instantâneas, via SMS, ao celular do registrado com alertas para que evite determinados lugares ou pessoas, sob pena de imediata comunicação à polícia.<sup>130</sup> Algumas comunidades buscam a redução do risco a zero mediante a criação legal de zonas livres de criminosos sexuais, as “sex offenders free zones”, nas quais é vedado o trânsito de indivíduos registrados, principalmente em áreas onde há grande circulação de crianças, como, por exemplo, escolas e parques, embora podendo se estender por todo um bairro,<sup>131</sup> existindo, inclusive, condomínios privados nos quais delinquentes sexuais não podem

---

<sup>128</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 133-134.

<sup>129</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 134-135.

<sup>130</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 136.

<sup>131</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 137.

morar ou ingressar, independentemente do risco de reincidência prognosticado.<sup>132</sup>

O uso de instrumentos atuariais, explica DIETER, também ocorreu no processo de aplicação e execução da pena, para assegurar que os criminosos sexuais sofram penas mais longas e rigorosas, com menor chance de benefícios e maior tempo de incapacitação, de modo que a dosimetria da pena referente aos crimes sexuais passou a ser definida pela lógica atuarial,<sup>133</sup> superando os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade referente a pena imposta com o fim de se realizar uma estratégia de extensão da incapacitação seletiva dos delinquentes sexuais livre dos limites do direito penal.<sup>134</sup> E, no mesmo sentido, após o cumprimento da sentença condenatória, prorrogando indefinidamente a duração da reclusão, de modo que, depois de cumprir o tempo previsto na decisão judicial, o condenado por crime sexual é submetido a novo exame, realizado por prognósticos de risco específicos, em que, constatada sua perigosidade, é transferido da prisão para o manicômio, onde permanece por tempo indeterminado.<sup>135</sup> Sobre isso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu ser constitucional o confinamento por tempo indeterminado de delinquentes sexuais imputáveis com propensão à reincidência em razão de anormalidades mentais ou transtornos de personalidade em clínicas psiquiátricas, mesmo depois de cumprida a sentença

---

<sup>132</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 137.

<sup>133</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 138.

<sup>134</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 140.

<sup>135</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 141-142.

condenatória,<sup>136</sup> permitindo prolongar a reclusão de condenados imputáveis além do estabelecido na sentença condenatória.<sup>137</sup> Respaldados pela Suprema Corte, como explica DIETER, a utilização de prognósticos de risco tornou-se ainda mais intensa. Em abril de 2003, por exemplo, através de um decreto denominado “Virginia’s Sexually Violent Predators Act”, o Departamento Penitenciário do Estado da Virgínia determinou que fossem analisados todos os predadores sexuais violentos próximos da soltura através de um instrumento atuarial denominado “Rapid Risk Assessment for Sex Offense Recidivism”, mecanismo de prognóstico do risco de delinquentes sexuais propostos pelo pesquisador canadense R. KARL HANSON.<sup>138</sup>

A demanda pública por padronização e operacionalização de prognósticos de risco no sistema de justiça criminal levou a elaboração de diversos testes, pois identificar objetivamente inimputáveis ou indivíduos com propensão à prática de crimes violentos e/ou sexuais se tornou, como afirma DIETER, uma obsessão nos Estados Unidos, satisfeita também por centros de pesquisa no Canadá.<sup>139</sup> Na abordagem de suspeitos e na investigação criminal, já é frequente o uso de instrumentos atuariais desde a década de 1970, quando a “Drug Enforcement Administration - DEA” começou a contabilizar as características físicas e comportamentais de traficantes casualmente

---

<sup>136</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 143.

<sup>137</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 144.

<sup>138</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 144.

<sup>139</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 161.

detidos nos aeroportos estadunidense, cujo padrão tornou-se referência para direcionar as abordagens dos agentes aduaneiros.<sup>140</sup> O perfil de risco de passageiro, explica DIETER, também é critério para incluí-lo numa “No-fly list”, cadastro que veda o embarque de indivíduos registrados, sem necessidade de justificação,<sup>141</sup> considerado um dos mais importantes instrumentos para prevenção do risco utilizado pela “Transportation Security Administration - TSA”, agência governamental com poder de polícia responsável por controlar o acesso de passageiros a aviões desde os atentados de 11 de setembro de 2001.<sup>142</sup> Esse cadastro é elaborado a partir do mais amplo “Terrorist Screening Database - TSDB”, administrado pelo órgão “Terrorist Screening Center - TSC”, subordinado ao “Federal Bureau of Investigation - FBI”, o qual, como ocorre nas “sex offenders free zones”, sujeita aviões à proibição de ingresso absoluta e indiscutível para os incluídos na lista de acordo com critérios de risco.<sup>143</sup> A lógica atuarial também é utilizada para selecionar declarações auditadas em razão de possíveis fraudes fiscais, em processo que se baseia num algoritmo complexo e secreto denominado “Discriminant Index Function - DIF”, destinado a antecipar de maneira eletrônica a existência de irregularidades.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 171-172.

<sup>141</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 172.

<sup>142</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 172.

<sup>143</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 172.

<sup>144</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 172 - 173.

Além da interceptação de suspeitos, os prognósticos de risco passaram a influenciar a garantia de soltura, o arbitramento de fiança e o seu valor, a despeito da qual uma análise computadorizada e multifatorial tanto seria capaz de decidir melhor se o indiciado representa ou não risco para o processo, bem como de definir o valor da garantia, pois o uso de instrumentos atuariais evitaria a estipulação de valores inadequados.<sup>145</sup> No caso da prisão preventiva, esta estaria legitimada contra acusados previamente definidos em uma lista como perigosos, não sendo necessária fundamentação relacionada à segurança pública ou não comparecimento do acusado aos atos do processo<sup>146</sup> e, em alguns estados, a presunção de perigosidade acompanha verdadeira inversão do ônus probatório, em que cabe aos identificados pelo instrumento atuarial como indivíduos de alto risco ou perigosos afastar esse rotulamento, além de lhes ser negado o direito de recurso a uma instância superior contra essa classificação.<sup>147</sup> Em âmbito nacional, a lei denominada “Federal Bail Reform Act”, definiu como perigosos e, por conseguinte, sujeitos à prisão cautelar sem direito à fiança, os suspeitos por crimes federais a) violentos ou sancionados com prisão perpétua ou pena capital, b) referentes a tráfico de drogas com dez anos ou mais de pena cominada, c) de qualquer natureza, se já tem contra si mais de uma condenação pelos crimes acima mencionados ou d) condenado nos últimos cinco anos por fato praticado durante liberdade provisória, adotando-se, ainda, uma espécie de quarentena, que permite a detenção do indivíduo por

---

<sup>145</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 173.

<sup>146</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 174.

<sup>147</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 174.

dez dias apenas para definir, segundo indícios, se ele é ou não perigoso, além de considerar como culpados aqueles que ainda aguardam julgamento de recurso.<sup>148</sup>

Em relação ao Ministério Público, a lógica atuarial destina-se a apresentar a promotores elementos de identificação dos criminosos de carreira, recomendando o não oferecimento de qualquer espécie de acordo a acusados considerados de alto risco, especialmente nos casos em que fossem considerados perigosos,<sup>149</sup> como, por exemplo, o previsto nos trabalhos de MARCIA CHAIKEN e JAN CHAIKEN, realizados na década de 1990, apoiados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em que foi sugerido identificá-los através de um método de combinação de critérios diferentes entre duas listas, segundo o qual os elementos da primeira eram existência de a) antecedentes por certos crimes, b) “problemas com drogas”, c) mais de um registro de prisão por receptação, d) histórico de violação dos termos de sentença e e) estar em liberdade condicional ou f) responder a processo criminal quando preso, de modo que, presente um ou mais desses elementos, o indivíduo se submetia à segunda lista, prevendo as seguintes circunstâncias: a) o crime ter como vítima mulher, b) ter sido praticado em lugar público e externo, c) condenação por roubo durante a adolescência, d) utilização de faca para o cometimento do ilícito e, de novo, e) existência de histórico de violação de sentença, de modo que, com exceção dessa última circunstância, a dupla caracterização identifica no potencial réu um criminoso de alto risco, devendo a acusação priorizar o caso e verticalizar a incapacitação seletiva.<sup>150</sup> Por outro lado, como expõe DIETER, o Estado não abdicou

---

<sup>148</sup> BELLASSAI/TABORG, *Attempts to Predict Pretrial Violence*, p. 113-114, apud DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 174.

<sup>149</sup> CHAIKEN, J./CHAIKEN, M. *Redefining the Career Criminal*, 1990, p. 1-7.

<sup>150</sup> CHAIKEN, J./CHAIKEN, M. *Redefining the Career Criminal*, 1990, p. 33-38.

da economia de gastos públicos que lhe é proporcionada pelo plea bargaining, o que levou a lógica atuarial a ser aplicada para aumentar a intensidade das penas previstas e tornar o risco de condenação uma opção muito ruim ao imputado, através de reformas legislativas que padronizaram o sentenciamento e aumentaram o tempo de prisão para a maioria dos delitos, o que foi acompanhado de mais autonomia aos promotores para “negociar” a antecipação da pena. Por isso, atualmente noventa por cento dos acusados declaram-se culpados nos Estados Unidos, o que agravou o problema da superlotação carcerária, pois o sistema prisional passou a ser composto por pessoas que poderiam ter sido absolvidas, submetidas a uma quantidade de pena negociada mais extensa do que a prevista anteriormente.<sup>151</sup>

Já em relação ao Poder Judiciário, como afirma DIETER, os instrumentos de aferição do risco individual tem por objetivo reduzir ao máximo a discricionariedade dos magistrados no momento de aplicação da pena ou, em alguns casos, sugerir sua simples substituição por ferramentas destinadas à descoberta do risco de reincidência e/ou perigosidade de alguns indivíduos, despersonalizando decisões criminais a partir do pressuposto de um “smart sentencing” incompatível com a possibilidade de sentenças proferidas conforme a íntima convicção pessoal do julgador, pois demanda a neutralidade dos critérios objetivos e impessoais de máquinas de calcular o risco individual.<sup>152</sup> Para tanto, foram produzidos softwares que justificassem decisões condenatórias ou absolutórias de acordo com o cálculo atuarial da perigosidade do indivíduo, cujo exemplos mais expressivo é o “Level of Services Inventory-Revised - LSI-R”, desenvolvido no

---

<sup>151</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 179.

<sup>152</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 180.

Canadá, considerado eficiente para prever riscos específicos devido à sua versatilidade e baixo custo, que trabalha com a integração de cinquenta e quatro fatores de risco, tanto estáticos, como, por exemplo, antecedentes e escolaridade, quanto dinâmicos, como orientação ideológica e atitudes emocionais, cujo resultado determina o risco representado pelo criminoso, dispondo sobre as chances de reincidência dentro de um determinado marco temporal.<sup>153</sup> o qual é adotado, além de estados americanos e províncias canadenses, por juízes na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte.<sup>154</sup> Além disso, foi introduzido no âmbito federal estadunidense o “Guidelines Manual of the United States Sentencing Commission”, com o objetivo de reduzir as disparidades ao padronizar o “quantum” da pena das sentenças condenatórias, que de acordo com pesquisas era bastante variável entre as cortes federais, justificando-se a forte redução do processo decisório a critérios objetivos para impedir a influência de preconceitos de classe social, raça, idade, escolaridade etc. no aumento da pena,<sup>155</sup> embora tenha submetido reincidentes a penas mais longas,<sup>156</sup> pois, além da gravidade do delito, os antecedentes criminais são o principal critério para determinar a intensidade da sanção.<sup>157</sup>

#### **4.2. Análise crítica da predeterminação estatística de criminosos ou antissociais defendida pela política criminal atuarial**

---

<sup>153</sup> HARCOURT, *Against prediction*, 2007, p. 78.

<sup>154</sup> HARCOURT, *Against prediction*, 2007, p. 78-82.

<sup>155</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 183.

<sup>156</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 183.

<sup>157</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 183.

A proposta de neutralização de indivíduos com base em dados estatísticos fere, desde logo, diversos princípios fundamentais de direito penal. Em primeiro lugar, viola o princípio da legalidade, pois, ao remeter aos instrumentos atuariais o poder dirigir processos de criminalização, torna-se obscuro aos olhos do cidadão comum os critérios que devem orientar a punibilidade, de modo a impedi-lo de ter a norma penal como ponto de referência dos comportamentos individuais.<sup>158</sup> Também fere o princípio da lesividade, pois os instrumentos atuarias computam como fatores de risco série de direitos que pertencem ao espaço de liberdade individual protegido de qualquer forma de reproche penal, tais como sexo, raça ou etnia do indivíduo, características pessoais protegidas contra qualquer espécie de discriminação; confissão religiosa e convicções políticas, protegidas pelo direito de consciência, crença e convicção; uso de drogas lícitas e ilícitas, protegidas pelo direito à autolesão da saúde e integridade física; estado civil, natureza das relações familiares, orientação sexual, local de residência, protegidos pelo direito à intimidade e vida privada e livre locomoção; vocação para o trabalho, que viola o direito à preguiça.<sup>159</sup> Além disso, viola o princípio da proporcionalidade da pena, pois estabelece padrões de dosimetria da pena incompatíveis com a hierarquia dos direitos fundamentais e de orientação classista, além de estreitar o as possibilidades de uma racionalidade que não seja sistêmica e punitiva.<sup>160</sup> E fere o princípio da humanidade das penas,

---

<sup>158</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 194-195.

<sup>159</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 196.

<sup>160</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 197-198.

pois com a justificativo do alto risco e da perigosidade individual do indivíduo, estabelecem medidas como a execução solitária, prorrogação da pena após o cumprimento da sentença e manutenção perpétua em cadastro público de delinquentes.<sup>161</sup> A política criminal atuarial também fere o princípio da culpabilidade ao desenvolver uma nova versão do direito penal do autor, cujo objetivo de identificar e neutralizar pelo maior tempo possível indivíduos que considera perigosos ou de alto risco por condições inerentes ao ser (como idade, sexo, raça, classe social, existência de antecedentes), que não pressupõem um fazer alguma coisa.<sup>162</sup>

A neutralização de indivíduos com fundamento em argumentos estatísticos foi aplicada no período em que construiu o maior e mais dispendioso sistema carcerário da história da humanidade. A aplicação da lógica atuarial no sistema de justiça dos Estados Unidos ocorreu ao mesmo tempo do movimento de grande encarceramento iniciado a partir da década de 1980, cujos efeitos permanecem na atualidade e são responsáveis por uma população de presos por motivos criminais jamais vista em um único país.<sup>163</sup> O processo de associar pena com técnicas atuariais de identificação, classificação e gerenciamento de grupos de pessoas consideradas perigosas, além de nunca ter conseguido apresentar alternativas para esvaziar as prisões, resultou

---

<sup>161</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 198-199.

<sup>162</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 198-199.

<sup>163</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 217-218. Atualmente a população carcerária estadunidense ultrapassa dois milhões de pessoas e, em 16 estados, há um número maior de pessoas presas do que em dormitórios de faculdades: <http://thegrio.com/2015/03/30/southern-states-more-prisons-college-dorms/>

numa ocupação da geografia do território com enormes estabelecimentos prisionais que causam um forte impacto no orçamento do país.<sup>164</sup> Além disso, a repressão dirigida a determinados grupos minoritários levou a uma inevitável estigmatização de seus membros, o que motivou a resistência das comunidades perseguidas e agravou o preconceito social, inclusive com a restrição de acesso a direitos sociais positivos, como escolaridade e emprego, que, por sua vez, são aplicados como fatores negativos de risco.<sup>165</sup> Assim, a política criminal atuarial edificou um sistema circular que se autoalimenta, mas se expande a uma parcela cada vez maior da população.

## 5. Conclusão

A busca pela predeterminação de indivíduos como criminosos ou antissociais e sua neutralização sob o argumento de que futuramente praticarão fatos reprováveis foi responsável por grande parte dos desastres da humanidade. As ideias clássicas de eugenia, que buscam a predeterminação e neutralização fundadas em argumentos biológicos, levaram ao extermínio e esterilização de milhões de pessoas em razão de etnia, doenças genéticas e mentais, pobreza, comportamentos desviantes, antecedentes criminais, mas sobreviveram aos seus resultados catastróficos e ainda rondam a atualidade como o espectro de um passado que quer se tornar futuro. De propostas não tão ingênuas de utilizar a esterilização como meio de combater a pobreza a brutais chacinas praticadas em bairros populares, o objetivo de limpeza social e racial tem motivado atos e comportamentos

---

<sup>164</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 222-223.

<sup>165</sup> DIETER, *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*, 2012, p. 232-233.

tragicamente atuais. Se fazem muito poucos anos que a esterilização forçada deixou de ser uma política formal de faxina social nos países ocidentais, ainda não deixou de ser uma política informal conduzida por pressões ou má informações prestadas por profissionais de saúde, cujo limite entre a livre escolha do paciente, o logro e a pura coação ainda é de difícil avaliação.

Por outro lado, para aqueles que rejeitam soluções massivas de extermínio, surgiu a proposta neofrenológica de neutralização individual do criminoso predeterminado por suas características cerebrais. Tal nova neurocriminologia, que se vende ao mundo como os xaropes de cura a todos os males do século XIX, apesar do mau uso que faz das necessárias pesquisas neuromedicinais, não consegue demonstrar, por impossível, como seria capaz de livrar o mundo por meio da mera neutralização de jovens cujos testes neurológicos indicassem tendências a comportamentos agressivos. Satisfaz, portanto, somente à pretensão totalitária do poder de aniquilar o indesejado, mas pode, é verdade, um dia ser absorvida pela política criminal de um futuro que caminha cada vez na direção da coisificação do ser humano. Um futuro muito próximo, aliás, como indica a política de predeterminação já aplicada no presente por meio de dados estatísticos. Se nos Estados Unidos essa é a política criminal manifesta e formalmente adotada pelo sistema, na maior parte do mundo é praticada informalmente, por operadores do sistema policial, judicial e carcerário, que, mesmo sem a aplicação dos instrumentos atuariais desenvolvidos pelos técnicos estadunidenses, dirigem a máquina punitiva estatal aos mesmos grupos de vulneráveis, sem a necessidade de *softwares* ou manuais. Não é mera coincidência que os fatores de risco estatísticos coincidem com as características de identidades biologicamente inferiores segundo a velha eugenia: raça, etnia, religião, antecedentes criminais, orientação sexual, vocação para o

trabalho, etc. No contexto da predeterminação do criminoso ou antissocial, a estatística e a biologia são utilizadas como argumentos convergentes para cumprir o objetivo tão antigo quanto atual de limpeza social e racial.

### Referências bibliográficas

BACHRACH, Susan. *In the name of public health — Nazi racial hygiene*, in: *New England Journal of Medicine* 351 (July 2004) 2004.

BELLASSAI, John P. e TABORG, Mary A. *Attempts to Predict Pretrial Violence: Research Findings and Legislative Responses*. In: DUTILE, Fernand N. e FOUST, Cleon H. (Orgs.). *The Prediction of Criminal Violence*. Springfield: Charles C. Thomas, 1987, p. 101-122., *apud* DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

BLACK, Edwin. *War against the weak: eugenics and America's campaign to create a master race*, Washington D.C.: Dialog Press, 2012

BLUMSTEIN, Alfred; FARRINGTON, David P. e PIQUERO, Alex R. *Key Issues in Criminal Career Research: New Analyses of The Cambridge Study in Delinquent Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BLUMSTEIN/COHEN/ROTH/VISHER (Orgs.), *Criminal Careers and “Career Criminals”*, p. ix, *apud* DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese

(Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

CHAIKEN, Jan e CHAIKEN, Marcia. *Redefining the Career Criminal: Priority Prosecution of High-rate Dangerous Offenders*. In: Issues and Practices in Criminal Justice, s.n. National Institute of Justice, 1990.

CUBÍ Y SOLER, Mariano. *Sistema completo de frenología, con sus aplicaciones al adelanto i mejoramiento del hombre, individual i sozialmente considerado*. Barcelona: J. Tauló, 1844.

CRESPO, Eduardo Demetrio. "Compatibilismo humanista": una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; MAROTO CALATAYUD, Manuel. Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Montevideo: B. de F., 2013. p. 17-42.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

FARRINGTON, David P. e WEST, Donald J. *The Delinquent way of life*: Third report of the Cambridge Study in Delinquent Development. London: Heinemann, 1977, *apud* DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

FARRINGTON, David P. e WEST, Donald J. *The Delinquent way of life*: Third report of the Cambridge Study in Delinquent Development. London: Heinemann, 1977, *apud* DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*, Torino: Fratelli Bocca Editori, 1900.

FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. *Delinquency in a birth cohort*. Chicago (Illinois): University of Chicago Press, 1972, *apud* DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

FIGLIO, Robert M., THORNBERRY, Terence P. e WOLFGANG, Marvin E. *From Boy to Man, from Delinquency to Crime*. Chicago: The University of Chicago Press, 1987, *apud* DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

FIGLIO, Robert M., TRACY, Paul E. e WOLFGANG, Marvin E. *Delinquency Careers in Two Birth Cohorts*. New York: Plenum Press, 1990.

GALL, Franz Joseph; SPURZHEIM. Johann Gaspar. *Untersuchungen ueber die Anatomie des Nervensystems ueberhaupt, und des Gehirns insbesondere*, Paris, Strasburg: Bey Treuttel und Würtz Buchhaendler, 1809.

GALL, Franz Joseph. *On the functions of the brain and of each of its parts*, vol. II, Boston: Marsh, Capen & Lion, 1835.

GAROFALO, Rafaelle. *Criminology*, Boston: Little, Brawn and Company, 1914.

GREENWOOD, Peter W. *Selective incapacitation*. Santa Monica: Rand Corporation, 1982

GUTIÉRREZ BALLÓN, Alejandra. *El caso peruano de esterilización forzada. Notas para una cartografía de la resistencia*, in: Aletheia, volumen 5, número 9, octubre 2014, 2014

HAFT, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage. München: C.H. Beck 2004

HARCOURT, Bernard E. *Against Prediction: profiling, policing and punishing in an Actuarial Age*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

HASSEMER, Winfried; COSTA, Helena Regina Lobo da. Neurociências e culpabilidade em direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 211-226., jan./fev. 2013.

JAKOBS, Günther. Indivíduo e pessoa: imputação jurídico-penal e os resultados da moderna neurociência. In: SAAD-DINIZ, Eduardo;

POLAINO-ORTS, Miguel. Teoria da pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArs, 2012. (Diké, 3). p. 23-40.

KEVLES, Daniel J. *In the name of eugenics: genetics and the uses of human heredity* Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1986.

LAVATER, *The pocket Lavater or the science of physiognomy: to which is added, an inquiry into the analogy existing between brute and human physiognomy, from the Italian of Porta*, New York: Van Winkle & Wiley, 1817.

LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, volume primo, Torino: Frateli Bocca Editori, 1896.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Libertad, culpabilidad y neurociencias*, in: Revista InDret, Barcelona, Julio, 2012.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. Lições fundamentais de direito penal. São Paulo: Saraiva. 2017.

MILLER, Stuart J., DINITZ, Simon e CONRAD, John P. *Careers of the violent: the dangerous offender and criminal justice*. Lexington: Lexington Books, 1982, apud DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

MOFFITT, Terrie E. *Natural Histories of delinquency*. In: KERNER, Hasn-Jürgen e WEITEKAMP, Elmar G. M. (Orgs.). *Cross-national longitudinal research on human development and criminal behavior*. NATO ASI Series: Behavioural and Social Sciences, Vol. 76. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 3-61, *apud* DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

MOFFITT, Terrie E. “Adolescence-limited” and “Life-course-persistent” antisocial behavior: a developmental taxonomy. In: *Psychological Review*. Vol. 100. Washington D.C.: American Psychological Association, 1993,

MOORE, Mark H.; ESTRICH, Susan R.; MCGILLIS, Daniel e SPELMAN, William. *Dangerous offenders: The elusive target of justice*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1984, *apud* DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

MORSE, Stephen J. Neuroscience, free will, and criminal responsibility. University of Pennsylvania, Law School, Faculty Scholarship. Paper 1604. pp. 251-286.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

PETERSON, Mark A. e BRAIKER, Harriet B. *Who commits crimes: a survey of prison inmates*. Cambridge - Massachusetts: Oelgeschlager, Gunn & Hain, 1981, *apud* DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

PRED, Allan. *Even in Sweden – Racisms, racialized spaces, and the popular geographical imagination*, Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2000.

QUETELET, Lambert Adolphe Jacques. *A treatise on man and the development of his faculties*, Edinburgh: William and Robert Chambers, 1842.

RAINE, Adrian. *The Anatomy of violence: the biological roots of crime*, New York: Pantheon Books, 2013.

ROSE, Nikolas. *The biology of culpability: pathological identity and crime control in a biological culture*, in: *Theoretical Criminology*, London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 2000.

ROTH, Gerhard. *Das Problem der Willensfreiheit aus Sicht der Hirnforschung*, in: BBAW/Schriftenreihen/Debatte/Heft 1: Zur Freiheit des Willens, 2007.

RUBIA VILA, Francisco J. La cuestión de la libertad humana desde las neurociencias. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, Especial, p. 131-134., 2014.

STERN, Alexandra Minna. *STERILIZED in the name of public health - Race, immigration, and reproductive control in modern california*, in: American Journal of Public Health, July 2005, Vol 95, No. 7, 2005.

STRENG, Franz. Investigación del cerebro, libertad volitiva y derecho penal de la culpabilidad. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 1, p. 213-233., 2013.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 38. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2008.

WEST, Donald J. *Present conduct and future delinquency: First Report of the Cambridge Study in Delinquent Development*. London: Heinemann, 1969, *apud* DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

WEST, Donald J. *Who becomes delinquent? Second Report of the Cambridge Study in Delinquent Development*. London: Heinemann, 1973, *apud* DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história*. 2012. 300 fl. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.