

# A INCAPACITAÇÃO SELETIVA PELA SUBSUNÇÃO DO INDIVÍDUO AO GRUPO E O CASO DO ESTADO DA VIRGÍNIA

Bruno Ribeiro Uchôas  
Cláudia Toledo  
Eduardo Khoury

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o uso de ferramentas de assessoramento de risco e o crescimento do sentenciamento baseado em evidências nas políticas criminais aplicadas nos Estados Unidos, analisando especialmente o programa implementado no estado da Virgínia no início do século XXI. A prática apresenta dilemas éticos e constitucionais aparentemente incontornáveis e institucionaliza o uso de fatores socioeconômicos e demográficos na limitação da liberdade. O estudo pretende demonstrar a irracionalidade de se limitar a liberdade dos indivíduos com base em sua subsunção a grupos classificados conforme características que lhe são previamente atribuídas.

**Palavras-chave:** Assessoramento de risco; Incapacitação seletiva; Softwares; Direitos Fundamentais.

### 1- Introdução

O presente trabalho é fundado em pesquisa recentemente iniciada, cujo objeto é a análise crítica da utilização, pelo poder judiciário norte-americano, de softwares como instrumento para avaliação do grau de periculosidade do réu a partir da mensuração do seu risco de reincidência. Pretende-se aqui dar especial enfoque para a ferramenta atuarial (pesquisas estatísticas e programas de computador) aplicada pela política criminal do Estado da Virgínia, Estados Unidos. É uma *risk assessment tool*, classe definida (Kraemer 1997 apud MONAHAN; SKEEM, 2014, p. 420) como “o processo de utilizar fatores de risco para estimar a probabilidade de um resultado ocorrido em uma população”. O objetivo é subsidiar a nossa pesquisa acerca do emprego de tais ferramentas e do movimento de “decisão baseada em evidências” (*evidence-based sentencing*), que ocorre em países como Estados Unidos, Canadá e Reino Unido, com informações empíricas e teóricas do emprego de um desses

instrumentos no caso concreto de uma jurisdição que está na vanguarda do desenvolvimento e emprego dessas técnicas.

Os instrumentos atuariais no âmbito criminal atribuem ao indivíduo uma nota ou pontuação que o classifica como tendo baixa, média ou alta “probabilidade de reincidência”. As ferramentas são construídas sobre padrões colhidos dentre a população carcerária, associando eventual reincidência dos ex-condenados em um dado intervalo de tempo com seus dados socioeconômicos, demográficos e antecedentes criminais. O modelo resultante da articulação de todos esses elementos é então replicado, do que resulta a criação de estereótipos dos novos ofensores. Aliás, a incorporação da discriminação com base em fatores socioeconômicos e demográficos ao sentenciamento é o fator mais eminentemente distintivo da *decisão baseada em evidências*, prática lesiva aos valores declarados pelos direitos fundamentais de Estados Democráticos de Direito, modelo institucional do qual todos os países citados se colocam como exemplo. Por conseguinte, esse “critério avaliativo” tem a sua constitucionalidade questionada, a começar sob o prisma da inobservância de *igualdade* no tratamento entre os indivíduos avaliados (STARR, 2014 e NETTER, 2007). Ainda, muitos fatores não guardam relação lógica ou empírica com a culpabilidade do ofensor e frequentemente estão fora da sua esfera de controle, como gênero e local de nascimento e, por vezes, chega a ser vedado à autoridade policial informar *ao juízo* fato de a ferramenta ter sido utilizada para a elaboração de um relatório pré-sentencial (MOFFAT, 2012, p. 22), o que afronta a publicidade do processo perante seu próprio julgador.

Não obstante o grau de afetação a valores fundantes das atuais democracias, a crítica feita pela doutrina a essas “novas tendências da política criminal” se dirige à *validade de sua eficácia preditiva*, buscando apontar possíveis melhoramentos na base de cálculo das estatísticas (MOFFATT, 2012, p. 11). Ainda são poucos os estudos que apontam para o grave problema de se limitar a liberdade individual a partir de generalizações de grupo, em que, para Dieter (2003, p. 12), cria-se perversa tautologia, na qual a *criminalização secundária* torna-se *autorreferente*, legitimando a perseguição daqueles mesmos grupos formados por *homens, jovens, negros, desempregados, usuários de drogas* etc. Ou seja, a própria seleção é, em si, fator de risco.

## 2- A incapacitação do indivíduo pela sua subsunção ao grupo e o caso do Estado da Virginia

Em 1993, o Estado da Virginia iniciou uma reforma criminal do tipo “verdade na sentença” (*truth-in-sentencing*), que em linhas gerais aumenta o tempo de efetivo cumprimento de pena para criminosos violentos. Algumas das mudanças foram, por exemplo, a exigência do cumprimento de 85% da pena na cadeia, a extinção do livramento condicional e o aumento das penas cominadas a ofensas violentas. Ao mesmo tempo, era limitada a discricionariedade judicial em todo o país, com a criação das chamadas “diretrizes para sentença” (*sentencing guidelines*), que visavam a “(1) reduzir a disparidade judicial; (2) promover sentenciamento consistente; (3) priorizar e alocar os recursos prisionais; (4) ajustar as punições para categorias de criminosos; (5) reduzir a superpopulação carcerária; e (6) encorajar o uso de sanções não-encarceradoras” (MOFFAT, 2012, p. 2). No Estado da Virgínia, foi criada a “Comissão para Sentenças Criminais da Virgínia” (*Virginia Criminal Sentencing Commission – VCSC*) para estudar a viabilidade da colocação de 25% dos encarcerados do estado, que não apresentassem riscos para a população, em programas de cumprimento alternativo de pena. A ideia advinha da preocupação de que a nova política criminal levasse à superpopulação carcerária e a altos custos de operação do sistema. A finalidade pretendida era então a de se utilizarem os recursos do sistema prisional “de forma eficiente”, sendo a eficiência nesse contexto entendida como a utilização dos recursos de forma a prevenir, na maior medida possível, a reincidência de crimes violentos.

Para a execução da tarefa, a decisão foi no sentido de preterir a chamada “análise clínica” (*clinical judgement*) dos juízes – que ficou limitada à definição de quais sanções alternativas seriam aplicadas ao indivíduo – em favor da utilização de “ferramentas de assessoramento de risco” – que recomendam ou não o encarceramento – no tratamento dos detidos por crimes não-violentos. Essa foi uma de duas importantes decisões tomadas no momento; a outra foi pela prevalência da *análise de risco* sobre a *análise de necessidades*, a segunda tem o foco no ofensor e nas suas necessidades *criminogênicas*, e a primeira com foco na proteção da sociedade.

Apesar de, conforme Copas e Marshall (1998 apud COOKE; MICHIE, 2010, pp. 260-261), “a pontuação [atribuída pela ferramenta] não ser uma

previsão a respeito de um *indivíduo*, mas uma estimativa de que taxa de condenação pode ser esperada de um *grupo* de ofensores que são associados àquele indivíduo”, na década de 1990, diversos estudos indicaram que eles seriam “mais confiáveis do que as análises clínicas” (MONAHAN; SKEEM, 2014, p. 421). Assim, diante da incumbência que recebeu, a VCSC estudou uma amostra de 2.013 condenados por fraude, furto e drogas liberados entre 1º de Julho de 1991 e 31 de Dezembro de 1992, os acompanhou durante três anos e analisou, por meio de regressão lógica, a associação das características pessoais e da ocorrência de reincidência, finalmente desenvolvendo uma planilha com onze fatores considerados como capazes de prever a reincidência, quais sejam: (i) idade; (ii) estado civil; (iii) gênero; (iv) estado empregatício; (v) se agiu sozinho no ato criminoso; (vi) se havia crimes adicionais na sentença; (vii) se foi detido nos últimos 12 meses; (viii) análise da ficha criminal pregressa; (ix) se tem condenações relacionadas a drogas; (x) se já foi encarcerado como adulto; (xi) se foi encarcerado enquanto menor. O estudo da Comissão revelou que “raça” seria um fator estatisticamente relevante, mas optou pela omissão da variável, porque “a Comissão viu a raça como um proxy para a desvantagem social e econômica” e, portanto, já estaria contemplado (OSTROM et al., 2012, p. 27). Decisão diferente foi tomada com relação ao gênero e outros fatores que notadamente estão intrinsicamente conectados ao indivíduo e que também teriam as suas possíveis expressões representadas em outras variáveis, o que merece análise mais detida, em especial na identificação de possíveis *variáveis ocultas* nestes e outros fatores (NETTER, 2007, p. 718) – tais seriam as verdadeiras variáveis associadas ao crime (o que não significa que sua utilização nesse contexto seja justificada), omitidas pelo uso de outras que a contenham e seriam de mais simples assimilação pelo sistema. É um objeto central desse trabalho a identificação dos fatores que têm sido considerados *criminogênicos*, ou seja, associados à ocorrência de crime. Após uma década de estudos, o programa foi implementado de forma voluntária e experimental em 2001 e o programa revisado foi implantado em caráter mandatório em todas as jurisdições em 2002, podendo o juiz se desviar da recomendação dada pela ferramenta apenas em despacho motivado – em 2004, houve a conformação de 81% das sentenças às recomendações da planilha.

O estudo do caso do Estado da Virginia nos permite fazer uma análise extremamente importante. Com a implantação da ferramenta atuarial, o Estado

adotou para o sentenciamento uma posição que se baseia, aparentemente, em uma teoria criminal diferente daquela que vinha adotando com a reforma criminal da década de 90. A “nova lógica atuarial do risco” tem caráter nitidamente utilitarista, assumindo como parâmetro a satisfação do interesse do maior número, visando ao “bem coletivo” a qualquer custo, mesmo de valores sociais básicos, consagrados nos direitos fundamentais – que todos os indivíduos têm, inclusive os réus/condenados. Dessa forma, criou-se uma situação em que aqueles que cometem crimes violentos são tratados pelo pressuposto retributivista – *just deserts* –, enquanto os ofensores não-violentos são classificados e condenados ou não à prisão por uma lógica estatística utilitarista, que dissocia a punição do seu ato criminoso. O utilitarismo nessa lógica atuarial é perceptível especialmente em duas possíveis abordagens (NETTER 2007, p. 709), quais sejam, (i) incapacitação seletiva, que se refere a “políticas de sentenciamento que tentam distinguir entre grandes e pequenos ofensores para determinar quem deve ser encarcerado e por quanto tempo”; e de (ii) desinstitucionalização, na medida em que utiliza o assessoramento de risco apenas para desafogar a população carcerária, dentre detentos já encarcerados.

Acompanhamos o entendimento de Starr (2014, p. 872), no sentido de que os graves dilemas éticos que se apresentam com as novas tendências de “sentença baseada em evidências” não são passíveis de mitigação em nenhuma hipótese. Aliás, parece seguro afirmar que parte da ausência de crítica à essa tendência se deve à deflexão dos argumentos contrários, já que muitos grupos eminentemente contrários ao encarceramento seletivo frequentemente endossam o uso das ferramentas, especialmente na sua “quarta geração”, por entenderem que ele poderia de fato auxiliar na redução da população carcerária. Hannah-Moffat (2012, p. 26), por exemplo, tece duras críticas ao sistema, mas pondera que as novas ferramentas que consideram a responsividade do indivíduo aos remédios judiciais permitiriam um retorno à função ressocializadora da pena. Contudo, Netter (2007, p. 728), um dos críticos desse sistema, afirma que há fortes razões para manter a discricionariedade do sentenciamento nas mãos dos juízes: “Mesmo que o seu sentenciamento seja ultimamente menos eficiente, ele pode, ao menos, limitar nossas considerações a fatores relacionados ao crime que consideramos merecedor de punição”.

### 3- Considerações finais

A nova lógica atuarial de sentenciamento foi implementada no Estado da Virginia com muito pouca discussão pública (NETTER, 2007, p. 728), a despeito dos seus impactos a longo prazo na função da política criminal e na forma como essa é percebida pela sociedade. Possivelmente pela sua tradição jurídica e filosófica, marcada pelo utilitarismo, os países do *Commonwealth* têm recebido com aparente naturalidade a introdução crescente das ferramentas de análise de risco no sentenciamento e gerenciamento criminal.

É surpreendente o silêncio da comunidade acadêmica internacional a respeito. Esse tema, inclusive, não é objeto de debates, críticas, nem mesmo de análise. É, portanto, dever do trabalho científico desenvolvido pela doutrina apontar os flagrantes equívocos no tratamento da política criminal por uma ótica puramente utilitarista, pautada no risco que um indivíduo oferece à sociedade, com base em parâmetros quantitativos que resultam numa análise de grupos. Essa situação é contrária a qualquer “individualização” da avaliação do “indivíduo” que está sendo julgado e que tem sua singularidade massificada no enquadramento estatístico de sua conduta, conforme os dados de uma planilha programada por um software. A afronta a valores elementares como liberdade e igualdade, declarados em princípios fundantes de qualquer Estado Democrático de Direito é notória. O presente estudo tem o intuito de analisar a situação descrita, para que se demonstre, com a profundidade devida a um trabalho científico, a irracionalidade de se limitar a liberdade dos indivíduos com base em sua subsunção a grupos classificados conforme características que lhe são previamente atribuídas.

#### 4- Referências bibliográficas

COOKE, David J.; MICHIE, Christine. **Limitations of Diagnostic Precision and Predictive Utility in the Individual Case: A Challenge for Forensic Practice.** *Law and Human Behavior*, Washington, v. 34, pp.259-274, 2010.

DIETER, Maurício Stegemann. **Lógica atuarial e incapacitação seletiva: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas.** *Rev. Epos*, Rio de Janeiro, v. 4, n.1, jun. 2013. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2178700X2013000100003&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178700X2013000100003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 27 out. 2016.

HANNAH-MOFFAT, Kelly. **Actuarial Sentencing: An “Unsettled” Proposition.** *Justice Quarterly* 30(2):1-27, 2012. <disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/241732800\\_Actuarial\\_Sentencing\\_An\\_Unsettled\\_Proposition](https://www.researchgate.net/publication/241732800_Actuarial_Sentencing_An_Unsettled_Proposition)>. Acesso em 27 out. 2016.

NETTER, Brian: **Using Groups Statistics to Sentence Individual Criminals: An Ethical and Statistical Critique of the Virginia Risk Assessment Program.** *Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 97, pp. 699-730, 2006-2007.

OSTROM, Brian J.; KLEIMAN, Matthew; CHESSMAN II, Fred; HANSEN, Randall M.; KAUDER, Neal B. **Offender Risk Assessment in Virginia: A Three-Stage Evaluation.** 2002. <disponível em: [http://www.vcsc.virginia.gov/risk\\_off\\_rpt.pdf](http://www.vcsc.virginia.gov/risk_off_rpt.pdf)>. Acesso em 27 out. 2016.

STARR, Sonja B. **Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination.** *Stanford Law Review*, v. 66, pp. 803-72, 2014.