

PUCRS

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

**FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

JAMES WILLIAM SANTOS

**O ESTADO DO PUNIR NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO PROCESSO
LEGISLATIVO EM EXECUÇÃO PENAL PÓS-ABERTURA POLÍTICA ENTRE
AMBIGUIDADES HISTÓRICO-DISCURSIVAS**

**Porto Alegre
2016**

JAMES WILLIAM SANTOS

**O ESTADO DO PUNIR NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO PROCESSO
LEGISLATIVO EM EXECUÇÃO PENAL PÓS-ABERTURA POLÍTICA ENTRE
AMBIGUIDADES HISTORICO-DISCURSIVAS**

Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Porto Alegre

2016

JAMES WILLIAM SANTOS

**O ESTADO DO PUNIR NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO PROCESSO
LEGISLATIVO EM EXECUÇÃO PENAL PÓS-ABERTURA POLÍTICA ENTRE
AMBIGUIDADES HISTORICO-DISCURSIVAS**

Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Sociais.

Aprovado em: _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (Presidente - Orientador)
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof.^a Dr.^a Teresa Cristina Schneider Marques
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Luiz Antônio Bogo Chies
Universidade Católica de Pelotas

AGRADECIMENTOS

À Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior pela bolsa de estudos concedida, sem a qual cursar o mestrado em Ciências Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul não teria sido possível.

Ao meu orientador, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, pela paciência, confiança e liberdade que me proporcionou durante a pesquisa e pelo apoio dado na busca por novos horizontes acadêmicos.

Ao professor Ricardo Jacobsen Gloeckner, pelos debates e conversas que sempre estimularam o pensamento crítico.

À professora Teresa Schneider que sempre me incentivou a continuar no caminho das ciências sociais e cujas contribuições ainda espero que deem muito resultado futuramente.

Ao professor André Salata pelas inúmeras conversas e discussões ao longo das aulas do mestrado e pela paciência que sempre teve com a minha indolência acadêmica.

Aos colegas e amigos das Ciências Sociais que sempre me aconselharam e contribuíram acadêmica e pessoalmente, em especial, Alexandre Kunsler, Camila Costa Silva, Camila Fontoura, Douglas Porto, Gilse Rodrigues, Juliana O. Trindade, Laura Hypolito, Manoel Rodrigues, Santiago Pavani Dias, Thais Marques e Vagner Vargas.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal, pelo aprendizado que tive com eles e pelos laços que construímos em especial Ana, Andréa, Clara, Dora, Guilherme, Marcelli, Simone e Tamires.

Ao professor Marcelo da Silveira Campos pelas contribuições e companheirismo demonstrado e pelas conversas sempre instigantes academicamente.

Aos meus amigos e sócios na vida Lucas Melero, Lucas Rafael e Jéssica Quirino pelo apoio e por tudo que fizeram por mim durante esta jornada, academicamente pelas contribuições ou na vida pessoal pela amizade.

Aos amigos Antônio Goya e Marcelo Buttelli, pelas contribuições, debates, escritos e companheirismo desde a Especialização, no caso do Marcelo, e desde o Estágio na Defensoria Pública, no caso do Antônio.

À Kaluane Fagundes Peireira, em especial, pela compreensão, carinho e amor dedicados a este acadêmico.

À minha família, por todo apoio que tem dispendido desde a graduação, pela paciência em relação à minha ausência durante a escrita desse trabalho, e por sempre acreditar em meu potencial. E a todos os demais que me acompanharam e me apoiaram nessa caminhada.

“A ‘sabedoria’ cínica consiste em apreender a proibidade como a mais rematada forma da desonestidade, a moral como a forma suprema da devassidão e a verdade como a forma mais eficaz da mentira.”

(Slavoj Žižek)

RESUMO

A presente pesquisa procura compreender as racionalidades que permeiam a produção do discurso legislativo carcerário e ilustrar as ambiguidades dos discursos que informam estas legislações. Para tanto, busca a análise dos projetos que deram a origem produções legislativas carcerárias desde a redemocratização, dialogando com o passado carcerário brasileiro e as influências contemporâneas. Desde o século XVIII pode-se perceber as distorções nos desejos normativos sobre o cárcere e a punição. O descaso público, a subumanidade que foi relegada às prisões e o caráter de sub-cidadãos que os condenados detinham, porém, no discurso, buscava-se o modelo de enclausuramento perfeito. Nas últimas décadas, emergiram construções teóricas críticas do sistema penal que têm sido fundamentais para a compreensão deste momento de convergência global na política carcerária ocidental. No Brasil, em 1984, a recente Lei de Execução Penal carrega no seu discurso a crença de que a novel legislação pode de certo modo garantir a mudança do status *quo* penitenciário. Por tais motivos, pretende-se analisar o projeto de lei que deu origem a Lei de Execuções Penais e de todas as demais legislações de mesmo caráter. A investigação busca unir a análise dos projetos de lei de uma forma analítica e dinâmica sem perder de vista a crítica ao discurso contido nas leis, aliando dados empíricos aos processos sociais, culturais e políticos do contexto brasileiro. O processo legislativo é o protagonista da pesquisa, caracterizando dentro dele a ascensão destes discursos ambíguos sobre o cárcere. Assim, o objetivo principal do presente trabalho é conhecer como são produzidas as leis de execução penal na experiência nacional e, se a partir delas, poder reconhecer tendências ou padrões de política carcerária.

Palavras-chave: Processo Legislativo. Discurso. Punição. Lei de Execução Penal. Política Carcerária.

ABSTRACT

This research seeks to understand the rationales that underlie the production of correctional legislative discourse and illustrate the ambiguities of the discourses that inform these laws. Therefore, it seeks to analyze the projects that originated these legislative productions since the democratization, dialoguing with Brazilian prison past and contemporary influences. Since the eighteenth century can be perceived distortions in the normative desires about prison and punishment. The public indifference, the inhumanity which was relegated to prisons and the character of sub-citizens convicted held, however, the discourse sought is the perfect enclosure model. In recent decades, emerged criticism of the penal system theoretical constructs that have been fundamental to understanding this time of global convergence in the western prison policy. In Brazil, in 1984, the recent Law of Criminal Execution carries the discourse of the belief that the novel legislation can somehow ensure the change of prison status quo. For these reasons, we intend to analyze the bill that gave the Law of Criminal Execution and all other legislations of the same character. The investigation seeks to unite the analysis of the bills in an analytical and dynamic way without losing sight of the criticism of the discourse contained in the laws, combining empirical data to social, cultural and political Brazilian context. The legislative process is the subject of research, featuring in it the rise of these ambiguous discourse about the prison. Thus, the main objective of this work is to know how the criminal execution laws are produced on a national experience and, from them, recognize trends or prison policy standards.

Keywords: Legislative Process. Discourse. Punishment. Law of Criminal Execution. Prison Policy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 LEGISLAÇÃO E CÁRCERE EM PERSPECTIVA: DEFININDO PREMISSAS HISTÓRICAS E SOBREDETERMINAÇÕES	12
2.1 Cárcere no Brasil: história de desejos utópicos	12
2.2 Horizonte político-carcerário: contexto social de abertura política e heranças do período ditatorial	17
3 DEBATES CONTEMPORÂNEOS ACERCA DO CONTROLE PENAL	23
3.1 Controle do crime e a punição como instituição social	23
3.2 A lei penal em meio à crise legislativa	28
4 CONTRIBUIÇÕES PARA UMA TEORIA DO PROCESSO LEGISLATIVO	35
4.1 Processo legislativo e o poder da agenda política do executivo	35
4.2 Fundamentos teóricos analíticos e dinâmicos acerca do processo legislativo	41
5 RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA: NOVO VELHO CÁRCERE	51
5.1 Notas metodológicas	51
5.2 Década de 80: abertura política e "nova" execução penal	55
5.3 Década de 90: efeitos de um constitucionalismo recente.....	72
5.4 Anos 2000: entre reforços normativos constitucionais e a escalada contra o crime organizado	77
5.5 Década de 2010: horizonte da política penitenciária.....	92
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS	124

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURA

CNJ	-	Conselho Nacional de Justiça
CP	-	Código Penal
CPI	-	Comissão Parlamentar de Investigação
CPP	-	Código de Processo Penal
DEL	-	Decreto-Lei
ILANUD	-	Instituto Latino Americano das Nações Unidas
LEP	-	Lei de Execuções Penais
MPV	-	Medida Provisória
PL	-	Projeto de Lei
PLN	-	Projeto de Lei do Congresso Nacional
PLS	-	Projeto de Lei do Senado
RDD	-	Regime Disciplinar Diferenciado
SICON	-	Sistema de Informações do Congresso Nacional

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade brasileira contemporânea, principalmente nas grandes cidades brasileiras, tem se notado que o sentimento de medo e insegurança diante do crime é cada vez mais alimentado pelo sentimento de que os cidadãos se encontram desprotegidos. A organização material e institucional cujo escopo é proteger as vidas e os bens, sejam eles materiais ou simbólicos da população, não tem demonstrado eficiência no cumprimento destas tarefas. Nas últimas duas décadas, os cidadãos, influenciados pelas intermináveis demonstrações de falibilidade das instituições estatais, tem se manifestado constantemente com descrença perante os governantes, as autoridades constituídas e até mesmo no poder do estado, pelo menos quando a matéria é de segurança pública (ADORNO, 1996).

Esse sentimento de desproteção e de insegurança diante das percepções coletivas de aumento do crime e da violência urbanas é potencializado pelo gerenciamento administrativo da Justiça penal. Vários fatores são paradigmáticos na construção desta imagem do poder público; morosidade nos trâmites processuais, excesso de formalidades burocráticas e de ritos judiciais, estéril, inadequada e insuficiente instrução dos inquéritos policiais contribuindo para o fracasso das ações penais, acúmulo de processos cujas sentenças decisórias acabam não possuíram efetividade, e do outro lado do espectro temos, também, a preservação de um modelo patrimonial de gestão da justiça penal, no qual o magistrado assimetricamente se sobrepõe ao jurisdicionado, impondo seu entendimento sobre os fatos e no âmbito das prisões é que se pode denotar com mais clareza a crise da Justiça penal. As imagens oriundas das penitenciárias e prisões são o retrato da degradação e da desumanização (ADORNO, 1996).

Ainda sim, a realidade brasileira pós-1988, sem dúvida, possui como caractere marcante a priorização da resolução dos conflitos sociais sob a ótica da resolução penal e da criminalização (CAMPOS, 2010). Não surpreendentemente, o Brasil possui, segundo dados do CNJ de 711.463 mil pessoas sob o controle penal, 563.526 mil estão presos nos estabelecimentos penitenciários e 147,937 mil restantes estão em prisão domiciliar. O número de prisões por 100 mil habitantes é 358. O Brasil só perde para China (1.701.344 mil presos) e Estados Unidos (2.228.424 mil presos) em número absoluto de presos (contando as prisões domiciliares)¹. Dentro deste contexto social de esfacelamento do tecido social, que estes dois fatores: priorização legislativa penal e falência do sistema penitenciário confluem para o interesse específico deste trabalho.

¹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 31/01/06.

O surgimento das questões que envolvem esta pesquisa está diretamente conectado com a necessidade de compreender as racionalidades que permeiam a produção do discurso legislativo carcerário e ilustrar as ambiguidades dos discursos que informam estas legislações. A presente dissertação cinge-se à análise dos projetos que deram a origem produções legislativas carcerárias desde a redemocratização.

O trabalho está posto como estudo de caso, e, neste escopo, os projetos de leis foram selecionados através de um critério de relevância baseado na mudança substantiva do modo de cumprimento da pena ou de um arranjo organizacional da execução criminal. O projeto é apresentado e sua justificação exposta, em um segundo momento é feita uma reflexão sobre o discurso posto no projeto, na sequência são analisados os pontos cruciais da tramitação do projeto seja no Senado ou na Câmara, após segue a análise dinâmica e analítica do projeto e sua tramitação, nessa ordem, conforme referencial teórico.

Para tanto primeiramente, buscamos no contexto histórico brasileiro as normas produzidas sobre o cárcere desde o século XVIII. Neste período de Brasil Império, caracteriza-se as principais metas prisionais, a partir do que ela chama de visão utópica: modificar a índole dos detidos através da recuperação dos prisioneiros; reduzir o crime, a pobreza e a insanidade social; dirigir suas finalidades para a cura e prevenção do crime; reforçar a segurança e a glória do Estado. Estas utopias carcerárias eram pensadas pelos juristas da época e entravam em colisão com os poderes presentes na realidade penitenciária. Isso porque os órgãos públicos pouco se interessavam pela administração penitenciária, que ficava entregue aos carcereiros que, por sua vez, instituía suas próprias regras e penalidades aos indivíduos privados de liberdade (PEDROSO, 1997).

Buscamos nos debates da década de 30 sobre política de criminal, argumentos elucidativos da cultura penal brasileira. Percebemos que a partir da década de 1930 é difícil reconhecer qualquer tipo de adesão, entre os juristas, a uma Escola criminológica específica. Pelo contrário, esse período é marcado pela disposição em produzir reformas legislativas e, para isso, fazer concessões a princípios teóricos rígidos em nome de um “ecletismo” que na época se mostrava como caminho fundamental.

Ainda, localizamos as transições de períodos históricos, destacando que o período que sucedeu após as reformas que se deram nos anos 30 e 40 foram de poucas aberturas para reformulações no pensar do sistema penitenciário. Porém, as tentativas de se construir uma legislação federal cujo escopo seria a criação de um novo modo de execução penal e a reforma de um sistema penitenciário que pudesse garantir os direitos básicos aos apenados não cessaram, de forma alguma. Esclarecendo que o período ditatorial brasileiro contribuiu

para que tais temáticas fossem deixadas em segundo plano. Somente no final dos anos 70 uma nova configuração institucional proporcionou condições para um processo de abertura política. O processo de abertura política foi longo e muito bem acordado. Muitas das instituições que suportaram o regime ditatorial se mantiveram exatamente como estavam durante o regime de exceção.

Na sequência, buscamos construções teóricas críticas do sistema penal que têm sido fundamentais para a compreensão deste momento de convergência global na política carcerária ocidental. Fontes doutrinárias que se mostram instrumentalmente vitais ao fornecerem esquemas de pensamento que podem agregar ao diálogo entre teoria e realidade. Apresentaremos algumas construções teóricas que são de extrema importância para o tema abordado neste trabalho; a análise do campo do controle do crime e das penas de David Garland, o constructo sobre a crise legislativa e o populismo protagonizado por Elena Larrauri.

E seguiremos para a formação das ferramentas de análise dos projetos de lei, a primeira corresponde a uma esquematização descritiva dos procedimentos que estão intrincados na elaboração legislativa no âmbito do Poder Legislativo, com um especial destaque na interação do Legislativo com o Executivo; a segunda busca consolidar algumas contribuições teóricas úteis na análise interpretativa das leis. Este trecho pretende contribuir para a sustentação de um ramo de conhecimento que se coloque predominantemente ligado ao processo legislativo, tentando localizar os espaços entre discurso e prática legislativa.

Por fim, findo este ponto do trabalho seguiremos para a análise do material legislativo coletado e, com os resultados, dialogaremos, ao final, com as diversas posições teóricas expostas. O estudo se propõe ser compreensivo do processo legislativo e dos discursos sobre o cárcere durante duas décadas, apenas conhecendo essa realidade será possível enfrentar um debate crítico e consciente sobre o problema do cárcere no Brasil.

2 LEGISLAÇÃO E CÁRCERE EM PERSPECTIVA: DEFININDO PREMISSAS HISTÓRICAS E SOBREDETERMINAÇÕES

Considerando que a pesquisa propõe uma análise do processo de produção legislativa e dos discursos que estiveram implicados na produção das legislações que tem por escopo a execução penal, torna-se necessário tomar a Lei de Execução Penal como marco de uma busca por mudanças no campo das execuções penais no Brasil. Este movimento de mudança tem muito do momento que o país passava, no qual a abertura política e a transição de um regime autoritário para um democrático influenciavam os modos de pensar. Todavia, não se pode esquecer os momentos político-históricos que foram marcantes no caminho do cárcere brasileiro até a busca de um regime democrático de execução penal. Para tanto, busca-se trazer alguns destes momentos históricos do cárcere brasileiro, que, ao fim, podem contribuir para a compreensão de fenômenos contemporâneos.

2.1 Cárcere no Brasil: história de desejos utópicos

A instalação da primeira prisão brasileira consta na Carta Régia de 1769, que manda estabelecer uma Casa de Correção no Rio de Janeiro, na época as Ordenações Filipinas decretavam a Colônia como presídio de degredados. A prática do degredo foi um mecanismo pelo qual os portugueses procuravam purgar seus pecados na Colônia. O Brasil era comumente conhecido como região onde os pecadores deveriam pagar suas dívidas. A assunção de uma possível nova modalidade penal foi proporcionada pela constituição de 1824 que, dentre outras regulações, determinou a adaptação de prisões ao trabalho e a separação dos réus conforme a natureza de seus crimes. A Constituição de 1824 estabelecia que as prisões deveriam ser seguras, limpas, arejadas, todavia as casas de recolhimento de presos do início do século XIX mostravam condições deprimentes para o cumprimento da pena. A Prisão Eclesiástica do Aljube, localizada na cidade do Rio de Janeiro e instituída pelo Bispo Antônio de Guadalupe após 1735 é um exemplo de quão precária, naquela época, se encontrava a situação dos apenados. Relatos sobre a prisão do Aljube dão conta de descrever como os presos viviam em condições subumanas, maltrapilhos e malnutridos. Mais do que isso, o edifício prisional foi projetado para abrigar 15 pessoas, chegou a comportar cerca de 390 pessoas (PEDROSO, 1997).

A autora afirma que, apesar do cotidiano carcerário desta prisão revelar o descaso público, a subumanidade que é relegada às prisões e o caráter de sub-cidadãos que os

condenados detinham, teoricamente, buscava-se o modelo de enclausuramento perfeito. Neste período de Brasil Império, a autora caracteriza as principais metas prisionais, a partir do que ela chama de visão utópica: modificar a índole dos detidos através da recuperação dos prisioneiros; reduzir o crime, a pobreza e a insanidade social; dirigir suas finalidades para a cura e prevenção do crime; reforçar a segurança e a glória do Estado. Estas utopias carcerárias eram pensadas pelos juristas da época e entravam em colisão com os poderes presentes na realidade penitenciária. Isso porque os órgãos públicos pouco se interessavam pela administração penitenciária, que ficava entregue aos carcereiros que, por sua vez, instituíam suas próprias regras e penalidades aos indivíduos privados de liberdade. Da mesma forma, o Código Criminal do Império de 1830 admitiu duas espécies de penas: a prisão simples e a prisão com trabalho, variando a duração de ambas conforme a penalidade aplicada, desde a prisão perpétua até a reclusão de alguns dias. Essa modalidade de pena com trabalho se defrontou com dificuldades para sua implantação, uma vez que na maioria dos cárceres, as características humildes dos edifícios não comportavam a sua aplicação (PEDROSO, 1997).

Interessante é notar o debate que houve na construção do Código Criminal de 1830 porque possibilita identificar duas posições políticas e ideológicas: uma claramente a favor da manutenção de penas que se reportam ao Antigo Regime (trabalho forçado e pena de morte); enquanto a outra posição declarava-se contrária à pena de morte e inscrevia seu posicionamento em argumentos que se aproximavam ao iluminismo penal, porém com uma atualização histórica da ideia de direito natural ainda emaranhada nos fundamentos tomistas (NEDER, 2005).

Ao fim, nenhuma das construções legislativas de regulamentação das prisões (conjunto de leis, decretos e códigos) foi o bastante para obter sucesso na humanização do sistema penitenciário. No entendimento de Pedroso (1997) todos os novos mandamentos sobre a conduta e direção das casas de aprisionamento fez com que se perdesse a finalidade da origem da prisão, transformando a instituição em mais um mero aparelho burocrático.

Com o advento da República, estabeleceram-se novas modalidades de penas, o Código Penal de 1890 consagra os seguintes regimes penais: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, perda do emprego público e multa. A grande novidade fica pela exclusão das penas perpétuas e coletivas. Além disso, as penas restritivas de liberdade individual não só se tornaram temporárias como não deveriam exceder trinta anos. A prisão celular (isolamento em cela) se tornou a menina dos olhos dos juristas na época e uma das grandes novidades da revisão penal de 1890. Segundo a autora,

considerada como punição moderna, a prisão celular, foi a modalidade penal que construiu o mote de todo o sistema repressivo brasileiro (PEDROSO, 1997).

A estrutura penitenciária ideal a partir deste novo código passou a exigir os seguintes quesitos: segurança dos detentos; higiene apropriada ao recinto da prisão; segurança por parte dos vigilantes e guardas; execução do regime carcerário aplicado; inspeções frequentes às prisões. Como esperado, toda essa boa vontade dos juristas na condução do regime penal entrou em colisão com as condições deprimentes dos presídios brasileiros. Todavia, o legislador prevendo os problemas referentes à execução das penas, incluiu nas disposições gerais do Código que, enquanto não entrasse em inteira execução o sistema penitenciário, que engloba a pena de prisão celular e a de prisão com trabalho, por exemplo, estas seriam cumpridas nos estabelecimentos penitenciários existentes, segundo o regime atual (PEDROSO, 1997).

Em meio às reformas normativas de boa vontade, o governo autorizou em 1893 a fundação da Colônia Correccional da Fazenda Boa Vista, na Paraíba, com fim de receber os indivíduos de qualquer sexo que estivessem vagando pela cidade, em ociosidade; ou os que andassem armados, incutindo o terror. Esta colônia foi uma das primeiras elaboradas especialmente com a finalidade de conter a marginalidade das cidades. Outras colônias seguiram este modelo, a Colônia Correccional de Dois Rios foi um destes casos, criada em 1908, com a finalidade de manter as classes perigosas distantes do convívio social. O intuito do estabelecimento foi depositar os “ociosos”, “ímorais” e “reincidentes”. Com o passar do tempo, a Colônia de Dois Rios passou a receber pessoas indiscriminadamente: brasileiros ou estrangeiros, sem passagem pela polícia, cujo objetivo era a residência na colônia, pois se encontravam desempregados e sem recursos para sobrevivência na cidade (PEDROSO, 1997).

Segundo a autora, as ideias e princípios originais dos projetos penitenciários confrontaram-se com a mendicância crescente principalmente na cidade do Rio de Janeiro. “As colônias para os criminosos, não passavam de simples depósitos de indivíduos renegados pela sociedade, principalmente de negros e mulatos, rejeitados pelo contexto econômico-social e dirigidos à reclusão em cárceres ou asilos.” (PEDROSO, 1997).

No início do século XX, o país inicia uma importante transformação no modelo político e jurídico estatal, a partir da iniciativa de implementar um projeto de modernização e racionalização do Estado brasileiro. O projeto de modernização brasileira buscava atingir diversas esferas de poder, desde a burocratização das esferas administrativas, passando por uma expansão da regulação jurídica de alguns setores, como a economia e as relações de trabalho, e pelo aumento da esfera de competência do poder executivo em relação aos demais

poderes, ou seja, o poder executivo toma para si o papel de protagonista na organização da modernização brasileira. Este processo operou-se através da formação burocrática estatal, vinculada a um pensamento de fortalecimento das instituições. Para tanto, foi necessário forte estímulo para a formação de um corpo técnico-burocrático e de órgãos de execução de políticas estatais, tais como ministérios, conselhos e comissões, e outras instituições (PRANDO, 2012).

No que se refere às instituições do sistema de justiça penal o impacto das transformações foi de igual percepção, as propostas de reformas e de fundação de novos institutos capazes de tratar da nova “realidade brasileira” surgiam abundantemente. Uma destas propostas é a reorganização das instituições penais em torno de especializações acerca do criminoso; a) Os asilos de contraventores tinham por finalidade o encarceramento dos ébrios, vagabundos, mendigos, em suma, os antissociais; b) Os asilos de menores se propunham a empregar uma pedagogia corretiva à delinquência infantil; c) Os manicômios criminais foram idealizados para aqueles que sofriam alienação mental e requeriam um regime ou tratamento clínico enquanto que os cárceres de mulheres seriam organizados de acordo com as indicações especiais determinadas por seu sexo; d) prisão de processados, pressupondo a inocência do réu, foi pensada a partir da ideia de que não seria conveniente misturar os processados com delinquentes já condenados (PEDROSO, 1997; PRANDO, 2012).

Esses novos modelos de encarceramento tinham por objetivo reforçar a ordem pública, protegendo a sociedade através da profilaxia de isolamento em um espaço específico, todavia o isolamento dos detidos por categorias criminais entrou em choque como cotidiano da realidade carcerária, que impossibilitava a aplicação dessas modalidades. A direção dos presídios via na punição aos presos formas de suprir as deficiências operacionais dos presídios que, na prática, não ofereciam condições adequadas para a recuperação do delinquente.

Outro fator que problematizava a questão da separação do réu na prisão era o fato de que deveria levar-se em conta a índole, antecedentes e grau de criminalidade do condenado. “A preocupação com a índole do indivíduo revela a preocupação com o caráter, inclinação, tendência, temperamento e propensão ao crime, estipulado através do pré-julgamento da personalidade do preso através da análise de sua fisionomia. ” (PEDROSO, 1997).

A característica fenotípica do apenado possui destaque na segregação como herança de uma influência da “Escola Positiva Criminológica”. Todavia, neste Brasil do início do século XX, não se consegue vislumbrar a consolidação de uma Escola em termos de unidade

metodológica ou política². Isto porque não encontramos entre os séculos XVIII e XIX um pensamento liberal-reformista clássico, que pudesse se contrapor à produção de um pensamento vinculado aos pressupostos da Escola Positiva. (PRANDO, 2012).

A partir da década de 1930 é difícil reconhecer qualquer tipo de adesão, entre os juristas, a uma Escola ou outra. Pelo contrário, esse período é marcado pela disposição em produzir reformas legislativas e, para isso, fazer concessões a princípios teóricos rígidos em nome de um “ecletismo” que na época se mostrava como caminho fundamental. O discurso da “conciliação” foi promovido a partir de uma narrativa *ad hoc* do “debate entre Escolas”, desenvolvido no fim da década 1930, que ocultava uma unidade em torno de um projeto político de um controle penal eficaz de defesa social (PRANDO, 2012).

Muitos foram os projetos e reformas que surgiram nessa época como resposta que solucionaria os problemas penitenciários, entre eles, destacamos; i) as Colônias de Defesa Social que foi um dos projetos que procurou renovar a ideia de separação dos réus por categoria criminosa e confiava na disciplina estrita dos administradores das instituições; ii) a Cidade Prisional, cuja premissa era tentar dar ao prisioneiro condições de uma vida mais saudável no interior do cárcere, ou seja: assistência médica, dentista, esporte, educação, trabalho e distração (PEDROSO, 1997).

Os ideais reformadores estabeleciam a “modernização” como meta histórica, acobertando a prática da violência e do descaso pelo homem. Mais do que isso, este ideal reformador defrontou-se com as reais condições das prisões. Nas províncias do interior a situação chegava a ser pior do que nas grandes cidades, os relatos são ilustrativos da precariedade prisional:

Dada a insuficiência das prisões municipais onde se acumulam, entre paredes e grades, homens de todas as condições sociais, e até menores, mulheres e loucos. E o que mais chocante é, muitas delas de fachadas modernizadas, por exigências de urbanismo, mas cujo interior vale por um escárnio e por um contraste desalentador do que se mostra fora. (PEDROSO, 1997).

O Poder Executivo, sabedor da constrangedora situação penitenciária brasileira, com o objetivo de minimizar a somatória de problemas do cárcere, novamente, toma a dianteira e propõe a circulação de um selo penitenciário. A arrecadação do selo seria destinada à celebração das reformas penais no Brasil. Para isso a verba arrecadada ficaria à disposição do

²Àquela época não encontramos um “debate entre Escolas”, de modo que possamos sustentar que a Escola Positiva tenha vencido ou sido derrotada pela Escola Clássica. (PRANDO, 2012)

ministro da justiça que a aplicaria na construção, reformas e manutenção dos estabelecimentos penitenciários, colônias de egressos e penitenciários e outras necessidades ligadas à promoção do desenvolvimento do sistema penitenciário. O Selo foi aprovado pelo Presidente da República em julho de 1934 (PEDROSO, 1997).

Entretanto, a questão social ultrapassava o espaço das prisões. Outros segmentos da sociedade que clamavam por ajuda acabaram por perceber estes valores recolhidos pelo selo³. Enquanto isso a situação das mulheres presas se agravava há décadas e os números de presos homens cresciam constantemente. Novos debates foram feitos para se conduzir a questão do que fazer com o excesso de presos, algumas soluções foram aventadas, uma delas defendia remover os presos indisciplinados para o manicômio judiciário, sob a alegação de estes serem criminosos psicopatas (PEDROSO, 1997).

Outra solução, não necessariamente debatida, foi de fato aplicada, sete detentos condenados a roubo à mão armada foram colocados em cubículos contendo cal, após uma greve de fome por eles deflagrada. Uma estratégia que ficou conhecida foi a utilização de navios para o alojamento dos presos, como foi o caso do Navio D. Pedro I, que ficava ancorado defronte às docas, no Rio de Janeiro. O navio foi símbolo da violência do governo Getúlio Vargas, pois sua finalidade era aprisionar os ditos revoltosos e opositores durante a década de 30 (PEDROSO, 1997).

A autora é enfática quando afirma que a construção do mundo da reclusão durante os séculos XIX e XX significou não só um movimento para a limpeza das ruas contra o inimigo aparente- o vagabundo -, senão, também, um artifício para todo aquele que fosse de diferentes vertentes ideológicas. Neste mesmo sentido, a inoperância das instituições públicas brasileiras funcionou em prol da mentalidade autoritária de época, e conseqüentemente contribuiu para a criação de lugares excludentes do mundo civilizado, porém sempre tomando como base e nunca esquecendo os modelos ideais e perfeitos de aprisionamento (PEDROSO, 1997).

2.2 Horizonte político-carcerário: contexto social de abertura política e heranças do período ditatorial

O período que sucedeu após as reformas que se deram nos anos 30 e 40 foram de poucas aberturas para reformulações no pensar do sistema penitenciário. Porém, as tentativas

³ “Outra finalidade para a arrecadação do selo foi (...) empregar o dinheiro na construção de instituições para crianças abandonadas. A justificativa para tal investimento na infância foi o temor de que, no futuro, esses menores abandonados fossem os candidatos em potencial para as prisões. Cuidando-se assim da criança desamparada estar-se-ia cortando o mal pela raiz.” (PEDROSO, 1997).

de se construir uma legislação federal cujo escopo seria a criação de um novo modo de execução penal e a reforma de um sistema penitenciário que pudesse garantir os direitos básicos aos apenados não cessaram, de forma alguma. Pelo menos três anteprojetos de legislação penitenciária foram indicados ao congresso para avaliação, os de Oscar Stevenson (1957), Roberto Lyra (1963) e Benjamin Moraes Filho (1970) (DOTTI, 2009).

O período ditatorial brasileiro contribuiu para que tais temáticas fossem deixadas em segundo plano. Somente no final dos anos 70 uma nova configuração institucional proporcionou condições para um processo de abertura política. O processo de abertura política foi longo e muito bem acordado. Muitas das instituições que suportaram o regime ditatorial se mantiveram exatamente como estavam durante o regime de exceção.

Conforme Zaluar, o processo de democratização, que começou no fim dos anos 1970, não modificou o dito jogo entre Executivo e Legislativo, na época do regime militar, o governo utilizava a corrupção combinada ao clientelismo como estratégia para controlar os parlamentares, manipulando-os através da concessão e de contratos privilegiados para as empresas e governos estaduais e municipais indicados pelos que corroboravam as decisões dos militares. O processo de democratização foi progressivo, no que se refere aos direitos civis do cidadão, no período de abertura do regime os direitos contemplados foram direitos políticos e ao sistema eleitoral. Desta forma houve uma recuperação progressiva de práticas democráticas nas eleições e na liberdade de imprensa, mas não nas demais práticas sociais que estão diretamente conectadas a cultura democrática. Pode-se dizer, então, que o pior efeito do regime de exceção foi que ele destruiu a cultura democrática que se manifesta nas práticas sociais cotidianas de respeito e civilidade e não somente isso ela acaba por prejudicar a recuperação destas práticas democráticas (ZALUAR, 2007).

A autora destaca que não ocorreram reformas profundas no sistema de justiça e, principalmente, não houve quase nenhuma mudança nas práticas policiais. Podemos verificar este fato diariamente, pois os efeitos do regime militar ainda estão presentes no funcionamento dessas instituições que não respeitam os direitos civis dos cidadãos.⁴ Refere, ainda, a autora que a inércia institucional, com certeza em razão da falta de oxigenação dentro do processo de redemocratização, explica as violações persistentes dos direitos civis, bem

⁴ O'donnell sustenta, inclusive, que a maioria dos países da América Latina não foi capaz de consolidar sistemas de Estados de Direito nos seus respectivos períodos de transição para a democracia. A elevada desigualdade na região é um dos maiores empecilhos para uma implementação mais imparcial do Estado de Direito, pois as distâncias sociais acabam por alimentar múltiplos padrões de relações autoritárias em todos os tipos de contato entre os privilegiados e os não privilegiados (O'DONNELL, 1998).

como a ineficácia do sistema de justiça tem raízes históricas profundas e se articula com o campo político (ZALUAR, 2007).

O crescimento dos crimes violentos, sobretudo sequestros, roubos e homicídios com a utilização de arma de fogo se deu próximo do fim do regime militar no Brasil. Além das capitais e das regiões metropolitanas, o aumento também atingiu diversas cidades do interior. Desde a década de 70, o aumento da violência urbana e o crescimento do crime organizado possuem plena visibilidade na mídia, bem como na percepção social das populações urbanas, que foram medidas pelas pesquisas de opinião. Todavia, entre as décadas de 80 e 90, a percepção social do crime potencializou-se. Os crimes de tráfico de drogas, contrabando de armas e a corrupção passaram a fazer parte do cotidiano das cidades brasileiras. Deste modo, o fenômeno criminal passa a se tornar experiência coletiva e contribui para o aumento o medo e a insegurança no espaço público. (MISSE, 1993; CIFALI, 2015).

Adorno refere que até os primeiros anos da década de 80, as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado brasileiro caracterizavam-se pela centralidade das decisões na esfera federal, pelo caráter setorial, pela fragmentação institucional e pela exclusão da sociedade civil no processo de formulação das políticas públicas, de sua implementação e, muito mais do controle, controle da ação governamental. Ao longo da década de 1980 o aumento da criminalidade urbana violenta com certeza influenciou, senão provocou grande impacto nas agências e instituições responsáveis pelo controle social. Este impacto pressionou a expansão dos serviços de polícia judiciária e de vigilância e influenciou, ao menos nos anos iniciais da década, a operacionalização das políticas de segurança e justiça (ADORNO, 1996).

Este contexto de ascensão da criminalidade e iminente mudança de diretrizes institucionais no Brasil foi um campo aberto para novas especulações políticas sobre os rumos da política criminal e penitenciária. Como afirmamos, a partir da metade dos anos 70 há um movimento de conscientização sobre a questão penitenciária e todos os problemas endêmicos oriundos do cárcere no Brasil, porém os anos que seguiram foram de notáveis acréscimos nos níveis de criminalidade, muito em conta a migração para os centros urbanos no período (AZEVEDO, 2004).

A soma destes fatores não impediu o enfrentamento da pauta política de esgotamento do sistema penitenciário brasileiro pelo menos na esfera normativa. Este fato demonstrou que enquanto nos países ditos centrais o debate político e econômico girava em torno do esgotamento do modelo de Estado provisão, no Brasil o processo de redemocratização gestado durante este período permitiu a retomada das discussões sobre a necessidade de serem pensadas novas práticas e políticas informadas pela doutrina do Estado Social. Os debates

políticos que se instauraram a partir da abertura política contemplavam e propunham ideais de conquistas sociais e de afirmação dos direitos humanos em resposta ao período de ditadura militar.

A abertura política deu espaço aos debates sobrestados sobre os caminhos do sistema penitenciário, ainda que no seio do regime ditatorial. Todavia, apesar do sucesso normativo que estes debates atingiram, culminando na construção de grande parte dos mecanismos jurídicos do sistema penitenciário nacional (Lei de Execução Penal, 1984), os segmentos políticos de natureza conservadora - ainda muito influentes - resistiam, reclamando o recrudescimento da política carcerária brasileira (ALVAREZ et al. 2013).

Deste modo, apesar do processo de reconstrução democrática ter tido sucesso no desenvolvimento de um novo regime político, que permitiu consolidação de uma série de mudanças substantivas, as quais visaram munir a sociedade de instrumentos de defesa contra o arbítrio do poder de Estado, a instauração efetiva de um Estado de Direito não foi alcançada (CIFALI, 2015). A ausência de quebra institucional contribuiu para que a efetivação de uma cultura democrática fosse minorada, os efeitos de uma institucionalização democrática de nível baixo podem ser percebidos até hoje.

Este parece ser o ponto, efetivação. O discurso sobre o cárcere historicamente tem se mantido em constante ebulição seja ele de caráter humanizante ou degradante, porém a construção de novas práticas com base naqueles valores humanísticos parece se perder nas escusas e impossibilidades de um sistema estruturalmente degradante.

O próprio desenvolvimento constitucional não escapou deste paradoxo do discurso e prática que impera recorrentemente na normatização brasileira. No alvorecer da Constituição de 1988, o Brasil se encontrava em uma situação de tensão do tecido social na qual os movimentos político-sociais procuravam sua afirmação e reconhecimento normativo, bem como os representantes das instituições políticas remanescentes do período ditatorial também partiam em busca da subsistência hegemônica de seus ideais. A Constituição Federal, não obstante o fato de ser invocada como instrumento de promoção da vida e dos direitos do cidadão brasileiro, se mostra, no que concerne ao trato da conflitualidade social, como verdadeiro dispositivo criminalizador e, por vezes, como episteme justificadora da lógica de encarceradora. (SANTOS; RAMOS, 2015). Não há como negar que a constituição mostrou avanços político-sociais, porém tais demonstrações se mostraram de caráter demasiadamente programático, enquanto a normatização criminalizadora se mostrou tanto autoaplicável como programática.

Lembra-se que na época da constituinte ainda havia um dito novo vetor que se mostrou de grande influência, nada menos que a doutrina Neoliberal que estava se propagando como resposta a falência do Estado Social. O ator que ficou reconhecido como impulsor da doutrina Neoliberal no Brasil foi o Consenso de Washington, notório pelas prescrições econômicas e políticas para os países em desenvolvimento que tivessem interesse em manter relações estreitas com o Tesouro Americano, Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial (AZEVEDO, 2004).

É com este cenário que se moldam as características das escolhas políticas penais a partir de então. Assim, a política criminal brasileira desenvolveu-se em direções distintas: a) uma delas está pautada na elaboração leis mais punitivas, que se caracterizam pelo incremento das penas para crimes já existentes, por restrições às garantias processuais dos acusados e ampliação dos poderes das agências de controle. A ideia destas medidas está no reforço da perspectiva da necessidade da pena como castigo e de punições mais severas, suprimindo-se diversos direitos e garantias individuais e intensificando-se o uso da prisão. Constituindo-se um instrumento penal de emergência ou de exceção, destinado às condutas identificadas como carecedoras do maior rigor possível dentro das possibilidades de resposta estatal, representadas na figura dos crimes hediondos e das organizações criminosas; b) outra está ligada a expansão do universo de ação do Direito Penal, caracterizada pela elaboração de normas penais que passaram a intervir em espaços da vida civil antes não regulados. Alguns exemplos dessa expansão são as tipificações de condutas relacionadas a questões econômicas e financeiras, relações de consumo, meio ambiente, discriminação racial e assédio sexual; c) e uma terceira, esta política criminal se deu por meio da busca pela garantia dos direitos individuais, da despenalização e por ampliarem as hipóteses de aplicação de alternativas penais à prisão (SOUZA, 2014).

Pode-se perceber que a realidade brasileira pós-1988, sem dúvida, possui como caractere marcante a priorização da resolução dos conflitos sociais sob a ótica da resolução penal e da criminalização. Dentro desta produção legislativa penal em ascensão, agora especificamente tratando da questão penitenciária, é notável a coexistência de dois movimentos gerais que operam sem oposição aparente, dois vetores podem ser ressaltados como guias deste fenômeno: um que denota a proposição de normas com o intuito de agravar penas e o outro que busca a efetivação de direitos e garantias penais (CAMPOS, 2010).

E o resultado desta política continua de criação de políticas públicas via sistema penal pode ser depreendido nos números recentes de encarceramento. Em 2014 o CNJ publicou o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil do Departamento de Monitoramento e

Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Sócio educativas – DMF. Neste documento podem-se apreender alguns indicativos das escolhas político-carcerárias brasileiras: O Brasil possui 711.463 mil pessoas sob o controle penal, 563.526 mil estão presos nos estabelecimentos penitenciários e 147,937 mil restantes estão em prisão domiciliar. O número de prisões por 100 mil habitantes é 358. O Brasil só perde para China (1.701.344 mil presos) e Estados Unidos (2.228.424 mil presos) em número absoluto de presos (contando as prisões domiciliares)⁵.

Este movimento encarcerador não deu conta de reduzir a violência endêmica no tecido social brasileiro, e este fato pode ser ilustrado pela taxa de homicídios que mais que duplicou entre 1980 e 2000 (de 11,4 por 100 mil habitantes em 1980, a 27,8 em 2000) e se mantém estável nestes altos níveis desde então (29 por 100 mil habitantes em 2012).⁶ Tampouco se mostrou efetivo para diminuir o abismo social provocado pela seletividade penal (CAMPOS, 2010).

⁵ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 31/01/06.

⁶ Fonte: <<http://www.mapadaviolencia.org.br/>>. Acesso em 31/01/06.

3 DEBATES CONTEMPORÂNEOS ACERCA DO CONTROLE PENAL

Muitas das construções teóricas críticas do sistema penal que têm sido fundamentais para a compreensão deste momento de convergência global na política carcerária ocidental tem algumas fontes em comum, fontes que se mostram instrumentalmente vitais ao fornecerem esquemas de pensamento que podem agregar ao diálogo entre teoria e realidade. Algumas construções teóricas são de extrema importância para o tema abordado neste trabalho; a análise do campo do controle do crime e das penas de David Garland, o constructo sobre a crise legislativa e o populismo protagonizado por Elena Larrauri.

3.1 Controle do crime e a punição como instituição social

A análise do campo do controle do crime contemporâneo possui um autor de destaque ímpar, David Garland. O autor analisa as formas através das quais o delito configura-se atualmente e é representado no pensamento e na prática da população em geral e dos atores estatais. Além disso, o autor busca investigar as razões que condicionam as mutações do discurso penal. A abordagem é peculiar, o tema do crime e do controle do crime na visão do autor é tido como constructo cultural.

O autor se debruça sobre as mudanças que se produziram na resposta social ao delito durante os últimos trinta anos e as forças sociais, culturais e políticas que, por sua vez, podem ter influenciado as transformações do pensamento criminológico, das políticas criminais e das práticas sociais.

Neste sentido, explica que a reconfiguração do campo do controle do crime envolve muito mais do que uma simples mudança na resposta da sociedade diante do delito, mas que também implica novas práticas de controle social e na maneira de fazer justiça. Isto indica a possibilidade de existência de um novo padrão de mentalidades, interesses e sensibilidades que podem alterar a forma em que pensamos e sentimos em relação ao delito. O campo atual de controle do crime é o resultado de opções políticas e decisões administrativas, radicadas em uma nova estrutura das relações sociais e um novo padrão de sensibilidades culturais (GARLAND, 1999).

A primeira chave de interpretação deste ponto parte da reflexão sobre a abertura social, mais precisamente da classe média a partir da década de 80, com a descentralização e desconstrução do núcleo familiar que se mantinha estável ao longo do pós-guerra nos países centrais. Segundo Garland, à medida que os processos de pós-modernidade de

“distanciamento de tempo-espaço” pulverizavam a solidez das relações construídas até então, o tecido da vida cotidiana ficava cada vez mais exposto a experiência do crime, produzia-se uma sociedade civil mais frágil, um tecido social distendido. O grupo social que mais prosperou no pós-guerra (classe média) se tornou o mais vulnerável e tornou o crime parte do cotidiano social. O crime passa a ser visto como uma “experiência coletiva” da qual todos somos vítimas independentemente de qualquer envolvimento no fato (GARLAND, 2008).

A partir deste novo campo do controle, dois padrões de ação política emergem: o primeiro padrão está ligado a estratégias de adaptação, que enfatiza a prevenção e parceria (pública ou privada); o segundo padrão é chamado de estratégia de Estado soberano, que postula criminalizações e punições mais expressivas. Dois vetores contribuíram para que isso ocorresse: a busca de regulação de áreas não antes atingidas pelo direito e a precarização do debate penal na arena política. A insegurança e busca pelo reconhecimento e regulação dos direitos perante a unidade estatal combinados com o abandono dos setores mais politizados do debate executivo-legislativo foram fatores que atraíram uma política imediatista pouco preocupada com a complexidade dos conflitos sociais e, por outro lado, interessada e demonstrar parecer estar agindo em favor das demandas sociais (GARLAND, 2008).

Esta ferramenta nos proporciona um olhar mais atento sobre a dualidade nas posições políticas carcerárias produzidas no Brasil, até em função da permeabilidade que os discursos hegemônicos possuem nos países periféricos. A propósito, explica-se que, aproximadamente, desde inícios dos anos 90, como havíamos referido anteriormente, a América Latina foi o palco de um fenômeno de importação de discursos e técnicas de controle do crime que tiveram como referência as estratégias estadunidenses. Obviamente, apesar de exportarem suas políticas de segurança para o mundo, o conceito de país seguro no qual as pessoas convivam sem o medo do crime nunca esteve próximo dos Estados Unidos. Mesmo assim, diversas práticas tendentes a endurecer o tratamento da questão penal na América Latina nos últimos vinte anos são oriundas dessa colonização político-penal estadunidense. Alguns exemplos podem ser destacados como o fenômeno das prisões privadas, aquelas administradas exclusivamente por empresas privadas, sem dúvida, guardam uma relação muito particular com o programa neoliberal levado a cabo tanto nos Estados Unidos, quanto no Chile, onde já existiam seis prisões deste tipo (todas implementadas por empresas americanas) (SOZZO, 2012).

Diante deste novo campo do controle, emerge um esquema de ação política ambivalente, como havíamos referido: por um lado, a preocupação em administrar o problema e desenvolver novas estratégias que sejam racionalmente adequadas; e, por outro, uma

tendência recorrente a uma espécie de negação histórica e à reafirmação da soberania do Estado, o que resulta em uma criminologia do inimigo e aponta para práticas mais punitivas. Esta dualidade do pensamento e das práticas penais foi nomeada pelo autor de “criminologia do eu” e “criminologia do outro”, expressa uma disputa no cerne da política criminal contemporânea (GARLAND, 2008).

Young possui uma classificação que é paralela à do autor, os modos de estranhamento: o primeiro é o estranhamento⁷ chamado de “conservador” que está baseado na demonização, projetando valores negativos ao “outro” e concedendo ao “eu”, automaticamente, valores positivos. O segundo modelo de estranhamento é nomeado de “liberal”, pois se funda na crença de que o “outro” não possui os valores que o “eu” possui, sendo necessário que este seja conduzido para o caminho que o traga mais próximo destes valores ausentes. Enquanto o estranhamento “conservador” vê a diferença como uma perversão da normalidade, o estranhamento “liberal” vê no diferente a ausência desta normalidade que lhe é pertinente. Os dois processos têm em comum a noção de espaçamentos entre “nós” e “eles”, bem como centralizam o padrão moral diminuindo a natureza da margem (YOUNG, 2007).

A “criminologia do eu” faz do criminoso um consumidor racional, como qualquer cidadão, e de outro a “criminologia do outro” idealiza o criminoso como um estrangeiro ameaçador, um excluído ou um rancoroso. O estranhamento “conservador” demoniza, projetando valores negativos ao “outro” e concedendo ao “eu”, automaticamente, valores positivos. O estranhamento “liberal” crê que o “outro” não possui os valores que o “eu” possui, sendo necessário que este seja conduzido para o caminho que o traga mais próximo destes valores ausentes.

Por um lado, se produz uma “resposta denegatória”, a qual consiste na manutenção do entendimento de que são eficazes as práticas e racionalidades punitivas. Os atores estatais guiados por esta tendência parecem negar a realidade de que as antigas práticas de intervenção excessiva dificilmente produzem resultados benéficos e tentam reafirmá-las. Deste modo passam para a sociedade a mensagem de que a situação do crime e de insegurança pode ser suficientemente respondida pelo incremento de ações que permaneçam

⁷ O Estranhamento é o processo de busca por uma certeza, por uma narrativa sólida, dentro de um ambiente fluido de insegurança existencial. Este processo comumente está conectado com uma experiência que procura denegrir ou estigmatizar o outro. O essencialismo cultural é um exemplo de estranhamento, no qual o “eu” é considerado como ontologicamente superior, seja em termos de classe, gênero, raça, nacionalidade ou religião. Este binário da modernidade tardia (nós x eles), seja em qualquer dos modos de estranhamento, permeia o imaginário da população e o discurso estatal sobre os desviantes em nosso meio, e se propaga na construção da imagem de outras culturas e religiões e de outros países e nacionalidades. Com isso, influenciando as noções relativas à imigração nos EUA, por exemplo. O “Nós x eles” se torna pivô do imaginário social, não só sobre a conceptualização do “outro”, senão sobre a própria produção do conhecimento em si (YOUNG, 2007).

no caminho marcado pelo punitivismo conservador. E que uma possível origem destes problemas estava na amenização destas estratégias de controle (GARLAND, 2008).

No outro espectro temos a “resposta adaptativa”, baseada no reconhecimento dos limites das formas de atuar e de pensar tradicionalmente, buscando gerar inovações e alternativas aos modelos tradicionais. Garland refere que esta espécie de resposta está pautada em alianças paraestatais (une agentes estatais e não estatais). Esta resposta se materializa em decisões e práticas que vão desde a racionalização e a comercialização da administração da justiça penal às iniciativas legais de alternativas à pena privativa de liberdade. Como exemplos, pode-se referir à difusão de experiências de polícia comunitária, a possibilidade de composição dos danos e transação penal, a mediação e a preferência por vias alternativas de resolução de conflitos. Estas estratégias de controle do delito construídas no marco da ascensão do neoliberalismo como racionalidade governamental, especialmente desde a década de 90, possuem uma força política e uma menor visibilidade do que as respostas denegatórias (GARLAND, 2008; CIFALI, 2015).

Tomando os esquemas de interpretação de Garland e conjugando-os com a situação brasileira que foi exposta acima, pode-se dizer que, diante de um contexto global que aparentemente ia de encontro com o momento político brasileiro, a política carcerária dá um passo para regular o regime de execução penal com a Lei de Execução Penal em 1984. Isto tudo, sob os vetores de busca de regulação de áreas não antes atingidas pelo direito e a precarização do debate penal na arena política impingidos verticalmente (GARLAND, 2008) e os sintomas pós-ditatoriais de coexistência de dois movimentos, um de proposição de normas com o intuito de criminalizar e agravar penas e o outro que busca a efetivação de direitos e garantias penais (CAMPOS, 2010).

Pode-se ver como Garland, principalmente na obra *Cultura do Controle*, constrói um caminho sobre as condições sociais do momento histórico que permitiram a dualidade na produção de respostas sobre questão social do crime e que este caminho pode servir de guia para inteligência de outros fenômenos similares fora da realidade anglo-saxã.

No que se refere à punição pensada como instituição social, este processo implica considera-la em termos de complexidade, de objetivos múltiplos e de sobredeterminações; como um acontecimento histórico-social que por sua vez depende de outras formas e relações sociais. Desta forma, a punição está condicionada a um conjunto de forças históricas e sociais e estes produzem uma gama de efeitos próprios. Garland afirma que quando pensa na punição como uma instituição social está pensando em algo próximo do que pensava Mauss quando se debruçou sobre o que seria um “fato social total”. O “fato social total” é aquele que na

superfície pode parecer contido em si próprio, porém está entranhado nas mais básicas esferas da vida social. Segundo o autor, a punição é uma instituição social distinta das demais, pois, nas suas práticas rotineiras, de certa forma, consegue condensar uma ampla rede de relações sociais e significações culturais (GARLAND, 1990).

Não por acaso que a punição entendida como instituição social nos permite reconhecer contribuições e incompletudes em abordagens de diferentes referenciais teóricos. Neste sentido é possível afirmar que, por exemplo, a punição é ao mesmo tempo; uma expressão de poder do estado (Foucault), uma afirmação da moralidade coletiva (Durkheim) e uma política social economicamente condicionada (Marx). (GARLAND, 1990).

O cárcere, uma das manifestações históricas da punição como instituição, compartilha essa complexidade - que se perfectibiliza na condensação de uma ampla rede de relações sociais e significações culturais. Um dos pontos que pode desvelar o quão profunda é a rede relações e significações que suportam o cárcere, por exemplo, é o vínculo entre determinada sociedade e uma ou mais modalidades concretas de castigo. Este vínculo entre sociedade e prisão pode ser apreendido nos discursos de justificação do sistema de punição e nas dimensões de gestão política das punições que o compõe (CHIES, 2013)

Garland ainda caracteriza outro fenômeno, e este, por sua vez, leva ao próximo tópico. Tal fenômeno se caracteriza pela procura amalgamar os desejos da população, sejam eles de destruição do inimigo ou de recuperação do excluído. Ele assevera que grande parte das medidas penais recentemente adotadas pelos governos ocidentais busca por um meio de traduzir o sentimento público. Nestas legislações procura-se defender que o punir é para o próprio bem do apenado, insistindo nos objetivos punitivos, de modo que cada medida opera em dois registros diferentes, o primeiro é o registro punitivo que sustenta os símbolos de condenação e de sofrimento para entregar sua mensagem, e um registro instrumental mais adequado aos objetivos de proteção do público e gestão do risco. (GARLAND, 1999).

A preocupação política atual tende a não se mostrar puramente punitiva e nem puramente orientada para a proteção pública, mas verifica-se a preocupação de produzir sanções que combinem as duas lógicas sob a forma de uma segregação e de uma incapacitação punitiva (CIFALI, 2015).

A propósito deste ponto, Matthews defende que as expressões de retribucionismo coexistem com o apoio para a reabilitação, assim como para outras opções de sentenças. A posição dos cidadãos estaria mais para a defesa de uma abordagem mais equilibrada para o crime, que envolveria uma mistura de punição, reabilitação e proteção pública. Deste modo, o que a opinião pública parece querer, mais do que uma punição severa, é um serviço público

que seja eficiente, aumentando a segurança pessoal e reduzindo a probabilidade de que os apenados venham a delinquir novamente. Pode-se perceber que a opinião pública deseja que objetivos como a redução da criminalidade e a criação de uma comunidade mais segura sejam atingidos. Por outro lado, não deixa claro os meios pelos quais quer que tal resultado seja alcançado. Em regra, a “opinião pública” não está vinculada a medidas ou estratégias como maior punição para atingir tais objetivos. Logo, o governo deve elaborar os meios para alcançar os fins desejados pela população já que a política criminal é de sua ingerência (MATTHEWS, 2013).

O problema ocorre quando a homogeneização das demandas populares acaba por sedimentar a ideia de que toda a opinião pública pensa de maneira uniforme em um único sentido, qual seja a necessidade de maior repressão da criminalidade. O autor adverte para a dificuldade de desconstruir uma imagem dentro da realidade social, uma vez construída, elas tendem a ser perenes. Nos Estados Unidos, por exemplo, a visão dominante de que o público é predominantemente punitivo tem o potencial de constranger a busca de políticas progressistas alternativas em muitas jurisdições (MATTHEWS, 2013).

Retomando mais especificamente a produção legislativa, o autor percebe que, para além de uma homogeneização, é necessário analisar a diversidade e a ambiguidade da política governamental atual. A presença de mensagens mistas e de imperativos concorrentes que constantemente emanam de fontes oficiais é fator que não pode ser desconsiderado. Por isso, em determinado momento, pode-se falar mais em medidas alternativas e descarcerização e, em outro, de medidas mais severas para impedir a impunidade. Nisto a produção legislativa penal mostra-se, assim, cada vez mais dualista, polarizada e ambivalente, o que ajuda na compreensão de alguns traços da situação atual, na qual acabam surgindo políticas públicas muito distintas em suas diretrizes fundamentais. O autor chega a afirmar que a característica distintiva do período atual não é a punitividade exclusiva - e nem poderia ser - tendo em vista os traços fortes de que a ambivalência tem protagonismo na contemporaneidade (MATTHEWS, 2013).

3.2 A lei penal em meio a crise legislativa

A crise que passa o processo de desenvolvimento legislativo toma contornos específicos no caso penal. A pauta penal tem se tornado protagonista nos debates públicos perante a sociedade, tem se mostrado uma resposta para os problemas sociais que surgem e para as urgências sejam elas fictícias ou não que se apresentam para serem sanadas. Em meio

a este cenário, o populismo punitivo tem sido fonte de análise impar dentro do campo jurídico e da ciência política como fonte de crítica estatal sobre as falhas do processo legislativo. Conforme Larrauri (2007) desde os anos oitenta é possível notar o endurecimento das leis penais e de crescimento muito acentuado da população prisional, principalmente nos Estados Unidos.

Segundo Larrauri (2007), estas são algumas características deste processo populista punitivo: a) a crise do ideal ressocializador; b) o regresso de penas degradantes (no objetivo de demonstrar o quanto está disposto a fazer para responder a aquela ação delituosa); c) aumento de um clima punitivo entre a população; d) uma reformulação do papel da vítima (a vítima passa a ter papel de destaque dentro do discurso penal); e) privilegio do estado sobre o réu (a pena serve para proteger a vítima e a sociedade); f) a politização e uso eleitoral das pautas referentes ao crime e o sistema penal; g) a ativação do discurso de incapacitação via cárcere daqueles que delinquem; h) delegação de tarefas de controle de delito (neste ponto ocorre a transposição da responsabilidade sobre o controle do delito para a comunidade de áreas em que esta tarefa estatal falha); i) privatização e comercialização das tarefas de controle de delito; j) o surgimento de um novo estilo de política penal, uma política empresarial e atuarial que esta pautada no número de serviços prestados ao invés de juízos individualizados ou critérios normativos; k) um sentimento de constante crise que surge do excesso de reformas (legislativas), de um pessimismo generalizado, do descrédito dos profissionais e da desconfiança geral da população sobre a possibilidade de contenção do crime (LARRAURI, 2007).

Para a autora, o populismo penal ou punitivo apresenta-se como o mais destacado projeto político-criminal da atualidade. Sendo uma face moderna do discurso criminalizador que ilustra um movimento institucional extremamente hábil na formatação de leis penais (LARRAURI, 2007).

A visão da autora é bem compreensiva do âmbito de alcance deste fenômeno, todavia outros autores também possuem suas interpretações sobre o desenvolvimento de um estado populista punitivo. Para Simon (2007), o populismo punitivo, enquanto movimento político organizado, pode ser caracterizado pelo seu potencial de esvaziamento da noção de direitos humanos através de um discurso que pugna a necessidade de se implementar como estratégia de controle dos índices de criminalidade uma espécie de prisão de gerenciamento dos que não servem à sociedade. Segundo o autor, a proposta populista sugere o completo abandono do ideal ressocializador como guia ética estruturante das ações do sistema de justiça criminal,

aconselhando a adoção de uma nova perspectiva relativamente às finalidades do controle jurídico-penal (SIMON, 2007).

Para o autor, o populismo punitivo expressa uma necessidade de se aderir a outro sistema mais simples e eficiente de regras e princípios jurídicos. Este sistema permitiria à população assolada pelo medo da criminalidade viver sem ter que se preocupar com a superação das dificuldades inatas às tentativas de concretização de uma promessa cuja consecução depende, necessariamente, de um esforço comunitário que transcende a lógica liberal da prevalência dos interesses individuais (SIMON, 2007).

Sozzo, por sua vez, vê o fenômeno do populismo punitivo como um “novo jeito de fazer política”. Esta nova maneira de fazer política penal está intimamente conectada com uma estratégia fundamental de controle do crime que propõe o endurecimento contínuo das políticas penitenciárias como forma de superar o fracasso político decorrente da tentativa de efetivação do projeto ressocializador. (SOZZO, 2009)

A visão do populismo punitivo parte do pressuposto de que exista uma via de reconhecimento entre população e o poder estatal, de certa maneira e em alguma medida, esta via se põe a instrumentalizar um discurso punitivo de incapacitação do delinquente. Sabido que é impossível amalgamar todas as expectativas e desejos da população na legislação, não é difícil conjecturar que dentro dos parâmetros do populismo punitivo seja a “opinião pública” usada como razão justamente nos pontos que mais servem aos interesses daqueles que possuem o poder de legislar. Em outras palavras, se legislar penalmente agravando penas ou restringindo garantias se torna um meio barato (não toma para si reformas estruturais) e ao mesmo tempo passa a mensagem de reação para o grande público, podendo, inclusive, se tornar capital político-eleitoral, fica mais fácil compreender os caminhos pelos quais uma atuação populista punitiva se torna atrativa.

Por outro lado, em meio a este período de crise no processo legislativo, surgem dois conceitos que propõe um convite para que a lei penal seja repensada desde sua concepção; o primeiro é o conceito de Estado Regulativo e o outro é o de Racionalidade Moderna. O Estado Regulativo defende o uso da lei, inclusive a lei penal, como um meio para a realização de políticas de intervenção e de promoção de fins, valores e interesses sociais.

Esta posição adotada abre as comportas do sistema legal de uma nova racionalidade político-burocrática. Neste sentido, pensar uma “implementação” de uma medida de Estado Regulativo não é apenas procurar inverter polos normativos, mas sim, em primeiro lugar, pensar na criação e colocação em funcionamento do âmbito jurídico-burocrático de intervenção que assuma o desenvolvimento dos programas e aplicação das normas de

proteção e promoção de valores e fins sociais que tenham a função de compelir uma regulação cada vez mais complexa e a mobilização de amplos meios econômicos, institucionais, técnicos e humanos necessários para a realização dos fins e objetivos regulativos. Estes objetivos não podem ser executados sem dotações orçamentárias, elaboração e impulso de políticas públicas e programas de intervenção, criação e adaptação de aparatos e infraestrutura de intervenção pública, incorporação de profissionais da área correspondente, estabelecimento de controles e avaliações e etc. (CALVO GARCIA, 1998; 2012).

Em um primeiro momento pode se pensar que partindo do pressuposto acima, o Estado Regulativo de Calvo Garcia não poderia se coadunar com uma medida penal, porém é necessário considerarmos que estas medidas descritas acima não podem (sequer poderiam) ser tomadas diretamente. A reestruturação de um campo do conhecimento prático social estabilizado culturalmente não se procede do dia para a noite. Por essas razões notamos o caminho percorrido pela legislação penal dentro dos parâmetros do Estado Regulativo. As pautas sociais são guiadas pela insegurança peculiar à modernidade tardia movendo a insatisfação social para o campo penal. Apesar de o fenômeno contemporâneo de inflação legislativa não ser próprio do direito penal, desenvolveu-se nele com singular amplitude (DELMAS-MARTY, 2004).

Não são estranhos à vertente que defende o Estado Regulativo os problemas da ampliação da legislação penal. Todo o oposto, Calvo Garcia inclusive adverte para o fortalecimento das políticas de controle do delito, apoiadas quase exclusivamente no recurso fácil do aumento das penas e na extensão penal. Refere que costumam ser as primeiras que são submetidas à ampliação. A dinâmica é bastante simples: em situações de alarme social – seja ele real ou fictício – surge um clima de insegurança, o qual dá lugar a uma demanda de endurecimento repressivo, que tende a ser rapidamente satisfeita pelos governos, propensos a cair na tentação dos rendimentos de propaganda oriundos deste tipo de medida (CALVO GARCÍA, 2012).

Não há nada de errado com a construção penal a partir das inseguranças e experiências sociais – o processo democrático é perfectibilizado desta forma. O problema é que a responsividade às demandas não passam por um olhar acurado, são atendidas sem intermediários, sem a interposição de núcleos que reflitam sobre os valores e as complexas consequências que a produção de uma legislação penal deveria envolver (CALVO GARCÍA, 2012).

O Estado Regulativo como projeto político possui o intento primeiro de construir um direito que tenha um papel importante a desempenhar na regulação de certos problemas e

conflitos sociais. Ainda que o direito, seja qual for a esfera, não constitua a solução definitiva nem necessariamente a mais eficaz ou, ainda, a mais desejável para esses problemas (PIRES, 1999).

Nesta linha pode-se perceber a emergência de um arranjo político criminal que, oriundo tanto da esfera local (por meio dos princípios constitucionais, e das demandas sociais) quanto da global (por meio da ordem jurídica internacional), por vezes, exige expansão do direito penal para a proteção de direitos humanos. Aqui surge um tensionamento interessante entre dois polos. Pois, o direito penal clássico liberal tem em sua cartilha atender contra direitos fundamentais do indivíduo, começando pelo ir e vir livremente; e, todavia, o sistema penal contemporâneo procura exercer também uma função de proteção dos direitos fundamentais (DELMAS-MARTY, 2004).

Estaria a interpretação do populismo punitivo correta em abordar a crescente na demanda penal como eminentemente negativa? Pensar o Estado Regulativo a partir de legislações penais é um desafio fadado a não prosperar devido à impossibilidade do direito penal de atuar fora da ofensa aos direitos individuais? Estas duas questões não estão abordando o real entrave posto para o entendimento de um novo sistema penal, a racionalidade penal moderna.

A racionalidade penal moderna constitui um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão da punição e, ao mesmo tempo, como referido, um entrave à criação de uma nova racionalidade penal e de outra estrutura normativa. Esta racionalidade está permeada por um conjunto teórico que a partir do século XVIII consolidou as penas aflitivas (da dissuasão ou da retribuição) como o melhor meio de defesa contra o crime (PIRES, 2004).

Essas teorias concebem a proteção da sociedade ou a afirmação das normas de modo hostil, abstrato, negativo e atomista. A hostilidade está no modo como é representado o delinquente. O transgressor é visto como um inimigo do coletivo. Deste modo, tais teorias estabelecem uma equivalência necessária, entre o valor do bem ofendido e o grau de sofrimento que se deve infligir ao transgressor. Abstrato porque, mesmo reconhecendo que a pena causa um mal concreto e imediato, este entendimento concebe que esse mal produz um bem imaterial e mediato para o grupo. Por essas razões os discursos que partem deste pressuposto tomam contornos como estes de "restabelecer a justiça pelo sofrimento", "reforçar a moralidade das pessoas honestas", "dissuadir do crime". Negativo, por que não qualquer possibilidade dentro destas teorias de outras sanções ou medidas que visem reafirmar a norma por meio de uma ação positiva (reparação pecuniária, tratamento em liberdade etc.). Atomista, por que se a pena não deve se preocupar com os laços sociais

concretos entre as pessoas a não ser de forma secundária e acessória, esta, por sua vez, se torna dispositivo de distanciamento e desintegração social (PIRES, 2004).

A racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma obrigação ou necessidade. Herança do direito de punir que durante o século XVIII sofreu algumas transmutações e passou a ser considerado como uma obrigação ou uma certeza. Beccaria já afirmava que a certeza da pena é mais importante que sua severidade. Esse enunciado é frequentemente apresentado como se fosse humanístico, todavia ele reafirma a necessidade ou obrigação pragmática e política da penalização. Com certeza, se partirmos do pressuposto que a certeza da punição aflitiva perante a sociedade é fator indispensável para dissuadir possíveis e eventuais transgressores, o Estado deve punir sempre que for possível e sem se preocupar com as consequências ou com outras formas de realização de justiça. A teoria da retribuição contém a mesma concepção: Kant afirma que a lei penal (leia-se pena também, pois o contexto e os exemplos mencionados por Kant evidenciam que ele funde pena e norma de comportamento) é um imperativo categórico, isto é, haveria uma obrigação moral de punir (PIRES, 2004).

A racionalidade penal moderna se constrói como um sistema de pensamento "pré-político" ou "trans-político", pois se sedimenta antes ou independentemente das visões políticas do mundo. Aqui podemos ver um ponto que ilustra outras razões pelas quais as pautas sociais e demandas por mais diversas que sejam podem seguir um rumo penal na acepção moderna. Muitos juristas, profissionais da justiça (juízes, promotores etc.) e pesquisadores das ciências sociais que se auto definem como críticos, liberais ou progressistas ainda estão prisioneiros dessa maneira de pensar (PIRES, 2004).

Embora deliberadamente críticos estes atores sociais, sem perceber nenhum tipo de contradição, sustentam exclusivamente as sanções negativas, reduzindo o direito à obrigação ou necessidade de punir e consagrando a identidade puramente punitiva do direito penal moderno. Da mesma forma, diversos movimentos sociais progressistas ou filantrópicos e até pensadores dotados de uma "teoria crítica" da sociedade caem no que pode ser chamado de cognitiva que consiste em se opor ao abrandamento de penas e à adoção de sanções alternativas. Quando não participam ativamente em demandar, em nome de princípios da racionalidade penal moderna, penas aflitivas mais severas, pelo menos para a categoria de crimes que lhes preocupa. Esse subsistema cultural possui uma influência muito grande, a ponto de não estar suficientemente problematizado por orientações críticas ou humanistas (PIRES, 2004).

Dentro do paradigma da racionalidade penal moderna, como era de se esperar, as relações entre o direito penal e os direitos humanos se constroem de modo paradoxal e conflitante. As penas aflitivas são frequentemente valorizadas como um meio que denota força no intento de defender ou afirmar os direitos humanos. A representação da pena aflitiva como necessária ou obrigatória produz então um paradoxo: certa degradação dos direitos humanos no direito penal, a afirmação de uma obrigação de punir, a resistência a outros tipos de sanções, todos estes fatores podem se apresentar em diferentes graus e formas, como uma maneira de proteger os direitos humanos (PIRES, 2004).

As duas conceituações trazidas problematizam diretamente com o tema do populismo punitivo. As duas conjuntamente demonstram o quão presente e atual é o tema, uma vez que por mais salutar que seja o desejo normativo, mesmo que fundado em princípios de Estado Regulativo, é inegável sua permeabilidade, pelo menos em certa medida, à racionalidade penal moderna. Discurso e prática, novamente se desencontram.

4 CONTRIBUIÇÕES PARA UMA TEORIA DO PROCESSO LEGISLATIVO

Este trecho está dividido em duas partes: a primeira corresponde a uma esquematização descritiva dos procedimentos que estão intrincados na elaboração legislativa no âmbito do Poder Legislativo, com um especial destaque na interação do Legislativo com o Executivo; a segunda parte busca consolidar algumas contribuições teóricas que se tornam ferramentas úteis na análise interpretativa das leis. Este apartado do trabalho precede a análise do material legislativo coletado e, assim como as demais posições teóricas, será fundamental para a interpretação das legislações, porém este trecho é especial, pois busca contribuir para a sustentação de um ramo de conhecimento que se coloque predominantemente ligado ao processo legislativo, tentando localizar os espaços entre discurso e prática legislativa.

4.1 Processo legislativo e o poder da agenda política do executivo

Primeiramente, é necessário fazer uma ressalva no decorrer deste trecho eventualmente algumas regras e normas serão citadas, porém, ao colacionar apenas as regras formais, em nenhuma circunstância se está pressupondo a linearidade do processo legislativo ou ignorando a complexidade dos atos que envolvem tal processo, que é influenciado por conjunturas políticas, econômicas e sociais, pelos atores que participam do processo e pelos interesses em jogo.

Dito isso, iniciamos nossa tentativa de descrição dinâmica do processo legislativo identificando os atores institucionais e os momentos-chaves. Em se tratando de legislação penal, o Congresso Nacional, formado pela Câmara e pelo Senado, compõe a instância competente para edição das leis penais. Para se criar ou modificar uma lei, é necessário que haja um projeto, que pode ser proposto por um Deputado ou Senador, por Comissões da Câmara ou do Senado e pelo Presidente da República. A apresentação de projeto de lei também pode ser oriunda do Poder Judiciário, Procurador-Geral da República e iniciativa popular (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS).

Os projetos de alteração da legislação vigente são determinados por uma série de dispositivos institucionais que demarcam os momentos de interação entre a presidência e o parlamento. As normas legais que organizam o processo legislativo estão tanto na Constituição Federal de 1988 como nos regimentos internos do Senado e da Câmara dos Deputados.

Entre os principais atos que estruturam o procedimento de produção legislativa estão: a) iniciativa legislativa; b) emendas (consistem em uma proposição, apresentada como acessória de outra, destinada a alterar a forma ou conteúdo da principal, podendo ser supressiva, aglutinativa, substitutiva, modificativa ou aditiva; c) votação; d) sanção (é o ato de manifestação da aquiescência do Poder Executivo em relação à lei); e) veto (é a manifestação negativa do Poder Executivo), podendo recair sobre o texto legislativo como um todo ou parcialmente); f) promulgação (etapa da elaboração da lei que atesta, oficialmente, a existência desta, com a ordem de seu cumprimento) e g) publicação (apesar da promulgação, a lei só terá eficácia quando levada ao conhecimento público, que se materializa no momento de sua publicação em órgão oficial) (CIFALI, 2015, BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS).

Dentro deste processo pelo qual passa o projeto de criação/alteração legislativa o Executivo possui alguns instrumentos para exercer pressão, e, assim, poder interferir ou conduzir a produção legislativa. Nestes espaços legislativos de intersecção entre o executivo e o legislativo é que o dito poder de controle de agenda por parte do Executivo pode ser exercido. Historicamente, grande parte das leis promulgadas no Brasil advém ou estão alinhadas com a agenda do Executivo (ALBUQUERQUE ET AL, 2006; CIFALI, 2015).

Em muitas ocasiões, em razão de prioridades da agenda do executivo, são feitos acordos internos na Casa Legislativa no intuito de transferir ao governo o ônus de certas decisões que possam exigir altos custos políticos, as quais, na maioria das vezes, são materializadas por meio de medidas provisórias. O Congresso, nestas hipóteses, busca minimizar ao máximo o eventual e possível desgaste político do legislativo. Deste modo, nos acordos entre poderes, o Executivo se compromete com uma matéria que pode não ser popularmente aceitável (que pode ser, por exemplo, tratada via medida provisória), enquanto o Congresso se compromete em seguir a agenda de prioridades legislativas do executivo (ALBUQUERQUE ET AL, 2006).

Destaque-se que a introdução das medidas provisórias (1985) precede a elaboração da Constituição de 1988, todavia no diploma constitucional foram outorgados ainda mais poderes legislativos, antes não existentes, os quais somados a outros poderes privativos do chefe do Executivo permitem-lhe conduzir, em grande medida, a agenda do poder Legislativo. A motivação para tal alteração baseou-se na necessidade de prioridade na agenda do Executivo. Isto porque as pautas do executivo, no que tange à execução de políticas públicas consideradas necessárias e urgentes, seriam afetadas pela demora da tramitação (PALERMO, 2000).

Figueiredo e Limongi (2001) defendem a ampliação dos poderes do Executivo, pois eles podem evitar as crises motivadas pela incapacidade de ação do governo e impedir que ele se veja paralisado por conflitos internos. No entendimento dos autores não há prejuízo em dotar o Executivo de poderes legislativos excepcionais, pois, com sistemas partidários fragmentados e de fraca disciplina interna (como os do Brasil), é por intermédio desses poderes que o Executivo pode aumentar a capacidade de implementar uma agenda de governo.

Um dos instrumentos tradicionalmente usados pelo Executivo com o fim de impor maior celeridade em relação aos projetos de sua agenda é o pedido de urgência⁸. O regime de urgência surgiu na reforma regimental da Câmara dos Deputados em 1973. A justificativa para a utilização de tal regime por parte do poder Executivo é o “interesse público relevante e urgente”, termo extremamente vago e aberto, ficando a cargo do presidente a interpretação do que é interesse público relevante e urgente para a utilização da medida. O “regime de urgência” consiste na faculdade do presidente para requerer a devida emergência para a Câmara dos Deputados e para o Senado Federal em apreciar determinada matéria, com prazo máximo de 45 dias em cada uma das Casas (ALBUQUERQUE ET AL, 2006; CIFALI, 2015).

Desta forma, o pedido de urgência impede que os parlamentares por interesse de seus respectivos partidos possam simplesmente “engavetar” as propostas. O pedido de urgência obriga que as matérias provenientes do Executivo sejam da forma mais célere possível. Para tanto, dispensam-se os prazos ou formalidades regimentais para que determinada proposição seja desde logo considerada, até sua decisão final, passando a ter prioridade na agenda de votações do Legislativo (ALBUQUERQUE ET AL, 2006).

No caso de não apreciação da matéria dentro do prazo estipulado, automaticamente esta passará a ter prioridade na agenda do Legislativo. Inclusive, o pedido de urgência pode retirar a matéria da comissão em que se encontra, para ser discutida diretamente no plenário. Nesses casos, com base em algum tipo de articulação com as lideranças partidárias, o Poder Executivo pode tentar contornar as Comissões Congressuais para impedir alterações e apressar a aprovação de proposições de seu interesse (ALBUQUERQUE ET AL, 2006).

Faz-se um aparte para expandir sobre a afirmação de que o Executivo tenta contornar as comissões do Congresso. Tais comissões especiais são criadas para analisar os projetos de

⁸ De acordo com o art. 64, parágrafos 1º e 2º, da Constituição da República de 1988. § 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

lei, a composição destas comissões é predominante de parlamentares vinculados aos programas e diretrizes partidárias. Por essa razão, a análise dos projetos de lei por estas comissões não é isenta da parcialidade peculiar às dinâmicas do Congresso. Limongi chega a afirmar que as comissões são um dos mais eficientes instrumentos das minorias para deter a vontade da maioria. Desta forma, é possível afirmar que, a tendência adotada pelo partido sobre votação baseada apenas em motivos políticos, pode ser tanto ou mais considerada do que a consequência concreta que tal projeto possa ter no âmbito da realidade social (CIFALI, 2015; LIMONGI, 2006).

A única comissão que não pode ser evitada é a Comissão de Constituição e Justiça, pois a ela é atribuída à competência de conferir os aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões⁹, por isso ela se torna ponto estratégico na produção da legislação.

Nesse momento, é decidida a maior parte das modificações da iniciativa legislativa original, pois o funcionamento informal e discreto das comissões, mesmo da CCJ, permite uma ampla abertura para negociações e transações políticas sem temor a controles rígidos de outras instâncias (RIPOLLÉS, 2005).

De fato, é nas comissões que a maioria dos textos finais das legislações são decididos, inclusive de legislações penais cujo tema deveria, pelo menos, instigar algum tipo de debate. Além disso, nos raros casos que se consegue debater em plenário as pautas legislativas, pelo menos em nossa experiência, estes debates são abruptamente interrompidos pelo anúncio de que já havia um acordo sobre a matéria e que as questões trazidas podem ser expostas, porém não estão abertas à modificação.

Ainda, conforme o autor, o período de trabalho da comissão e seu discurso, apesar das ressalvas feitas, constitui um momento procedimental decisivo de toda a fase legislativa e é

⁹ “As atribuições da Comissão de Constituição e Justiça não terminam na produção legislativa, sua proeminência está representada, também, nas suas demais atribuições: b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento; d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça; e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial; f) Partidos Políticos, mandato e representação política, sistemas eleitorais e eleições; g) registros públicos; h) desapropriações; i) nacionalidade, cidadania, naturalização, regime jurídico dos estrangeiros; emigração e imigração; j) intervenção federal; l) uso dos símbolos nacionais; m) criação de novos Estados e Territórios; incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios; n) transferência temporária da sede do Governo; o) anistia; p) direitos e deveres do mandato; perda de mandato de Deputado, nas hipóteses dos incisos I, II e VI do art. 55 da Constituição Federal; pedidos de licença para incorporação de Deputados às Forças Armadas; q) redação do vencido em Plenário e redação final das proposições em geral”. (Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ccjc/conheca/index.html>>. Acesso em 05/03/2016)

neste interregno que se deveriam concentrar esforços para incrementar os componentes de racionalidade do processo legislativo. Componentes que serão abrangidos no próximo tópico (RIPOLLÉS, 2005).

Retomando as questões envolvendo o processo legislativo e o poder de ingerência do Executivo no Congresso, pode-se dizer que existe uma gama de mecanismos que permitem uma abertura discricionária para a presidência dentro das Casas Legislativas: a) como foi visto o Poder Executivo pode deflagrar o processo legislativo com a indicação de projetos de lei próprios; b) as medidas provisórias possuem força de lei e podem ser usadas de acordo com a discricionariedade do Executivo, no limite da lei¹⁰; c) o pedido de tramitação de urgência; d) por fim, o instituto do veto parcial ou total que é prerrogativa privativa do Presidente. Todos estes mecanismos de certa forma podem ser usados como instrumento de pressão ou de trocas políticas, situação que deixa os autores Albuquerque et al. (2006) tranquilos para afirmar que boa parte da agenda do Legislativo e do conteúdo das políticas aprovadas é determinada pelo Executivo (ALBUQUERQUE ET AL, 2006).

Um mecanismo que não está incluído nesta gama de discricionariedade do Executivo é o “regime de urgência urgentíssima” cuja prerrogativa é do Congresso, que se dá a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes¹¹ que representem o mesmo número. A medida tem o poder de colocar o projeto de lei, de imediato, no topo da agenda parlamentar e, conforme o art. 55 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, este regime será utilizado em casos de “matérias de relevante e inadiável interesse nacional”. Como ocorre no pedido de urgência, o requisito para a aplicação do regime de exceção é extremamente vago, dando discricionariedade ao Congresso para decidir o que são as ditas matérias de relevante e inadiável interesse nacional. Contudo, apesar de diretamente do Executivo não possuir prerrogativas sobre a urgência urgentíssima, as regras amplas e vagas destes regimes reforçam o liame entre as lideranças partidárias e o Executivo (ALBUQUERQUE ET AL, 2006; CIFALI, 2015).

¹⁰ Frisa-se que a medida provisória, não pode ser utilizada em matéria penal, conforme disposto no art. 62, §1º, inciso I, alínea ‘b’ da Constituição da República de 1988, que, desta forma dispõe: § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: (...) b) direito penal, processual penal e processual civil.

¹¹ “Os líderes são porta-vozes de sua bancada e, como tais, são os mediadores entre a bancada e os demais órgãos das Casas Legislativas e do Executivo. Os regimentos internos do Congresso Nacional consagram vastos poderes decisórios aos líderes partidários, motivo pelo qual exercem uma função preponderante na condução do processo legislativo, podendo solicitar o adiamento da discussão de determinada matéria e da votação de um projeto, bem como requerer o regime de prioridade e urgência para propostas e indicar candidatos para concorrer a cargos da Mesa Diretora. (...) Ainda, compete a eles indicar os parlamentares para compor as comissões e, a qualquer tempo, substituí-los.” (CIFALI, 2015, p. 121-122)

Segundo Albuquerque et al. (2006) o mecanismo da urgência tem se mostrado de suma importância para que os projetos do Executivo e do Legislativo sejam aprovados da forma mais célere possível. Interessante notar que os pedidos de urgência oriundos do Executivo conseguem ter maior chance de sucesso. Seguem os autores afirmando que não é incomum encontrar projetos encaminhados pelo Executivo, cuja tramitação não está atrelada a excepcionalidade do regime de urgência, que passam pela Câmara mais rápido do que os propostos pelo próprio Legislativo.

Desta maneira, pode-se perceber que o poder de agenda, entendido como a capacidade de interferência do Executivo sobre o processo legislativo, buscando determinar a condução dos trabalhos legislativos, utilizando, para isso, de instrumentos de pressão para induzir os parlamentares à cooperação, ultrapassa os meios estritamente institucionais.

As razões deste apoio do Legislativo às pautas do Executivo podem explicadas pelo fenômeno da coalizão partidária. A coalizão é tida como modo de condução de governo dentro de um regime democrático multipartidarista, na prática são políticos em que o Poder Executivo busca o controle da agenda do Poder Legislativo mediante vários artifícios, dentre eles a distribuição de benefícios, recursos e pastas. Em contrapartida, o Executivo espera os votos que necessita do Parlamento, sob pena de redistribuir os benefícios concedidos àqueles que não apoiarem a coalizão (ALBUQUERQUE ET AL, 2006).

Figueiredo e Limongi afirmam que a partir do momento em que é construída a coalizção partidária, buscando a obtenção de apoio parlamentar e assegurando a formação de uma maioria, o Executivo inicia o processo de distribuição das pastas ministeriais aos partidos dispostos a apoiar-lhe no parlamento. Ao fim, o resultado de tais transações é a alto grau de aprovação dos projetos de lei apresentados pelo Executivo. É notório que, antes da propositura de seu projeto, o Executivo já começa a discutir o conteúdo da alteração legislativa com os líderes partidários, o que, aliado aos mecanismos que dispõe (como as medidas de urgência) faz com que suas proposições sejam apreciadas de forma mais célere que os projetos oriundos do próprio poder Legislativo (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001).

É neste ponto que se tem a noção de quanto poder legislativo o Executivo pode obter usando dos seus mecanismos institucionais e formando uma coalizção partidária sólida. Importante frisar, principalmente no que se refere à produção de leis penais, que, se por vezes a discussão pode se tornar um entrave ao progresso, o contrário também pode ser verdadeiro, a ausência de debate pode incorrer em açodamento do processo legislativo, incongruências normativas e, por fim, injustiças.

Deve-se ter em mente que legislações penais muitas vezes são influenciadas por questões emocionais sobrecarregadas de um caráter emergencial que parece ser impossível de ser sobrestado. Isto porque, como refere Diniz (2005), a agenda governamental não é algo fixo e pré-determinado, questões conjunturais, muitas vezes, podem forçar o Executivo a tomar iniciativas não previstas em sua agenda. Além disso, uma matéria considerada prioritária, em um determinado momento, poderá deixar de sê-la, em face de outras questões que possam surgir.

De qualquer forma, pode-se dizer que o apoio da coalizão nem sempre é plena e homogênea, em determinadas matérias alguns parlamentares, inclusive líderes partidários, podem votar contra o governo. Porém, ainda que o líder do partido vote contra o Executivo, isso não significa que os demais parlamentares e partidos da coalizão sigam sua orientação (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001).

Neste mesmo sentido, parece que a coalizão estável quando posta a prova dentro do nosso sistema democrático corresponde às expectativas nos mais diversos casos. Zucco (2009) utiliza de duas votações em específico como paradigmáticas no intento de demonstrar a lógica de governo x oposição que se sustenta no Congresso, porém as votações em questão também são ilustrativas do poder de coerção das coalizões.

As ditas votações foram sobre o valor do salário mínimo: durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, o Partido dos Trabalhadores (PT) lutou durante a votação nominal de 2000 para aumentar o salário além da proposta governista, já em 2004, em nova votação nominal, durante o governo Lula, em que figurava novamente uma proposta do executivo para aumento do salário mínimo, foi a vez do PSDB, partido do antigo presidente FHC, lutar por um aumento maior que aquele proposto pelo governo (ZUCCO, 2009).

Dito isso, é compreensível a afirmação de que se não fosse por intermédio das coalizões e poderes institucionais legislativos, o Executivo poderia ter diminuída severamente sua capacidade de implementar uma agenda de governo. Todavia, é necessário atentar-se a que preço a agenda do governo esta sendo implementada e se de fato o que está sendo aprovado provém da agenda governamental ou se é a pauta da semana. Para tanto, o processo legislativo é o ponto chave desta avaliação.

4.2 Fundamentos teóricos analíticos e dinâmicos acerca do processo legislativo

Figueirido (2003) busca um modo de conhecer o processo legislativo e encontra na contribuição de Atienza (1989) lentes que podem ser usadas como ferramentas de análise

interpretativa do processo de criação de leis. Atienza trabalha com um conceito de racionalidade prática que se aproxima da racionalidade discursiva de Habermas, porém, destaca o autor, que a teoria discursiva habermasiana não pode ser considerada como instância última de crítica do direito positivo, mas sim como modelo de justificação e reconstrução de certo direito.

Atienza introduz as ferramentas para expor as condições para a produção de um discurso legislativo racional: os elementos de interação, os níveis de racionalidade e as interações que ocorrem entre estes; os elementos de interação trazidos por Atienza são os editores (os autores das normas), os destinatários (aqueles para quem a norma é dirigida), o sistema legal (o conjunto normativo pelo qual a nova lei passa a fazer parte), os fins (objetivos ou metas visados pelo estabelecimento de leis) e valores (ideias que servem para justificar esses fins) (ATIENZA 1989).

Os níveis de racionalidade que identifica são: racionalidade comunicativa ou linguística (R1) significa que o emissor deve ser capaz de comunicar com fluência uma mensagem ao receptor; racionalidade jurídico-formal (R2) significa que a nova lei deve ser inserida harmoniosamente no sistema legal; racionalidade pragmática (R3) consiste na adequação da conduta dos destinatários aos preceitos da lei; racionalidade teleológica (R4) significa que a lei teria de atingir os fins sociais perseguidos; racionalidade ética (R5) significa que a conduta prescrita e a finalidade das leis pressupõem valores que devem ser sujeitos à justificação ética (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA 1989).

O quadro abaixo da conta de localizar os elementos, racionalidades e as interações resultantes, segundo o Atienza¹²:

¹² Fonte: ATIENZA, 1989. p 386.

	Edictores	Destinatarios	Sistema jur.	Fines	Valores
R1	emisor	receptores del mensaje (legal)	conjunto de enunciados (mensajes) y de canales para transmitirlos	claridad, precisión	comunicación
R2	órgano al que se atribuye capacidad de producir D. legislado	individuos y órganos a los que se dirigen las leyes	conjunto de normas (en sentido propio) válidamente establecidas	sistematicidad: plenitud y coherencia	seguridad; previsibilidad
R3	órgano al que se presta obediencia (soberano)	burocracia e individuos que prestan obediencia (súbditos)	conjunto de normas eficaces (o bien de comportamientos)	cumplimiento del D. (traducción de las normas en acciones)	mantenimiento del orden; eficacia
R4	portadores de intereses sociales (particulares, grupos de presión, etc.)	afectados por la regulación del interés o necesidad social	conjunto de medios (conocimiento psicológico, sociológico, económico, etcétera) para conseguir fines sociales	cumplimiento de objetivos sociales: redistribución de la riqueza, aumento o disminución de la protección social, reducción del desempleo, mantenimiento de ventajas políticas, económicas, etc.	eficiencia social
R5	autoridad legítima	obligados moralmente a obedecer las leyes	conjunto de normas, acciones e instituciones evaluables éticamente	libertad, igualdad, justicia	naturaleza, dignidad humana, consenso, etc.

Segundo o autor, a análise interna dos resultados das interações promovidas pelas premissas postas não dá conta de compreender o fenômeno do processo legislativo e que somente através de uma análise externa (subdivida em estática e dinâmica) é que este objetivo pode ser almejado amplamente. A primeira nota sobre as relações de racionalidades e elementos do campo, ainda partindo do espectro interno, fica pela similaridade das R1 à R4 na racionalidade, enquanto adequação meio-fim, instrumental. Por outro lado, a R5, a racionalidade ética seria um tipo distinto de racionalidade que não se preocuparia com quais meios são adequados para certos fins, mas sim que estes estejam eticamente justificados (ATIENZA, 1989).

Dentro da análise externa estática, que procura mostrar as relações entre os vários níveis de racionalidade de forma normativa, alguns pontos que são de necessário destaque; o primeiro está circunscrito na R1, racionalidade linguística, por estar no nível mais básico das racionalidades - toda lei deve consistir em enunciados linguísticos compreensíveis - subordina o sucesso das outras noções de racionalidades (FIGUERIDO, 2003; ATIENZA, 1989).

Por outro lado, quando estamos diante de um fenômeno chamado legislação simbólica (leis criadas para não serem cumpridas ou para não produzir os efeitos que as elas se imputam) eis que podemos ter casos de que R1 entre em conflito com R3, racionalidade pragmática, e/ou R4, racionalidade teleológica. Isto porque a lei pode ser intencionalmente

obscura ou imprecisa com o escopo de alcançar o sucesso pragmático ou teleológico buscado. Algo similar ocorre com a R5, racionalidade ética, uma lei pode ser racional em R1 e não em R5, o contrário também pode suceder quando os fins éticos da lei são almejados através da outorga de certo nível de discricionariedade ao órgão aplicador recorrendo a fórmulas linguísticas imprecisas (FIGUERIDO, 2003; ATIENZA, 1989).

Em sede de R2, racionalidade jurídico-formal, surgem relações mais complexas, por exemplo, R2 e R3, racionalidade pragmática, parecem ser bastante independentes. O grau de inserção formal da lei no sistema jurídico não parece ter correlação com a elevação ou não do seu cumprimento. Entre R2 e R4, racionalidade teleológica, as relações podem ser consideradas, inclusive, como de oposição. A contraposição luhmaniana entre racionalidade normativa e racionalidade das consequências surge também dentro da própria legislação. Deste modo, observa-se como no entendimento luhmaniano R2 se identificaria basicamente com a racionalidade da dogmática tradicional, no entanto R4 estaria próxima da racionalidade que opera com o jurista “realista”, que considera o direito como um meio de conseguir certos fins. A contraposição entre R2e R4 pode-se apreender das elaborações de leis que mais recentemente tem prescindido do jurista dito clássico e buscado outros especialistas como de suceder mais eficientemente no campo desejado. O que nem sempre funciona, pois quase sempre o aplicador é um jurista que, por sua vez, segue a tradição jurídico-formal. Tornando, assim, a tradição jurídico-formal um obstáculo para a racionalidade teleológica (FIGUERIDO, 2003; ATIENZA, 1989).

Com relação a R3, racionalidade pragmática, esta apresenta claras implicações referentes à R4, racionalidade teleológica, porém uma não é continuidade da outra. Uma lei pode ser racionalmente pragmática, de modo que é cumprida integralmente, e não ser teleologicamente racional, por não alcançar seus objetivos sociais. Da mesma forma que uma lei pode produzir seus efeitos esperados apesar do seu não cumprimento. Entre R3 ou R4 e R5, racionalidade ética, existe uma grande independência, pois o cumprimento da lei e/ou a realização dos fins sociais estabelecidos é uma questão que não está ligada à justificação ética (FIGUERIDO, 2003; ATIENZA, 1989).

É neste ponto que o autor acredita ter encontrado a diferenciação entre técnica e ética na legislação, pois não existe procedimento específico que sirva para garantir os fins (liberdade, igualdade e justiça) através das leis. O interessante da contribuição deste molde legislativo é pensá-lo como expressão de tipos ideais que nos servem de lente para compreender o cenário da produção legislativa (FIGUERIDO, 2003; ATIENZA, 1989).

O tema trabalhado pelo autor é crucial no desenvolvimento e interpretação do fenômeno legislativo, para se ter uma ideia do quanto, usa-se o exemplo da Comissão de Constituição e Justiça, órgão central na produção das legislações penais, muitas das decisões tomadas nesta instância são de caráter definitivo e determinam o texto legislativo final. Se o órgão conseguisse adequadamente avaliar os valores contidos nos projetos de lei, se de fato estão alinhados axiologicamente com a constituição (R5), com certeza os resultados legislativos seriam melhores. O mesmo pode ser dito sobre as possibilidades práticas de implementação do projeto de lei (R3) e se essa implementação não vai de encontro com os objetivos sociais que o projeto consagra (R4). Não é difícil perceber o quanto esta reflexão é necessária para a construção de um processo legislativo coerente com as regras e valores constitucionais.

A análise externa de caráter dinâmico, por sua vez, tenta compreender o procedimento de fato de criação da legislação, e aqui a contribuição de Atienza compartilha com a obra de Ripollés, dinâmica legislativa da dividida em três fases. Antes de entrarmos especificamente no processo dinâmico legislativo, Ripollés localiza seu discurso chamando a atenção para a falta de atenção no processo de criação da lei penal, o âmbito da reflexão jurídico-penal de grande desenvolvimento no período codificador do século XIX está cada vez mais exíguo. A preocupação passa a ser exclusivamente com a garantia de uma aplicação racional das leis vigentes deixando em segundo plano o processo reflexivo de criação da lei penal. Segundo o autor este sintoma da via de acesso livre para a consolidação de uma legislação conjuntural e oportunista. No período das codificações no século XIX, havia uma maior preocupação com a elaboração racional das leis, com o objetivo de assegurar uma interpretação baseada em categorias conceituais e formas de argumentação definidas (ATIENZA, 1989; RIPOLLÉS, 2005).

Ripollés e Atienza estavam atentos à crise que o fenômeno legislativo sofreu após este período de codificações. Atienza refere inclusive como o direito se questiona a partir de estar ou não ligado estreitamente com a legislação estatal, e que a teoria sobre legislações poderia enriquecer se abordasse as teses de pluralismo jurídico, que negam a identificação do direito com o direito estatal. Nessa mesma linha, Ripollés afirma que a legislação penal assume o papel de “código moral da sociedade”, e seu protagonismo na progressiva judicialização de conflitos sociais ou sua utilização com fins meramente simbólicos são indicadores desta tentativa do estado de retomar as rédeas da complexidade imposta por este novo tecido social (ATIENZA, 1989; RIPOLLÉS, 2005).

Ripollés defende que deve haver um controle de legitimidade das decisões legislativas penais, controle que não deveria se limitar ao cumprimento das formalidades procedimentais previstas na Constituição, mas que pudesse atestar o respeito aos parâmetros de racionalidade exigidos ao longo de todo o processo de elaboração legislativa. O autor propõe um molde composto por dois planos sobrepostos. O primeiro, dinâmico ou operacional, deve ser capaz de descrever e analisar criticamente o concreto funcionamento do processo legislativo e o segundo plano prescritivo estabelecendo os conteúdos de racionalidade ética devem ser necessariamente levados em consideração em qualquer procedimento legislativo (RIPOLLÉS, 2005).

A visão dinâmica legislativa é dividida em três fases: fase pré-legislativa - este primeiro momento se dá a partir da problematização social e a conclusão de insuficiência da resposta normativo-jurídica aos conflitos que surgem na sociedade, sua última etapa é a apresentação de um projeto de lei às casas legislativas – fase legislativa – após a entrega do projeto de lei para as casas, a recepção deste marca o início da fase, que inclui os debates, as emendas e votações inerentes ao projeto, seu último momento é aprovação do texto final e publicação - fase pós-legislativa – a partir da publicação da norma cabe à sociedade em geral, representada ou não por grupos de interesse, manifestar-se sobre a adequação do conteúdo normativo com a problematização de origem e a realidade social atual (RIPOLLÉS, 2005).

De acordo com a visão do autor, o processo de elaboração de uma lei penal é desencadeado a partir do êxito de um agente social em tornar crível a existência de uma disfunção social que, a seu ver, necessita de algum tipo de intervenção penal. O agente social, então, para poder ser bem-sucedido em sua empreitada legislativa, deverá fornecer dados, reais ou fictícios, que possibilitem uma discussão a respeito e estar em condições de suscitar a discussão sobre a disfunção em questão em âmbitos de proeminência na sociedade. Um dos pontos críticos para a ativação da máquina legislativa é a atuação dos agentes sociais, os quais são responsáveis pela trajetória que separa um problema social e a conclusão pela construção de nova resposta jurídico-normativa (RIPOLLÉS, 2005).

Os agentes sociais que podem iniciar o processo são os mais diversos: forças políticas, sociais ou econômicas institucionalizadas, como o governo, partidos políticos, sindicatos, associações corporativas ou profissionais, etc. Sem esquecer os grupos sociais organizados não institucionalizados. O único requisito exigido é que sejam capazes de conferir credibilidade a suas apreciações. No que se refere à disfunção social, ela é posta como falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta dada a ela pelo sistema jurídico. A disfunção social, por sua vez, pode ser real ou aparente, e

os agentes sociais que ativam o processo legislativo podem estar conscientes ou não deste fator. Deste modo, estes podem fazer passar por real uma disfunção aparente (RIPOLLÉS, 2005).

Um exemplo de disfunção aparente que tem conduzido os debates políticos penais atualmente são os debates sobre a redução da maioria penal, muitas vezes promovido com base no argumento de que crescem os números de atos infracionais graves praticados por adolescentes, todavia os dados disponíveis em diversas pesquisas dão conta de que o número de delitos praticados por adolescentes é ínfimo em comparação ao número de delitos praticados por adultos. Os delitos perpetrados por adolescentes representam apenas 4% deste total de delitos praticados por adultos. Da mesma forma os atos infracionais considerados graves – como homicídios e estupros - também representam uma pequena parcela do total de atos praticados, cerca de 1%. Destaque-se que a maioria dos adolescentes denunciados e internados pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Sem falar que os atos infracionais registrados têm demonstrado uma estabilização e não um acréscimo como dão a entender^{13 14} (CIFALI, 2015).

A disfunção social deve ser capaz de impulsionar um processo legislativo, para isso a consideração da utilidade de sua discussão por setores sociais amplos e relevantes é fator extremamente relevante. A utilidade da discussão, na maioria das vezes, está ligada à resolução dos efeitos negativos atribuídos à disfunção social, sendo essa utilidade imprescindível para a obtenção da credibilidade social. Todavia, isso não quer dizer que a utilidade atribuída pelos setores sociais é idêntica aos interesses buscados por aqueles que impulsionam o processo legislativo (CIFALI, 2015; RIPOLLÉS, 2005).

A obtenção de credibilidade é imprescindível para fazer uma disfunção social se propagar no debate coletivo. Esta disfunção deve ter características que captem a atenção da sociedade. É claro que há uma grande contribuição das habilidades do agente social que se empenhou em tal disfunção, porém as características ínsitas à disfunção podem influir na obtenção de credibilidade social. Assuntos sociais que possuem componentes de dramaticidade acabam tendo mais facilidade neste ponto (RIPOLLÉS, 2005).

Após a disfunção ser incluída na agenda temática social, ela deve ser reconhecida por grande parte da sociedade, duas características podem ser extraídas deste fenômeno; a estabilização cognitiva (a disfunção se torna resiliente perante a sociedade em geral) e o

¹³ Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/parecer_pipa.pdf>. Acesso em 31/01/06.

¹⁴ Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_2013-corrigido.pdf>. Acesso em 31/01/06.

envolvimento emocional produzido pelo desajuste social. Algumas variáveis desempenham um importante papel no momento da consolidação dessa percepção social emocionalmente carregada. Uma característica que salta aos olhos é o medo do delito, é claro que neste ponto as investigações sobre o tema estão focalizadas quase exclusivamente sobre os delitos que envolvam um contato direto entre agressor e vítima. Esta categoria medo do delito tem seu suporte em basicamente quatro ideias: a) a preocupação a respeito dos níveis de delinquência; b) o medo de ser vítima de um delito; c) a estimativa do risco de ser vítima de um delito; e d) as modificações de conduta adotadas para não ser vítima de um delito (CIFALI, 2015; RIPOLLÉS, 2005).

Para além deste ponto, o mal-estar provocado pela identificação de um desajuste social precisa concretizar-se através de um processo comunicativo de intercâmbio de opiniões, processo que irá reforçar a visibilidade social da disfunção social. Neste ponto, os meios de comunicação trabalham como instrumentos que podem prover essa visibilidade, tendo em vista a natureza seletiva das construções de pauta. Essa atitude pode originar, incidental ou intencionalmente, a percepção do aumento da criminalidade, reforçando a relevância do problema e trazendo consigo questionamentos sobre a necessidade de certas alterações legislativas no âmbito penal, e inclusive, muitas vezes, indicando o caminho do que deve ser esperado das ações legislativas para enfrentar o problema (CIFALI, 2015; RIPOLLÉS, 2005).

Deste modo, a etapa pré-legislativa é concluída quando uma insatisfação social em relação à ausência, presença ou modo de intervenção penal estabiliza-se e é conhecida pela sociedade como um todo. A insatisfação potencializada, carregada emocionalmente, especificamente quando esta carga emocional se transforma em medo em relação ao delito. Frisa-se que a criação de normas penais impulsionadas por inseguranças e experiências da população não possui qualquer ilegitimidade e é, de fato, compreensível. O problema ocorre quando a regra é a criação de leis penais que prescindam de uma análise profunda das disfunções em jogo e da mesma forma quando inexistente qualquer estudo de impacto da intervenção legislativa no ponto a ser debatido. (RIPOLLÉS, 2005).

O diagnóstico e a difusão de um desajuste social relevante são o início do desenvolvimento de um programa de ação, uma estratégia elaborada com a finalidade de oferecer propostas de resolução que tem por escopo superar a generalidade do período anterior. Em tese, este novo período deve implicar em aprofundar as questões e possíveis resoluções para poder conjecturar eventuais posições legislativas e/ou outras decisões sociais ou institucionais complementares ou alternativas (CIFALI, 2015; RIPOLLÉS, 2005).

O programa de ação social somente consegue sair da fase pré-legislativa para ser institucionalizado, e adentrar as burocracias estatais, quando adquirir respeitabilidade social. Esta qualidade é garantida pelo fato de que os programas de ação são habitualmente formulados por grupos de pressão especializados. Estes grupos se apropriam do problema, pois possuem um conhecimento especializado e dispõem de meios materiais e humanos para aprofundar a análise e buscar maneiras para enfrentar as questões pertinentes ao desenvolvimento de programas de ação. Estes grupos defendem interesses diversos, interesses ideológicos, (grupos de pressão feministas, ambientalistas, de consumidores, pacifistas, etc.), ou os que defendem interesses puramente científicos, reconduzíveis ao surgimento de um determinado paradigma científico-social (doutrina jurídica e criminológica, ou científico-natural). Podem ser também interesses socioeconômicos, em razão do papel que desempenham tais grupos no processo de produção, (sindicatos e associações empresariais), ou devido à salvaguarda ou ampliação de competências profissionais (associações judiciais, de funcionários penitenciários, de médicos forenses etc.) (CIFALI, 2015; RIPOLLÉS, 2005).

A doutrina sobre o tema não é pacífica no que tange a conceituação de grupos de pressão e grupos de interesse. De acordo com a pesquisa sobre a atividade do lobby no Brasil, coordenada por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, formam um grupo de interesse pessoas que compartilham das mesmas ideias e que buscam alcançar um objetivo comum. Todavia este grupo não necessariamente irá adotar uma ação estratégica para influenciar diretamente o poder público. Os grupos de interesse podem permanecer em um estado de inércia, sem exercer as prerrogativas de pressão política. Os grupos de pressão são aqueles que adotam uma postura direta de influência sobre as autoridades públicas. Deste modo, ambos são grupos organizados em prol de interesses em comum, diferindo apenas na forma de atuação¹⁵ (MEYER-PFLUG, 2012).

Os grupos de pressão, apesar de possuírem diversas formas de atuação, sua atividade está adstrita à expectativa de enfrentar determinada disfunção social de acordo com as percepções e interesses em pauta. Para tanto eles desenvolvem atividades que vão desde a coleta de informações sobre os mais variados aspectos da questão em voga até promover estudos que possam fornecer alternativas ao problema. Produzem propostas de intervenção ou abstenção legislativa, que podem ou não estar conectadas com medidas de caráter não legislativo, inclusive, em alguns casos, elaboram análises sobre as consequências derivadas

¹⁵ Disponível em:

<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wpcontent/uploads/2012/11/08Pensando_Direito.pdf>. Acesso em 31/01/06.

das propostas desenvolvidas. Os grupos de pressão e de interesse têm esse caráter de acompanhar o desenvolvimento legislativo desde a fase pré até a pós-legislativa (RIPOLLÉS, 2005).

No Congresso Nacional, muitos são os grupos que participam regularmente do processo legislativo e instituições que participam das reuniões das comissões especializadas de forma regular, com a finalidade de acompanhar o trabalho do legislativo e apresentar sugestões para a ação governamental. Os representantes das ONGs, dentro do seu campo de atuação, apresentam proposições, identificam problemas não abordados pela imprensa e pelos parlamentares, sem perder o contato estreito e permanente com a rede de atores políticos que estão ou eventualmente poderão ficar identificados com a causa que defendem (RODRIGUES, 2000).

A ascensão da necessidade de grupos de pressão, das análises críticas em relação ao processo legislativo, surge de um processo contínuo de perda de legitimidade do estado via legislação. Este processo possui algumas características peculiares apresentadas a seguir.

5 RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA: NOVO VELHO CÁRCERE

5.1 Notas metodológicas

O desenho de pesquisa baseia-se no modo de estudo de caso. Para tanto foram selecionadas as leis através de um critério de relevância baseado na mudança substantiva do modo de cumprimento da pena ou de um arranjo organizacional da execução criminal. As informações foram coletadas nos sites da Presidência da República, Senado Federal (Sicon – Sistema de Informações do Congresso Nacional -) e Câmara dos Deputados. Buscou-se, nos arquivos on-line, a legislação aprovada no site da “Presidência da República/Casa Civil/Subchefia para assuntos jurídicos”, no item “Leis”, subitem “Leis ordinárias”. O site da presidência possibilita a pesquisa das ementas das leis; do texto na íntegra aprovado; emendas; vetos; eventuais revogações e sanção presidencial do novo dispositivo legal criado.

Seguem nesta seção breves notas das etapas até então metodológicas realizadas para análise do material empírico:

- 1) Levantamento de toda legislação aprovada sobre execução penal no site da Presidência da República: Casa Civil/Subchefia para assuntos jurídicos, no item Leis, subitem Leis ordinárias. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm.
- 2) Coleta de 15 leis. A estas foram adicionadas mais duas leis que foram extraídas de consulta direta ao teor da LEP no site do planalto. Total de 17.
- 3) Ainda em consulta ao teor da lei no site do planalto foi feita nova checagem para assegurar que todas as leis encontradas de fato integram a normatividade da LEP e que nenhuma outra fosse preterida.
- 4) Após a coleta de cada lei, utilizamos o serviço de pesquisa no site do Senado Federal – SICON (Sistema de Informações do Congresso Nacional) - com o número e o ano de cada lei. Este serviço de busca fornece o autor e o número de cada projeto que originou a lei na Câmara dos Deputados, Senado Federal ou no Congresso Nacional (nos casos de projetos de autoria em conjunto das duas casas).
- 5) Em seguida, no site da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o número do Projeto de Lei originário da norma sancionada, tem-se acesso as informações sobre todo o processo de tramitação do diploma legislativo.

Diplomas legislativos eminentemente carcerários são as leis aprovadas que de fato alteraram a normatividade da Lei de Execução Penal. Para entrar no parâmetro de análise da presente pesquisa o diploma deve a) tratar especificamente de matéria carcerária/penitenciária b) ter passado pelo crivo legislativo do Congresso Nacional e c) ter força coercitiva para impor seu conteúdo.

Dito isso, é preciso dizer que com este recorte não foram analisadas leis que aumentaram penas ou criminalizaram novas condutas e nem planos ou diretivas administrativas (i.e. Plano Nacional de Saúde no Sistema de 2003 e as Diretrizes Nacionais para Educação nas Prisões de 2010).

Desta forma, foram analisadas as seguintes legislações:

RESULTADO DA PESQUISA			
Identificação	Data da Assinatura	Situação	Ementa
LEI 13.167/2015	06/10/2015	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ALTERA O DISPOSTO Nº ART. 84 DA LEI NO 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, PARA ESTABELECE CRITÉRIOS PARA A SEPARAÇÃO DE PRESOS NOS ESTABELECIMENTOS PENAIIS.
LEI 13.163/2015	09/09/2015	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	MODIFICA A LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, PARA INSTITUIR O ENSINO MÉDIO NAS PENITENCIÁRIAS.
LEI 12.654/2012	28/05/2012	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ALTERA AS LEIS NºS 12.037, DE 1º DE OUTUBRO DE 2009, E 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, PARA PREVER A COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.
LEI 12.433/2011	29/06/2011	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ALTERA A LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL), PARA DISPOR SOBRE A REMIÇÃO DE

RESULTADO DA PESQUISA

			PARTE DO TEMPO DE EXECUÇÃO DA PENA POR ESTUDO OU POR TRABALHO.
LEI 12.313/2010	19/08/2010	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ALTERA A LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, PARA PREVER A ASSISTÊNCIA JURÍDICA AO PRESO DENTRO DO PRESÍDIO E ATRIBUIR COMPETÊNCIA À DEFENSORIA PÚBLICA.
LEI 12.258/2010	15/06/2010	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ALTERA O DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 (CÓDIGO PENAL), E A LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL), PARA PREVER A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO DE VIGILÂNCIA INDIRETA PELO CONDENADO NOS CASOS EM QUE ESPECIFICA.
LEI 12.245/2010	24/05/2010	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ALTERA O ART. 83 DA LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, PARA AUTORIZAR A INSTALAÇÃO DE SALAS DE AULAS NOS PRESÍDIOS.
LEI 12.121/2009	15/12/2009	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ACRESCENTA O PARRÁGRAFO 3º AO ART. 83 DA LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, DETERMINANDO QUE OS ESTABELECIMENTOS PENAIOS DESTINADOS ÀS MULHERES TENHAM POR EFETIVO DE SEGURANÇA INTERNA SOMENTE AGENTES DO SEXO FEMININO
LEI 11.942/2009	28/05/2009	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	DÁ NOVA REDAÇÃO AOS ARTS. 14, 83 E 89 DA LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, PARA ASSEGURAR ÀS MÃES PRESAS E AOS RECÉM-

RESULTADO DA PESQUISA

			NASCIDOS CONDIÇÕES MÍNIMAS DE ASSISTÊNCIA.
LEI 11.466/2007	28/03/2007	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ALTERA A LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL, E O DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CÓDIGO PENAL, PARA PREVER COMO FALTA DISCIPLINAR GRAVE DO PRESO E CRIME DO AGENTE PÚBLICO A UTILIZAÇÃO DE TELEFONE CELULAR.
LEI 10.792/2003	01/12/2003	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ALTERA A LEI Nº 7.210, DE 11 DE JUNHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.
LEI 10.713/2003	13/08/2003	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ALTERA ARTIGOS DA LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL - PARA DISPOR SOBRE A EMISSÃO ANUAL DE ATESTADO DE PENA A CUMPRIR.
LEI 9.460/1997	04/06/1997	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ALTERA O ART. 82 DA LEI N.º 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984, QUE INSTITUI A LEI DE EXECUÇÃO PENAL.
LEI 9.046/1995	18/05/1995	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ACRESCENTA PARÁGRAFOS AO ART. 83 DA LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL.
LEI 8.072/1990	25/07/1990	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	DISPÕE SOBRE OS CRIMES HEDIONDOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 5, INCISO XLIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DETERMINA OUTRAS PROVIDÊNCIAS.
LEI 7.210/1984	11/07/1984	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	INSTITUI A LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

RESULTADO DA PESQUISA			
LEI 7.209/1984	11/07/1984	NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA	ALTERA DISPOSITIVOS DO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - CODIGO PENAL, E DA OUTRAS PROVIDENCIAS.

Dois diplomas merecem a necessária atenção e justificação para entrarem na análise, a Lei 7209/84, Reforma do Código Penal, e a Lei 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos. A Reforma do Código Penal conjuntamente com a LEP foi pensada para criar um novo modo de execução da pena, a inserção dos regimes de cumprimento de pena no Código Penal são indícios dessa proximidade normativa. A Lei dos Crimes Hediondos, por sua vez, ainda subordina benefícios e malefícios dentro do processo de execução da pena, seu conteúdo pode não estar impresso diretamente no texto da LEP, mas sua normatividade é presente e constante.

A análise dos projetos será disposta desta forma: primeiramente o projeto é apresentado e sua justificação exposta, em um segundo momento é feita uma reflexão sobre o discurso posto no projeto, na sequência são analisados os pontos cruciais da tramitação do projeto seja no Senado ou na Câmara, após segue a análise dinâmica e analítica do projeto e sua tramitação, nessa ordem, conforme referencial teórico. Sobre as reflexões produzidas através dos discursos dos projetos, estas serão orientadas por princípios de formação de discursiva, pois somos da posição que a pertinência da construção do discurso está diretamente relacionada ao recorte proposto aos elementos nela contidos (FOUCAULT, 2008).

5.2 Década de 80: abertura política e "nova" execução penal

Neste primeiro ponto tratar-se-á da Lei de Execução Penal e da Reforma do Código Penal, nessa ordem, mais especificamente dos projetos que deram origem as legislações, respectivamente os projetos são denominados PL. 1657/83 e PL. 1656/83. Os dois são de autoria do Poder Executivo via Ministério da Justiça e as duas Exposições de Motivos são assinadas pelo Ministro Ibrahim Abi Ackel. A Lei de Execução Penal tinha como escopo descrito a construção de um compreensivo regime de execução penal que estivesse de acordo com o momento político de transição para a democracia. Dito isso, destaca-se que os discursos sobre os avanços normativos da Lei de Execução Penal são reconhecidos

pacificamente na academia. As razões para isso estão na própria exposição de motivos do PL 1657/83, que deu origem à norma, na qual se afirma que:

Uma lei específica e abrangente atenderá "a todos os problemas relacionados com a execução penal, equacionando matérias pertinentes aos organismos administrativos, à intervenção jurisdicional e, sobretudo, ao tratamento penal em suas diversas fases e estágios, demarcando, assim, os limites penais de segurança. Retirárá, em suma, a execução penal do hiato de legalidade em que se encontra" (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 59-60).

De fato, a LEP é reconhecida por avocar a regulação da execução da pena, inclusive com o intuito de consolidar um Direito das Execuções Penais. A normatização penitenciária previa a LEP estava esparsa no como foi demonstrado anteriormente.

Outra razão de reconhecimento à LEP foi a introdução de um discurso correcionalista: "na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade." (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657. p 62). A Lei de Execução Penal e a Reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei 7209/84) são expoentes da ascensão da tendência para o discurso que defende a parcela de culpa do estado no processo de criminalização e de que é sua missão, não só combater a criminalidade, como procurar emendar os erros que deram as condições para o delito e tentar ressocializar o desviante. A LEP traz no seu discurso o ideal de reincorporação do autor do delito à sociedade como reflexo da parcela de culpa estatal e expressão dos direitos do apenado. Além disso, afirma a proteção dos direitos e interesses do apenado como parte indissociável do processo de execução da pena.

A carta de princípios do PL. 1657/83 é extensa, e igualdade foi um dos temas que apareceu como destaque, muito em conta do período de retração do regime militar, no qual houve notáveis excessos nas prisões:

Com o texto agora proposto, desaparece a injustificável diversidade de tratamento disciplinar a presos recolhidos ao mesmo estabelecimento, aos quais se assegura idêntico regime jurídico. O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito penal (...). Com a declaração de que não haverá nenhuma distinção de natureza racial, social, religiosa ou política, o Projeto contempla o princípio da isonomia, comum à nossa tradição jurídica. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p 62-63).

É interessante notar como o discurso carrega a crença de que a novel legislação pode de certo modo garantir a mudança do *status quo* penitenciário. Os indícios desta crença são recorrentes. A isonomia com relação à natureza racial, social, religiosa e política consagrada no projeto vêm conjuntamente com a promessa de humanização do cárcere. O PL. 1657/83 estressa o ponto da humanização das prisões, buscando garantir ao encarcerado um padrão de vida que pudesse assegurar um retorno digno ao convívio em sociedade:

O Projeto torna obrigatória a extensão, a toda a comunidade carcerária, de direitos sociais, econômicos e culturais de que ora se beneficia uma restrita percentagem da população penitenciária, tais como segurança social, saúde, trabalho remunerado sob regime previdenciário, ensino e desportos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p 63).

Ainda sobre a exposição de motivos do PL. 1657/83, que deu origem a Lei de Execução Penal, outro destaque é necessário, não só o projeto se comprometia com esses e outros direitos e garantias que vimos acima, como também se comprometia com a integração da comunidade. A criação dos Conselhos de Comunidade¹⁶ foi uma das medidas que o texto legislativo propôs com fim de trazer a comunidade em geral para participar ativamente do meio carcerário:

Nenhum programa destinado a enfrentar os problemas referentes ao delito, ao delinqüente e a pena se completaria sem o indispensável e contínuo apoio comunitário. Muito além da passividade ou da ausência de reação quanto às vítimas mortas ou traumatizadas, a comunidade participa ativamente do procedimento da execução, quer através de um Conselho, quer através das pessoas jurídicas ou naturais que assistem ou fiscalizam não somente as reações penais em meio fechado (penas privativas da liberdade e medida de segurança detentiva) como também em meio livre (pena de multa e penas restritivas de direitos) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p 63).

A afirmação de que a comunidade geral tem ou terá um envolvimento, senão compulsório, com as instituições e práticas penitenciárias se põe diametralmente oposta à inteligência foucaultiana. O autor defende que, a partir dos processos de modernização da punição, emerge o distanciamento progressivo da comunidade para com o cárcere, uma vez

¹⁶ Brasil. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, redação original. Art. 80. Haverá em cada comarca, um Conselho da Comunidade, composto no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 31/01/06.

que este último já não faz parte mais do seu cotidiano e está cingido a locais apartados da sociedade em geral (FOUCAULT, 1991).

Porém, é no item de classificação dos condenados que se pode ter alguma noção das influencias que estão impingidas na construção da Lei de Execução Penal:

A classificação é desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado. Reduzir-se-á a mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p 64).

Neste trecho, a classificação de apenados como consectário lógico da personalidade e da individualização da pena. É travestida de garantia que uma das heranças do pensamento positivista se enraíza no projeto de lei. E não é escondida origem da medida de classificação, pois é mencionado que a classificação posta no projeto busca a “a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p 64).

É interessante notar como os resultados encontrados por Prando (2012) em sua pesquisa sobre os debates doutrinários na década de 30 entre liberalismo e positivismo penal, indicam a construção de uma conciliação entre as posições doutrinárias em nome uma política de defesa social e como este ecletismo tem se mostrado influente contemporaneamente. É só reparar como o projeto alia garantias peculiares a uma proposta política aos discursos do subjetivismo positivista:

Em homenagem ao princípio da presunção de inocência, o exame criminológico, pelas suas peculiaridades de investigação, somente é admissível após declarada a culpa ou a periculosidade do sujeito. O exame é obrigatório para os condenados à pena privativa da liberdade em regime fechado. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p 65).

Em homenagem às garantias o projeto as desconstitui. Em suma, em outras palavras, é exatamente isto que o projeto descreve. A justificação para tanto está na afirmação de que mesmo fiel aos objetivos do processo de execução penal, o sistema penitenciário não atende somente os direitos do condenado, como também, e inseparavelmente, aos interesses da

defesa social. O ecletismo do conceito “defesa social” dentro do contexto histórico brasileiro abre espaço para os discursos subjetivistas e ambíguos.

Ainda nesse tópico, a exposição de motivos sobre a classificação dos apenados que:

A soma das divergências não afetou a convicção da necessidade desse tipo de exame¹⁷ para o conhecimento mais aprofundado não só da relação delito-delinquente, mas também da essência e da circunstância do evento anti-social.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 66).

Novamente, pode-se perceber que o texto se justifica na base do consenso, pressupõe um debate que no fim consolidou a busca por um conhecimento substancial do que chama de relação delito-delinquente e essência do evento antissocial.

Os discursos expostos no projeto transitam neste escopo de defesa social entre a busca de garantias e as construções sobre a subjetividade do condenado. Dentre os discursos que tratam de garantir um processo de humanização do cárcere está a questão da assistência ao condenado:

A assistência aos condenados e aos internados é exigência básica para se conceber a pena e a medida de segurança como processo de diálogo entre os seus destinatários e a comunidade. (...) Enumera o artigo 11 as espécies de assistência a que terão direito o preso e o internado - material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa - e a forma de sua prestação pelos estabelecimentos prisionais, cobrindo-se, dessa forma, o vazio legislativo dominante neste setor. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657. p 68-69).

A assistência ao condenado foi incluída nestes moldes ao projeto, pois, como descrito, aparentemente havia a necessidade de se preencher um vazio legislativo neste ponto e, também, devido a alguns acontecimentos que colaboraram para tanto. Um deles foi a CPI do Sistema Penitenciário de 1976 que buscou mostrar o quanto a superlotação dos estabelecimentos prisionais contribuiu para a dificuldade de se concretizar os fins da penalidade. A impossibilidade de aplicação de um “tratamento” adequado ao apenado devido as condições do estabelecimento prisional foi um dos pontos estressados na dita comissão parlamentar. Outro ocorrido que colaborou para a inclusão da assistência na legislação

¹⁷ “O Projeto distingue o exame criminológico do exame da personalidade como a espécie do gênero. O primeiro, parte do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam os pioneiros da Criminologia. O segundo consiste no inquérito sobre o agente para além do crime cometido. Constitui tarefa exigida em todo o curso do procedimento criminal e não apenas elemento característico da execução da pena ou da medida de segurança.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 67)

carcerária foi o I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária 1981. A assistência aos direitos do apenado foi um dos temas mais discutidos durante o congresso, os debatedores não discutiam sobre a necessidade ou não de implementação da assistência, mas sim de seu alcance e extensão. Tida como consenso durante o congresso, a assistência demonstrou-se tema de relevância necessária à legislação. Ainda sobre a assistência é necessário destacar a influencia exterior de um órgão supranacional, pois o projeto busca esclarecer expressamente os tipos de assistência disponíveis ao apenado em respeito às regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, em especial as oriundas da Organização das Nações Unidas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p 69).

A exposição de motivos também traz a questão do trabalho afirmando que o trabalho penitenciário deve ser organizado de forma tão aproximada quanto possível ao trabalho em sociedade e deixa assentada as duas finalidades do trabalho penitenciário: educativa e produtiva (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p 72).

É quando trata dos direitos do apenado que o projeto demonstra fragilidades normativas, pois tem ciência de que “Tornar-se-á inútil, contudo, a luta contra os efeitos nocivos da prisionalização, sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do condenado. ” Todavia, para efetivar esta garantia jurídica consta meramente a declaração de que os direitos do condenado ou internado não atingidos pelos efeitos da sentença ou pela lei serão assegurados e para finalizar a seguinte afirmação é posta “Trata-se de proclamação formal de garantia, que ilumina todo o procedimento da execução. ” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p 74-75).

Apesar da ressalva de que no artigo 39¹⁸ do projeto existe a previsão de impor as autoridades o respeito aos direitos do preso, esta previsão é mais outra declaração sem instrumentos para se impor de fato. Ainda sobre os direitos do apenado a exposição de motivos colaciona diversas influências que foram imprescindíveis para a construção deste regime de direitos constante no projeto, principalmente são trazidas convenções internacionais e diretivas da ONU (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657. p 74-75).

Quase que prevendo os problemas que decorreriam da produção legislativa em mãos a exposição de motivos deixa bem claro que “A declaração desses direitos não pode conservar-se, porém, como corpo de regras meramente programáticas”, na hora de tentar solucionar o problema previsto, caracteriza-o “o problema central está na conversão das regras em direitos

¹⁸ Brasil. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 31/01/06.

do prisioneiro, positivados através de preceitos e sanções”, porém não se propõe a solucioná-lo, uma vez que dispõe preceitos e declarações e não inclui sanções efetivas para o cumprimento das obrigações da administração para com o preso (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p 77).

No campo da disciplina o projeto é claro em declarar que rechaça toda e qualquer medida disciplinar que envolva a supressão dos direitos do preso. Condena medidas como a chamada cela escura, e sugere tratamentos disciplinares que se harmonizem com as novas características penitenciárias. Neste ponto ainda, a exposição de motivos usa muito das conclusões da CPI do Sistema Penitenciário que notou, por exemplo, “superposição da vontade do diretor ou guarda ao texto disciplinar e o da concepção predominantemente repressiva do texto” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 78).

No que se refere aos órgãos da execução penal, o projeto é expresso em reconhecer a necessidade de jurisdição para que o processo de execução penal seja conduzido de uma forma que possa garantir o cumprimento dos direitos do apenado, porém:

A orientação estabelecida pelo Projeto, ao demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de jurisdicionalizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 82).

Veja-se que a expressão no fim da frase “no que for possível” abre a questão da jurisdição de execução para debate doutrinário¹⁹ sobre o que é possível jurisdicionalizar. O projeto busca o avanço da jurisdição, porém fica no meio do caminho, dando espaço para interpretações sobre o que seria jurisdicional dentro da execução penal, mesmo com o conhecimento dos riscos de uma execução sem jurisdição:

Na ausência de tal controle, necessariamente judicial, o arbítrio torna inseguras as suas próprias vítimas e o descompasso entre o crime e sua punição transforma a desproporcionalidade em fenômeno de hipertrofia e de abuso de poder. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 103).

O projeto também toca em outro ponto sensível do sistema carcerário brasileiro, os estabelecimentos penais. Este trecho que segue está posto como uma das conclusões que

¹⁹ Prado (2007) dá o tom do debate doutrinário sobre a natureza jurídica da execução penal: “Apesar de a doutrina se dividir quanto à natureza da execução penal, considerando-a administrativa (Adhemar Raymundo da Silva), jurisdicional (Frederico Marques, Salo de Carvalho, José Eduardo Goulart, Maria Juliana Moraes de Araújo) ou ‘mista’ (Ada Pellegrini Grinover, Haroldo Caetano da Silva), todos concordam num ponto: há uma tendência no sentido da jurisdicionalização.”

foram construídas durante a CPI do Sistema Penitenciário e como opção política do projeto de lei:

O dramático problema da vida sexual nas prisões não se resume na prática do homossexualismo, posto que comum. Seu aspecto mais grave está no assalto sexual, vitimador dos presos vencidos pela força de um ou mais agressores em celas superpovoadas. Trata-se de conseqüência inelutável da superlotação carcerária, já que o problema praticamente desaparece nos estabelecimentos de semi-liberdade, em que se faculta aos presos saídas periódicas. Sua existência torna imperiosa a adoção de cela individual. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 84).

Veja-se que a conclusão em face da redução de ocorrência de violência nos estabelecimentos de dita semiliberdade não é que pela introdução de liberdade os apenados têm uma válvula de escape social e que por isso a violência reduz, mas que diante dessa redução é necessária a construção de estabelecimentos que adotem celas individuais.

Partindo então do pressuposto do projeto, que “adota, sem vacilação, a regra da cela individual, com requisitos básicos quanto à salubridade e área mínima”, como fonte de resolução da violência intramuros, o que de concreto existe para a implementação destes estabelecimentos? Algo muito vago sobre a possibilidade da união poder construir estabelecimentos penais, como penitenciárias, colônias agrícolas e industriais e nada mais. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 84-86). Diga-se de passagem, que o plano de introdução da prisão celular não é novidade, como foi referido anteriormente, o Código Penal de 1890 já havia estabelecido a prisão celular como uma das novas modalidades punitivas (PEDROSO, 1997).

Ainda, depois descrever todos os possíveis efeitos da superlotação dos estabelecimentos penitenciários, usando inclusive termos como “sementeiras de reincidências”, o projeto condena a superlotação, porém afirma ser inconveniente prefixar através de lei um número adequado de presos em relação a cada estabelecimento (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL 1657, p. 85).

Ao fim, o projeto se justifica como avanço por ser a expressão de uma solução mais econômica e eficiente. Isto porque, o projeto defende que o direito penitenciário brasileiro não é efetivo, pois é reduzido a meras proclamações otimistas que não são verdadeiras normas jurídicas²⁰: “materialmente, porque ineficazes nos casos concretos e, assim, inaplicáveis;

²⁰ O projeto se põe como oposto às normas gerais do regime penitenciário, caracterizadas na Lei n° 3.274/57. “O referido diploma é sistematicamente ignorado, e ao longo de sua existência - mais de vinte anos - não ensejou o desenvolvimento da doutrina nem sensibilizou juízes, tribunais e a própria administração pública.”

formalmente, porque não contêm o elemento de coercibilidade, consistente na sanção para o descumprimento do comando emergente da norma”. Concluindo a exposição de motivos do projeto fica a afirmação de que o PL. 1657/83 é a síntese de todo um processo histórico, e que os trabalhos que desenvolveram o projeto estão alinhados com a causa universal do aprimoramento da pessoa humana (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 106-108).

Encaminhado ao Legislativo, o projeto ficou sob a relatoria do Deputado Celso Barros que em seu relatório se alinhou com a posição esposada pelo projeto. Inclusive, retirando passagens da exposição de motivos para demonstrar o quanto é necessária e relevante à questão penitenciária a produção desta lei. Na sua posição de relator do projeto o deputado encaminhou onze emendas que praticamente não alteraram o cerne do projeto legislativo, pois tratavam, em sua maioria, de questões de redação dos artigos e aquelas que tinham conotação de conteúdo ficavam restritas a alterações nominais e de pontos periféricos, como a redução do tempo para o mandato no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária²¹ e a inserção de qual ente público é responsável pela assistência médica do apenado (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 113-130).

Subsequentemente, oito emendas foram apresentadas pelo Deputado Ruy Côdo, o relator Deputado Celso Barros votou pela aprovação de cinco das oito emendas apresentadas. As três emendas que foram rejeitadas pelo relator tratavam da: a) exclusão do preso provisório do âmbito da aplicação de normas da Lei de Execução Penal sob o fundamento de que em razão do caráter provisório da prisão não há que se falar em execução penal; b) restrição dos poderes normativos e de fiscalização do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e; c) alteração do artigo que traz a possibilidade da União construir estabelecimentos penitenciários para presos ditos de alta periculosidade para que ao invés desta possibilidade constasse que se os requisitos de segurança pública estivessem adimplidos o condenado poderia cumprir pena em estabelecimento que fosse mais próximo dos seus familiares. As emendas aprovadas pelo relator propunham, em suma, a ampliação da competência do Conselho para o estabelecimento de regras sobre a arquitetura e construção de

²¹ O primeiro dos órgãos da execução penal é o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com sede na Capital da República e subordinado ao Ministro da Justiça. Já existente quando da vigência da lei (foi instalado em junho de 1980), o Conselho tem proporcionado, segundo consta da exposição de motivos, valioso contingente de informações, de análises, de deliberações e de estímulo intelectual e material às atividades de prevenção da criminalidade. Preconiza-se para esse Órgão a implementação, em todo o território nacional, de uma nova política criminal e principalmente penitenciária a partir de periódicas avaliações do sistema criminal, criminológico e penitenciário, bem como a execução de planos nacionais de desenvolvimento quanto às metas e prioridades da política a ser executada. (Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnppc-1>> Acesso em 08/03/2016)

casas de albergado, a complementação dos documentos que deveriam constar na guia de recolhimento e ampliação dos direitos de petição do preso e dos legitimados a requerer instauração de procedimento judicial com base em incidentes da execução. Todas tidas como complementares e benéficas ao projeto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 131-136).

Por fim, o relator conclui seu parecer asseverando que o projeto se apresenta como o coroamento de uma política inspirada em valores humanos impostergáveis - como a liberdade, a dignidade humana, a valorização do trabalho e a defesa da ordem social. Logo após, encaminha o projeto à Comissão de Constituição e Justiça para deliberação sobre seu entendimento sobre as emendas e sobre a constitucionalidade e juridicidade do projeto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 138-139).

Aprovado sem maiores questões na Comissão de Constituição e Justiça, inclusive com as emendas indicadas pelo relator, o projeto foi encaminhado para o Senado para revisão (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 140). A única passagem digna de nota foi o voto em separado do Deputado João Gilberto:

Saúdo a iniciativa do Executivo, através do Sr. Ministro da Justiça, de propor a instituição da "Lei de Execução Penal".
Em termos gerais, considero o projeto e as emendas adotadas pelo Relator como modernas, humanistas e progressistas.
Porém, a tramitação de matéria tão importante não se deu com a participação necessária da comunidade jurídica nacional e dos setores ligados ao sistema penitenciário. Tanto que somente um parlamentar ofereceu emendas.
Deixo registrado, por isto, as restrições à tramitação e ao pouco debate da matéria (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 158).

Mesmo que os debates sobre a ideia da legislação tenham ocorrido durante a referida CPI do Sistema Penitenciário ou no I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária não quer dizer que se possa prescindir do processo de debate legislativo.

Aprovada pelo Senado, a matéria foi encaminhada para a sanção presidencial. Uma única parte foi vetada do projeto, a que indicava a previdência social federal ou estadual como responsável pelo custeio da assistência médica do condenado. Ao fim, sancionado o texto foi assinada a Lei 7.210 de 11 de julho de 1984 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657, p. 251-252).

Exaurida a análise do processo legislativo da Lei de Execução Penal, passa-se a Reforma do Código Penal (PL. 1656/83), destaque-se que neste diploma serão analisados somente os trechos pertinentes à execução penal e o seu desenvolvimento legislativo.

Na exposição de motivos do PL. 1656/83, a expressão rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência está ao lado dos demais fatores que permitem concluir que a legislação brasileira continua inadequada às exigências da sociedade. No parágrafo subsequente se procura justificar porque estes projetos de suma importância para a sociedade estão sendo conduzidos de forma um tanto açodada, a explicação para tanto é que as discussões em simpósios e congressos permitiram ampla divulgação e debate (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 54).

Quando trata das penas especificamente a exposição de motivos refere expressamente que “Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade (...)”. Porém, no mesmo trecho refere que não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito, pois a pena de prisão estaria no âmago do sistema penal brasileiro e de muitos outros países (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 61).

O que o projeto busca discutir é a necessidade de limitação dos casos em que se aplica a pena restritiva de liberdade. Isto por que:

As críticas que em todos os países se têm feito a pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal freqüentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multi-reincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as conseqüências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 61).

Todos estes importantes fatos sociais, segundo o projeto, levaram a uma procura mundial por soluções alternativas. Neste mesmo intento, o projeto “Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo (...)” adota um novo elenco de penas²². Todavia, este novo elenco de penas está adstrito à faixa dos crimes que possuem suspensão condicional da pena e alcança consideravelmente os crimes culposos. A ideia do projeto é inserir com cautela as novas modalidades de pena, mas

²² Art. 32. As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa. Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 31/01/06.

afirma que “Aprovada a experiência, fácil será, no futuro, estendê-la a novas hipóteses, por via de pequenas modificações no texto” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 62).

Outra novidade do PL. 1656/83 é o estabelecimento dos regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade:

O fechado, consistente na execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semi-aberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e finalmente o aberto, que consagra a prisão-albergue, cuja execução deverá processar-se em casa de albergado ou instituição adequada. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p.62).

Estes regimes estão sujeitos à progressão e regressão²³. Ainda nesse ponto, uma peculiaridade deve ser destacada, pois no regime fechado consta “a obrigatoriedade do exame criminológico para seleção dos condenados conforme o grau de emendabilidade e conseqüente individualização do tratamento penal”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 62).

Outros pontos esparsos da execução penal são atacados pelo projeto, um deles é o livramento condicional. De acordo, com o projeto a ineficácia dos métodos de confinamento absoluto e prolongado conduziu a ampliação da possibilidade de concessão do livramento condicional. Estendendo-a, inclusive, aos reincidentes e condenados por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, desde que cumpridas os requisitos legais²⁴ (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 75).

²³ Brasil. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, redação original. Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 31/01/06.

²⁴ O juiz poderá conceder o livramento condicional ao condenado a pena privativa da liberdade igualou superior a dois anos, desde que cumprido mais de um terço da pena, se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes (artigo 83, I); pode ainda concedê-la se o condenado for reincidente em crime doloso, cumprida mais da metade da pena (artigo 83, II). Ao reduzir, porém, os prazos mínimos de concessão do benefício, o Projeto exige do condenado, além dos requisitos já estabelecidos - quantidade da pena aplicada, reincidência, antecedentes e tempo de pena cumprida -, a comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto, bem como a reparação do dano, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo (artigo 83, III e IV). Tratando-se, no entanto, de condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará subordinada não só as condições dos mencionados incisos I, 11, 111 e IV do artigo 83, mas, ainda, à verificação, em perícia, da superação das condições e circunstâncias que levaram o condenado a delinquir (parágrafo único do artigo 83) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 75-76).

No que se refere à medida de segurança, o projeto procura extinguir com a medida de segurança para o imputável e introduzir a modalidade de medida ambulatorial, de acordo com as tendências de desinstitucionalização. Porém, não fixa prazo para a medida, apenas referindo que ela tem um prazo mínimo de um a três anos, devendo perdurar enquanto não verificada a cessação da periculosidade (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 81-82).

Ao fim, a exposição de motivos finaliza dizendo que se transformado em lei o projeto há de constituir importante marco na reformulação do direito penal, além de caminho seguro para a modernização da Justiça Criminal e dos estabelecimentos penais (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 85-86).

Encaminhado a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara o projeto foi anexado a outros três projetos que também versavam de matéria análoga, PL. 876, PL. 1.151 e PL. 1.635. Neste interim, ofícios de diferentes esferas buscaram contribuir com o PL. 1656/83, a Universidade Federal de Juiz de Fora enviou suas sugestões, a Associação dos Advogados de São Paulo se manifestou sobre algumas alterações e a Secretaria da Câmara Municipal de Salvador pugnou pela extinção do crime de sedução (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 89 e ss).

Ainda na Comissão de Constituição e Justiça, o projeto foi designado para relatoria do Deputado Nilson Gibson. Em seu relatório, o deputado traçou um histórico das tentativas de aperfeiçoamento do Código Penal, destacou como o Código atual inclina-se para uma política de transação ou de conciliação. “Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”. Como refere o Deputado, o Código Penal acende uma vela para Carrara²⁵ e outra para Ferri²⁶. Ainda no relatório do deputado, refere-se que foram recebidas 29 emendas, sendo que 28 delas foram subscritas pelo Deputado Egídio Ferreira Lima e decorrentes de profundo estudo pela Comissão instituída pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados da secção de Pernambuco, e a última foi de autoria do Deputado Raimundo Asfóra (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 104-129).

²⁵ “A lei rege o homem enquanto é este um ser moralmente livre; portanto a ninguém se pedirão contas a respeito de um evento de que tenha sido causa puramente física, sem que lhe seja, absolutamente, causa mora.l.” (CARRARA, 2002, p. 55).

²⁶ “Sob o ponto de vista natural não pode ser delinquente senão quem seja um anormal. Anormal por condições congênitas ou adquiridas, permanentes ou transitórias, por anormalidade morfológica ou bio-psíquica ou por doença, mas sempre, mais ou menos, anormal (Ferri, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. (...) O único fundamento da imputabilidade individual (responsabilidade legal) é ter cometido um crime. E isto, para a justiça penal; enquanto que para a polícia de segurança, o fundamento jurídico das providências preventivas é justamente a periculosidade social (com respectiva anormalidade fisio-psíquica, que torna os indivíduos inadaptados à vida livre) mesmo antes e independentemente da execução de um crime.” (FERRI, 1931, p. 281)

Em seu voto, o relator opinou pela rejeição de 21 das 28 emendas do Deputado Egídio Ferreira Lima, cinco delas foram encaminhadas para aprovação total, uma foi encaminhada para aprovação parcial e a restante para aprovação com subemenda. Todas as emendas aprovadas do Deputado Egídio tratavam de questões de grafia dos artigos. A emenda restante do Deputado Raymundo Asfóra foi encaminhada para aprovação com subemenda, ela estende a suspensão condicional da pena aos condenados de idade igual ou superior a setenta anos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 130-164).

Durante os debates na Comissão, o relator se disse convencido da possibilidade de rever seu voto e recomendar à aprovação outras emendas, e por essa razão redigiu novo parecer chamado redação do vencido para incluir tais emendas, dentre elas pode-se destacar duas que influíram na questão da pena, uma que inseriu nos requisitos da suspensão da pena a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do delito, e a outra que incluiu nos requisitos para o livramento condicional as condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 174-188).

No seu parecer a Comissão de Constituição e Justiça aprovou o projeto de lei nos termos da redação do vencido oferecida pelo relator Deputado Nilson Gibson, os Deputados Egídio Ferreira Lima e Plínio Martins apresentaram votos separados justificando seu posicionamento, porém foi o voto separado do Deputado João Gilberto que se destaca:

Os Códigos são matérias sobre as quais a reflexão do Legislativo e da Comunidade Jurídica deve ser longa e madura.

Não é o caso presente.

Código Penal, de Processo Penal e Lei de Execução Penal - foram distribuídos à Comissão de Constituição e Justiça, contrariando a disposição regimental que estabelece a constituição de Comissão Especial.

Procura-se acelerar a votação dos códigos de forma que compromete o necessário debate sobre eles.

Está entrando em vigência o novo Código de Direito Canônico. A Igreja discutiu-o durante vinte anos!

Os Códigos sempre foram de longa maturação. Agora, não.

Registro os protestos que foram feitos por este Deputado e pelo Deputado Pimenta da Veiga sobre a acelerada tramitação dos Códigos nesta Comissão; ao invés de Comissão Especial com debate mais amplo em cada etapa.

Fique, pois, neste voto registrado que o presente Projeto teve uma tramitação não regimental e inadequada para uma reforma de código. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1656, p. 232-233).

Apesar dos protestos do deputado a matéria foi sancionada em 11 de julho de 1984, mesma data que a Lei de Execução Penal. Estes foram os dois diplomas que marcaram a abertura política brasileira.

Neste ponto podem-se reconhecer alguns paralelos histórico-discursivos nas produções normativas analisadas acima, principalmente, na questão do ecletismo e ambiguidade das motivações normativas. Repetidas vezes é possível perceber no discurso das duas leis a necessidade de caracterizar um equilíbrio, não advogar para uma posição radical doutrinária e manter-se no meio de duas posições quase que diametralmente opostas. Escola Clássica e Escola Positiva de criminologia.

Porém, como nos foi mostrado por Prando (2012) a raiz desta conciliação teórica está na ausência de debate entre as teorias. A escolha por um caminho do meio foi algo que surgiu para apaziguar os ânimos daqueles contrariavam a prática positivista que já estava profundamente embebida no tecido social. Pois, qual não foi o caminho encontrado senão o da defesa social.

Isto porque a ideologia da defesa social tem raiz no pensamento liberal²⁷. Segundo Zaffaroni (2011), a defesa social se põe como uma racionalização, no pensamento liberal, limitada a legitimar o poder punitivo. Ela se põe como mecanismo de defesa social da maioria não desviante contra a minoria desviante. Para Baratta (2004), a ideologia da defesa social tem seu germe no que ele vai denominar de princípio do bem e do mal²⁸. Carvalho (2008) refere que segundo esse princípio, a sociedade apresentar-se-ia como um todo orgânico e funcional de indivíduos idôneos e respeitadores da lei, sendo a única disfunção o delito. O crime representaria uma exceção no convívio e o sistema penal, por sua vez, deveria, neste contexto, direcionar sua atuação no sentido de eliminar o crime, concebendo uma política penal bélica. É sobre essa premissa que se evidencia o “direito de defesa” de toda a sociedade contra aquele que delinuiu.

Quando trabalha na questão do retorno ao direito penal liberal proposto pelo garantismo, Zaffaroni (1993, p. 386) adverte que:

²⁷ O momento em que se formula expressamente a teoria da ideologia da defesa social – latente nos modelos ilustrados em geral, entranhada nos postulados “clássicos” – pode ser encontrado em Gian Domenico Romagnosi. Este, que era pensador liberal – nem poderia deixar de sê-lo, para confirmar o germe defeituoso do pensamento, autor do projeto do código italiano para o primeiro reinado de 1806 – e como homem de seu tempo – grudado ao paradigma da ação-reação newtoniana – na esteira da coação psicológica de Feurbach (prevenção geral negativa), sustentava que pena deveria ser uma força que se opusesse ao impulso criminal – *contra-spinta penale* (Criminologia e(m) crítica)

²⁸ b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delincente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social.

O grande perigo da volta ao direito penal liberal é o de se retornar esquecendo aqueles germes que ele continha: o que não pode ser feito. Assumamos, dos velhos liberais, os princípios liberais, mas mantenhamos a parte, com todo cuidado, os germes de iliberalismo contidos nas suas teorizações.

Ainda, Zaffaroni (2011) refere que a racionalização proposta pela defesa social trazia um impulso para romper qualquer barreira. Daí o fato de o liberalismo penal, mediante a defesa social, ter alimentado seu próprio declínio, que se completou quando a racionalização substituiu totalmente a razão. Nas entranhas do discurso penal clássico estava imerso o germe do pensamento antiliberal que possibilitou a profusão de um pensar de mínimo conteúdo: o positivismo criminológico que, por sua vez, reativou o inquisitorialismo e a criminologia etiológica.

A partir destas considerações é compreensível a disseminação do discurso de defesa social como ambivalente dentro das propostas legislativas penitenciárias brasileiras, principalmente quando o histórico discursivo penal prescinde do debate teórico por uma via política conciliatória. Por isso percebemos que os discursos expostos nos projetos transitam neste escopo de defesa social entre a busca de garantias e as construções sobre a subjetividade do condenado.

Os discursos sobre a humanização do cárcere, discursos de denúncia da superlotação dos estabelecimentos penitenciários se repetem e as soluções, da mesma forma: a prisão celular, criação de novos estabelecimentos penitenciários, normatização das garantias dos condenados. Como demonstrou Pedrosa (1997), a história das produções normativas carcerárias brasileiras está permeada de momentos de reforma, reconstrução e modernização, todos estes momentos tiveram pouca efetividade, pois caíam, inevitavelmente, nas mazelas da realidade brasileira, na falta de estrutura para aplicação das normas e na falta de recursos para estruturação necessária.

O discurso da ressocialização em ascensão no país na época da produção das leis analisadas, muito em razão do sobrestamento científico durante o período ditatorial, parece ser só mais um que fica eternizado nas legislações e não consegue ser implementado de fato.

Muitos destes problemas são oriundos do modo de produção da legislação. Historicamente, como Pedrosa (1997) demonstrou a atuação do ramo executivo tem se mostrado como central para as mudanças normativas carcerárias. O fator da influência do executivo se apresenta como recorrente nas normas analisadas. Nas duas ocasiões, o Deputado João Gilberto votou protestando a falta de espaço para debate dos projetos dentro do congresso.

Nesses casos, como havia sido referido, o Executivo com base em algum tipo de articulação com as lideranças partidárias sucedeu no contorno das demais Comissões Congressuais para impedir alterações e apressar a aprovação das proposições de seu interesse. É necessário destacar que durante aquele período o regime militar ainda vigorava, então, soma-se isso ao poder de agenda e de articulações do Executivo e é muito pouco provável que o Legislativo produza alguma lei que não se coadune com os interesses do Executivo. (ALBUQUERQUE ET AL, 2006).

Apesar de todos estes fatores, foram propostas algumas emendas aos textos normativos e foi na Comissão de Constituição e Justiça, ponto estratégico do processo legislativo, que tais emendas foram avaliadas e decididas. Todas as modificações das iniciativas legislativas originais são oriundas da CCJ, isto vai ao encontro do que afirma Ripollés (2005) sobre o funcionamento informal e discreto das comissões que permite uma ampla abertura para negociações e transações políticas sem temor a controles rígidos de outras instâncias.

Todavia, mesmo com as propostas de emendas eventualmente sendo aprovadas na CCJ, é necessário destacar que a maioria apenas trata de questões sobre a grafia dos artigos. Na Lei de Execução Penal não houve maiores contribuições, bem-sucedido foi o Executivo que propôs e aprovou nos seus termos. Já na Reforma do Código Penal os *imputs* até apareceram de fora do processo legislativo, da sociedade civil, porém nada que fosse contra a ideia geral do executivo do projeto foi aprovado. Não se está entrando em um julgamento de valor sobre qual posição seria melhor, mas sim sobre a necessidade de um processo legislativo aberto ao debate.

As justificativas dos dois projetos é que esta matéria foi exaustivamente discutida na CPI do Sistema Penitenciário e no I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária. Excelente o debate nestas instâncias, todavia não há como prescindir o debate na instância legislativa, pois é nela que deve surgir questões como a viabilidade de tal medida ou de onde virão recursos para implementação de uma nova lei.

Se Ripollés está certo no diagnóstico de que é no período de comissão, neste caso de CCJ, que se deveriam concentrar esforços para incrementar os componentes de racionalidade do processo legislativo, é necessário pensar sobre estas racionalidades (RIPOLLÉS, 2005).

Nos processos legislativos que foram analisados durante o período de tramitação na Comissão de Constituição e Justiça, duas preocupações principais foram notadas a grafia, que denota preocupação com a capacidade do emissor em comunicar com fluência uma mensagem ao receptor (R1) e os valores contidos nas disposições que condiziam muito mais

com a Defesa Social do que com qualquer outro valor axiológico (R5). Não é difícil dizer que a preocupação em torno de inserir harmoniosamente a legislação nova no sistema legal aparece em um segundo plano muito distante, isto porque os diplomas, no entendimento de seus autores, estão criando algo novo, um novo sistema penal para o futuro (R2) (ATIENZA, 1989).

O pragmatismo, por outro lado, está distante de ser notado, isto porque os projetos não atentam a possibilidade do conteúdo normativo não poder ser adequado às condutas dos destinatários. Os diplomas criam e deixam a preocupação com a aplicação para aqueles que serão responsáveis. Determinam e garantem direitos, porém não se preocupam com os instrumentos para realizar estes direitos. Aquilo que com o sistema penitenciário existente pôde ser implementado, eventualmente foi, todavia, as medidas que necessitavam mudanças estruturais nos estabelecimentos penitenciários, no pensar e no agir dos atores do campo ficaram no discurso (R3) (ATIENZA, 1989).

Por fim, em termos da busca pelos fins perseguidos pela norma, a ambiguidade e amplitude deste valor último de Defesa Social não permitem rechaçar ou aprovar as construções normativas de forma clara. Pois, ao mesmo tempo, que se pode afirmar que dentro de um espectro digamos estritamente positivista as leis não cumprem com os valores e da mesma forma num espectro de liberalismo penal, quando a Defesa Social é o valor último de legitimação da punição a exclusão, a destruição e até mesmo a anulação do inimigo pode cumprir este papel (R4) (ATIENZA, 1989).

5.3 Década de 90: efeitos de um constitucionalismo recente

A Constituição Federal de 1988 foi o signo do fim do período ditatorial, não obstante o fato de ser invocada como instrumento de promoção da vida e dos direitos do cidadão brasileiro, se mostra no que concerne ao trato da conflitualidade social, como dispositivo criminalizador e, por vezes, como episteme justificadora da lógica de encarceradora (SANTOS; RAMOS, 2015). Como havia sido dito, não há como negar que a constituição mostrou avanços político-sociais, porém tais demonstrações se mostraram de caráter demasiadamente programático, enquanto a normatização criminalizadora se mostrou tanto autoaplicável como programática.

O artigo 5º da Constituição é comumente reconhecido como das garantias liberais penais como: não haverá juízo ou tribunal de exceção; não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar

o réu; nenhuma pena passará da pessoa do condenado²⁹. Também é conhecido por dar abertura para a criação da primeira lei que será tratada agora: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem³⁰.

A nomenclatura “crimes hediondos” é inaugurada com a constituição e, subsequentemente, em 1990 foi regulamentada via Lei 8.072/90. De autoria do Senador Odacir Soares, o Projeto de Lei do Senado 50/90 que deu origem a Lei nº 8.072/1990. Em sua exposição de motivos, o Senador justifica a sua iniciativa de regulamentação do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, aduzindo o seguinte:

Visa o presente projeto a coibir uma das atividades delituosas nefastas e que cresce dia a dia em qualidade e quantidade. É sabido o pesadelo por que passam - ou passaram - diversos países quando do aumento desenfreado dos casos de sequestro, ainda que por vezes engalanados com motivações políticas. Argentina, Itália, Peru foram algumas das vítimas dessa indústria. Urge, portanto, sejam tomadas medidas que coíbam essa vigorosa atividade nascente. É preciso, sobretudo, que o seqüestro seja considerado sempre um crime grave contra a liberdade individual e, secundariamente, contra o patrimônio. Ainda que no mais das vezes haja pedido de resgate, pode o seqüestro não visar o patrimônio da vítima, mas encobrir outro crime ou obter vantagem indevida de difícil comprovação. As rigorosas disposições contidas no projeto que trazemos à apreciação desta Casa alcançam, também, os crimes praticados com motivação política. Por outro lado, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, caracteriza o presente projeto o seqüestro, seguido de estupro, lesão corporal grave ou morte, como crime hediondo, sendo por isso considerado inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Além disso, em face da gravidade do crime, limita drasticamente - quando não coíbe - qualquer abrandamento da pena, que deve ser cumprida em regime fechado, sem possibilidade de livramento condicional e sem remição, pelo trabalho, da pena. A liberdade provisória, durante o processo, também não poderá ser decretada em nenhuma hipótese, impedindo-se que o réu fuja para o eventual desfrute da vantagem obtida pelo seqüestro. Quanto à imprescritibilidade da punibilidade do delito, justifica-se esta pelo permanente interesse, não só estatal, mas da sociedade, na punição de tais crimes. O aumento da pena destina-se, como é óbvio, a desestimular os eventuais criminosos. Além disso, o crime de sequestro está frequentemente associado a outros, como tráfico de drogas. O limite de trinta anos estabelecido pelo Código Penal acaba por funcionar como um estímulo aos criminosos, pois atingido o limite de 30 anos, será indiferente o cometimento ou não de outros crimes. Estas as razões do presente projeto e

²⁹ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de Art. 5º, incisos XXXVII, XXXIX, XL, XLV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 31/01/06.

³⁰ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 5º, inciso XLIII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 31/01/06.

os objetivos pretendidos, que serão, com certeza, acolhidos pelos nobres Pares. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 5405, p. 9).

É importante destacar que a análise da Lei dos Crimes Hediondos ainda é pertinente a este estudo, pois ela até hoje possui influencia na execução determinando tempo maior para progressão de regime, os condenados que devem passar pela identificação por DNA compulsória e mais recentemente orienta a divisão dos apenados nos estabelecimentos penitenciários. Porém, grande parte do seu conteúdo foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, criando inclusive Súmula Vinculante (súmula que tem força de lei) sobre o assunto³¹.

Apesar destas ressalvas cabe a análise dos discursos que carrega o PLS 50/90 e seu processo legislativo. O discurso em específico que destacamos está cingido na frase:

Além disso, em face da gravidade do crime, limita drasticamente - quando não coíbe - qualquer abrandamento da pena, que deve ser cumprida em regime fechado, sem possibilidade de livramento condicional e sem remição, pelo trabalho, da pena.

Isto por que após dois anos da abertura da categoria de crimes hediondos pela constituição e toda a síntese histórica que moldava a legislação de execução penal foi descartada. Todos os avanços que se podia extrair dos discursos da LEP foram rechaçados em nome de uma política penal de exceção.

É interessante notar como foi bem-sucedido o Senador em trazer a luz esta disfunção social, aparente ou não. Ao que tudo indica aparente, pois conforme sugere o Relatório Final do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente sobre “A Lei De Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal” (2005), não havia - à época da edição da Lei 8.072/90 - dados suficientemente conclusivos a respeito do aumento da criminalidade; antes pelo contrário: através do estudo do Censo Penitenciário Nacional dos anos de 1994 até 1996, os membros do ILANUD/Brasil lograram identificar que o aumento no número de crimes no Brasil se deu, em verdade, após o ano de 1990, após a publicação da Lei dos Crimes Hediondos.

Dito isso, é possível ver como o discurso de medo e necessidade de defesa foi necessário para que a pauta do Senador obtivesse credibilidade o bastante para impulsionar o processo legislativo. A obtenção de credibilidade é imprescindível para fazer uma disfunção

³¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em 31/01/06.

social se propagar no debate coletivo. A disfunção trazida pelo Senador teve as características dramáticas³² necessárias para captar a atenção da sociedade e de seus pares. Não é por acaso que assuntos sociais que possuem componentes de dramaticidade acabam tendo mais facilidade neste ponto. Sem dúvida, o medo do delito, contribuiu para a obtenção e resiliência da credibilidade social da matéria (RIPOLLÉS, 2005).

O processo legislativo do PLS 50/90 (quando foi remetido à Câmara o projeto foi nomeado de PL. 5.405/90) foi irrisório para uma lei que tem um potencial tão danoso, um mês de tramitação nas duas casas até a sanção, graças à unidade que se criou no parlamento entorno deste projeto. Isto pode ser percebido no pedido de urgência na tramitação assinado pelos líderes partidários (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 5405. p. 36).

A Câmara propôs três emendas de grafia que em nada alteraram o teor do projeto original, o relator na Câmara, Deputado Roberto Jefferson saudou a proposição do Senado afirmando que este é o “tema que a sociedade brasileira, de unísono, verbera e espera deste Poder Legislativo as medidas legais que se de todo não impedirem esse tipo de crime, poderão dissuadir ou desestimular sua proliferação” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 5405, p. 37). No seu voto incluiu um substitutivo que aumentou o número de crimes na lista dos hediondos, para além do sequestro que constava no projeto original³³. A Comissão de Constituição e Justiça aprovou o substitutivo e as emendas de grafia. O Senado também, e a matéria foi sancionada.

É possível perceber que as racionalidades neste processo foram condensadas de certa forma. A necessidade de comunicar com fluência a mensagem continua, as emendas de grafia estão presentes (R1). Quanto à necessidade de inserir harmoniosamente a lei no sistema jurídico não se encontra no presente diploma, a Comissão de Constituição e Justiça em nenhum momento condenou a normatização, sob a escusa de que a constituição abre espaços para a regulamentação dos crimes hediondos, porém não considera que a criação vai de encontro com a lei tida como síntese histórica da execução penal (R2). No campo pragmático

³² Em verdade, o que há, à época da apresentação do Projeto de Lei nº 50/1990 perante o Congresso Nacional, é um sentimento difuso de comoção nacional gerado pelo sequestro dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina. (SANTOS; RAMOS, 2015)

³³ Brasil. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, redação original. Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em 31/01/06.

a Lei dos Crimes Hediondos trabalha com o discurso de urgência premente, tem um objetivo e tenta ser o mais efetiva possível e em certa medida tem sucesso (R3). Por fim, partindo dos valores éticos de Defesa Social que estão impingidos claramente no texto normativo (R5) pode-se dizer que, nestes termos a legislação, busca atingir aqueles fins sociais perseguidos (defesa do não criminoso, contra o delinquente) (R4). (ATIENZA, 1989)

Passa-se agora a análise dos projetos que deram origem as Leis 9.046/95 e 9.460/97. A Lei 9.046/95 teve como origem o projeto de lei 2.347/91, de autoria da Deputada Benedita da Silva, e seu escopo era obrigar os estabelecimentos penais destinados a mulheres a manterem berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos, a justificção do projeto foi assim relatada:

A amamentação é essencial ao desenvolvimento de qualquer criança. O Estado tem por dever constitucional prover a criança garantir aos filhos saúde e alimentação. Deve-se, pois de mulheres condenadas o direito a serem amamentados pelas mães, visto que tal medida, além de indiscutível, em termos morais, teria ainda o respaldo de servir como fator inibidor da mortalidade infantil em nosso país. Por estes motivos esperamos o apoio de nossos ilustres Pares no Congresso Nacional para a aprovação deste projeto de lei (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 2347. p. 2).

O segundo diploma analisado é a Lei 9.460/97, cujo projeto de origem foi o PL. 925/95, de autoria do Deputado Chicão Brigido, seu objetivo era garantir às pessoas com mais de 60 (sessenta) anos o recolhimento em estabelecimento penal próprio e adequado à sua condição pessoal, e sua justificção foi assim definida:

O idoso goza de proteção constitucional tendo em vista a sua condição física que vai se debilitando com o correr dos anos e sua necessidade de amparo e bem-estar. O art. 230 da Constituição Federal estipula que "a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida". Em face desse dispositivo o Estado deve proporcionar ao idoso melhores condições no estabelecimento penal, em convivência com pessoas da mesma faixa etária. As mulheres já usufruem desse benefício legal, tendo em vista a sua natureza. Nada impede, pois, que o maior de 60 anos venha gozar, igualmente, dessa proteção. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 925. p. 2).

A razão de agruparmos estas duas produções legislativas está no sintoma que elas representam. As duas dão conta de uma necessidade de regulamentação dos dados direitos postos na constituição, são como reforços constitucionais via legislação ordinária. As pautas são legítimas e procuram resolver problemas reais dentro do sistema penitenciário, porém as

duas têm em comum algumas características no que se refere ao processo legislativo: longos períodos de tramitação e ausência de emendas ou pareceres contrários.

Ao que parece as duas leis tinham todo apoio do Congresso e mesmo assim a que tramitou mais rápido levou dois anos. Apesar da matéria reconhecidamente constitucional e relevante não houve nenhum pedido de urgência na tramitação dos projetos. A Comissão de Constituição e Justiça, nos dois casos, apenas reconheceu a viabilidade e o merecimento das normas e aprovou os conteúdos normativos para sanção. Eventualmente, como referimos as duas leis foram sancionadas sem sequer possuir emendas de grafia (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 2347. p. 35; DOSSIE PL. 925. p. 30).

Os projetos de lei acima, apesar de tratarem de disfunções reais e preocupantes, não conseguiram a força suficiente para merecer o grau de prioridade, aparentemente as matérias tratadas não são assuntos sociais que possuem componentes de dramaticidade o bastante para ter agilidade no processo legislativo (RIPOLLÉS, 2005).

No que se refere à necessidade de se garantir que a mensagem legislativa seja clara e inequívoca, as casas legislativas não se ocuparam com essa preocupação, todavia os projetos se mostraram capazes (R1). Os projetos têm a preocupação de se alinhar com os preceitos de igualdade e justiça que estão consagrados na Constituição (R2), conseqüentemente, estão axiologicamente próximos ao diploma constitucional (R5). A questão pragmática fica prejudicada, pois apesar de possuírem um conteúdo que tem potencial para garantir direitos aos apenados, as normas correm o risco de não serem aplicadas, tendo em vista a ausência de aparelhamento estrutural (R3). Quanto aos fins sociais perseguidos, tendo como parâmetro os preceitos de igualdade e justiça constitucionais, o conteúdo normativo das leis analisadas, sem dúvida, tem este escopo (R4) (ATIENZA, 1989).

5.4 Anos 2000: entre reforços normativos constitucionais e a escalada contra o crime organizado

Neste trecho analisaremos somente conteúdo dos projetos das leis editadas até 2009. Os diplomas editados a partir de 2010 serão analisados no item seguinte. Desta forma, analisaremos os projetos que deram origem as Leis 10.713/03 (regula a emissão anual de atestado de pena a cumprir pelo apenado), 10.792/03 (consagra o Regime Disciplinar Diferenciado), 11.466/07 (introduz o uso do aparelho de telefone celular no rol das faltas disciplinares graves), 11.942/09 (obriga a existência de seções para gestantes e parturientes

presas e de creches para os filhos das presidiárias) e 12.121/09 (inclui a segurança interna dos estabelecimentos penitenciários a ser feita por agentes do sexo feminino).

O primeiro diploma a ser analisado é a Lei 10.713/03, cujo projeto que a originou fora denominado PL. 3206/00, o projeto é de autoria do Deputado Ricardo Barros e assim foi justificado:

É muito comum em nossos presídios encontrarmos detentos que já cumpriram integralmente a pena que lhes foi imposta. Nem sabem que já poderiam estar fora das grades e em contato com suas famílias. Ao contrário, permanecem em verdadeiros pardieiros, muitas vezes sem contar com um cantinho para dormir. Essa situação é muito injusta e precisa terminar. Sabendo o quanto de pena ainda lhe resta a cumprir, o detento pode arquitetar planos mais concretos para o seu retorno ao convívio social. Vendo aproximar-se o dia de sua soltura, as esperanças de liberdade o ajudarão a melhor suportar os dias que ainda faltam para a saída do presídio, o que é de grande importância para a manutenção da disciplina. O atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, é um direito sagrado do preso, dada a motivação de dias melhores. Daí estamos apresentando o presente Projeto de Lei, tornando a emissão anual de atestado de pena a cumprir um direito do preso, sob pena de não se poder mantê-lo encarcerado. A emissão desse atestado deve ser feita pelo juiz da execução. Cremos que, assim, estamos contribuindo para melhorar as condições de nossas penitenciárias, dando ao preso mais esperança e melhorando a superlotação dos estabelecimentos penais, pois o número dos detentos que já terminaram de cumprir suas penas é bastante alto. Contamos com o apoio de nossos ilustres Pares para a aprovação deste Projeto de Lei (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 3206, p. 2-3).

É interessante notar como o projeto do deputado busca não correr o risco de cair em desuso ou de não possuir coercibilidade. A introdução da possibilidade de soltura caso não seja emitido o atestado de pena é um tremendo avanço no caminho de buscar uma regra de garantias na execução penal que possua uma sanção ao estado pela sua não aplicação. Este é o ponto central do projeto que busca nada mais que a garantia do apenado de ter informação sobre a sua pena.

Encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça, ainda em 2000, e nenhuma emenda foi proposta. Subsequentemente, o projeto deixou de ser movimentado e foi arquivado. Em 2003, o Deputado Ricardo Barros, autor da demanda, consegue coletar a assinatura dos líderes e pede regime de urgência para a votação da matéria (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 3206. p. 7 e ss).

Novamente na Comissão de Constituição e Justiça, o projeto foi apensado a outro projeto de matéria semelhante (PL. 3234/00), neste projeto havia a previsão de uma agenda diária com a relação de presos com direito a progressão de regime. A relatoria ficou a cargo

do Deputado Marcelo Ortiz. Em seu relatório, reconheceu a importância do projeto de lei 3.206/00, pois “o conhecimento da sua efetiva data de soltura propicia ao detento uma certa tranqüilidade e até mesmo evita que seu descontentamento leve-o a praticar atos de desatino”. Não foram apresentadas emendas neste novo período na Comissão. Em sede de voto, sobre a previsão constante no projeto em apenso de agenda diária afirmou que não seria possível diante do excesso de presos, por essa razão votou pela rejeição do PL. 3.234/00, e no que se refere ao projeto originário opinou pela aprovação. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 3206, p. 11-13).

Na sequência, retornando aprovado do Senado, o projeto foi encaminhado para o plenário. Não houve oradores inscritos, porém quando o projeto foi para a votação recebeu uma emenda significativa. O Deputado José Eduardo Cardozo foi designado pela mesa para relatar a emenda que retira a soltura do apenado caso não seja fornecido o atestado de pena:

Sr. Presidente, Sras. e Srs. Deputados, quero ponderar ao Deputado Arnaldo Faria de Sá que, da forma como está redigida, a emenda busca garantir que alguém seja responsável pela emissão da certidão. Se alguém tem de ser responsável, quem seria? A autoridade judiciária. O ônus, obviamente, será do juiz? Sim, será. Mas tenho absoluta certeza de que os juízes deste País desincumbir-se-ão dessa responsabilidade tranqüilamente, porque é um direito do preso conhecer sua situação penal. Nessa medida, não pode ficar difusa a obrigação de fornecer ao preso dados sobre sua vida. Cabe ao Poder Judiciário se organizar e, efetivamente, prestar contas da certidão necessária para a comprovação do caso. Por essa razão, Sr. Presidente, acho melhor, ao invés de dizer que o preso sairá livre, porque obviamente seria uma falha libertá-lo, fixar a responsabilidade para a autoridade judiciária, que, então, zelará pela expedição da certidão. Trata-se de algo muito simples. No Brasil, não mais podemos ter obrigações sem responsabilidades. Informo à Mesa que acabei ficando como autor da emenda, pelo que consta, mas não o sou. Como Relator designado por V.Exa., Sr. Presidente, passo a proferir o parecer, nos termos do Regimento Interno da Casa. Sr. Presidente, a emenda apresentada encontra amparo legal, na medida em que não ofende nenhuma norma constitucional, está inteiramente adequada ao espírito do projeto e busca inclusive aperfeiçoar a sua redação, eis que fixa a obrigação e a responsabilidade. Assim sendo, o meu parecer é na linha da juridicidade, da constitucionalidade e da boa técnica legislativa da emenda (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 3206, p. 40-41).

É compreensível a necessidade de o Deputado esclarecer que a emenda não era sua, e que estava apenas relatando, pois havia sido designado pela mesa. A emenda retira o potencial de garantia de aplicação da lei. No fim, esta redação foi aprovada pelo Senado, e foi encaminhada para a sanção presidencial, sendo sancionada em 13 de agosto de 2003 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 3206, p. 55).

Novamente, ao que parece o projeto de lei acima, apesar de tratar de disfunções reais e preocupantes, não conseguiu, pelo menos em um primeiro momento, a força suficiente para merecer o grau de prioridade. Após três anos de arquivamento o autor do projeto teve êxito em conferir a credibilidade necessária para o regime de urgência (RIPOLLÉS, 2005). Todavia, a atenção que o projeto atraiu pode ter selado seu destino na questão da aprovação do ponto chave que sustentava a aplicação do conteúdo normativo.

Novamente, as casas legislativas não se ocuparam com os possíveis problemas entre emissor e receptor da legislação, de qualquer forma o projeto se mostrou capaz de comunicar com fluência sua mensagem (R1). O projeto traz originalmente instrumentos que inovam na possibilidade de garantia dos preceitos de igualdade e justiça que estão consagrados na Constituição (R2), conseqüentemente, está axiologicamente alinhado ao diploma constitucional (R5). A emenda no apagar das luzes da votação no plenário prejudicou consideravelmente o poder pragmático da norma e o potencial para garantir os direitos dos apenados (R3). Por fim, pode-se dizer que os fins sociais do projeto estão coerentemente dentro dos preceitos de igualdade e justiça constitucionais (R4) (ATIENZA, 1989).

Passa-se a análise da Lei 10.792/03, o projeto que deu origem a lei foi denominado PL. 5073/01 e é de autoria original do executivo. Subscrito pelo Ministro da Justiça José Gregori, o projeto trazia inicialmente três alterações:

Basicamente, o presente projeto apresenta três novidades, a primeira cria um regime disciplinar diferenciado, para presos que esteja em regime fechado e cometam falta grave equivalente à prática de crime doloso; a segunda, transfere para a autoridade administrativa a atribuição sobre a transferência dos presos, o que hoje é competência do juiz da execução; e, por último, determina que os interrogatórios dos acusados presos sejam realizados, sempre que possível, nos estabelecimentos penitenciários em que estejam recolhidos (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 15 DE AGOSTO DE 2001, p. 36748).

A introdução do Regime Disciplinar Diferenciado é um dos temas que levantou maiores debates acadêmicos devido as suas características excepcionais:

1) duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; 2) cumprimento da pena em cela individual, na qual o condenado deverá permanecer por dezesseis horas diárias; 3) visitas semanais de apenas duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 15 DE AGOSTO DE 2001, p. 36748).

Isto porque, do ponto de vista dos efeitos concretos produzidos na execução da pena privativa de liberdade vale ressaltar que, se a Lei dos Crimes Hediondos significou o golpe inicial na perspectiva reabilitadora, a criação do chamado RDD aparece como golpe de misericórdia. Sob a aparência de reforço de disciplina carcerária, inaugura-se uma nova modalidade de cumprimento de pena, baseada na inabilitação e na exclusão, rompendo a lógica do sistema progressivo e, sobretudo, violando o núcleo duro da Constituição que são os direitos e garantias individuais (CARVALHO; FREIRE, 2005).

De fato, a criação do RDD está conectada a lógica dicotômica que estava impregnada na Lei dos Crimes Hediondos. O diploma abdica do expressamente do fim ressocializador e busca sustentação na lógica do “direito penal do inimigo”, que, por sua vez, revitaliza os modelos de direito penal de autor, pois o que passa a ser questão é a identificação do “inimigo” e sua neutralização/contenção (CARVALHO; FREIRE, 2005).

Porém, a criação do RDD não era inédita até a edição da lei, alguns estabelecimentos penais, principalmente do Rio de Janeiro e de São Paulo já adotavam administrativamente um “regime” diferenciado³⁴. A megarrebelião³⁵ ocorrida no estado de São Paulo no início de 2001 foi o mote que deu argumentos para o início do processo legislativo de autoria do executivo. Na exposição inicial do projeto, o Ministro José Gregori, pedia urgência na demanda e está só não seguiu para votação em plenário, pois o projeto foi retirado de pauta, tendo em vista o cancelamento do pedido de urgência, em 02/10/2001. Na época o projeto havia recebido uma proposta de emenda do Deputado Alberto Fraga que buscava retirar da autoridade administrativa o poder transferência do condenado. Somente em 2003 o projeto volta a tramitar com urgência, tendo em vista o pedido do Deputado Luiz Eduardo Greenhalgh³⁶. Algumas situações podem explicar este adormecimento do projeto; a) as medidas administrativas em um primeiro momento podem ter surtido algum efeito contra as rebeliões

³⁴ A primeira experiência de RDD surge como resposta contingente à megarrebelião ocorrida no Estado de São Paulo no início de 2001. Em maio de 2001, a Resolução SAP/SP 26 estréia a experiência do RDD no Brasil, inicialmente restringido a 05 unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré. Durante o ano de 2001, as Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau e a Penitenciária de Iaras deixaram de aplicar o RDD, pois o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, inaugurado em 02.04.2002, fora adaptado exclusivamente para este fim. Em agosto de 2002 é editada a Resolução SAP/SP 59, que institui o RDD no Complexo Penitenciário de Campinas (Hortolândia). No Estado do Rio de Janeiro, a primeira experiência análoga ao RDD ocorreu em dezembro de 2002, quando da rebelião no Presídio de Bangu I, liderada por Fernandinho Beira-Mar. Imediatamente após o término do movimento, os líderes foram isolados e o restante dos participantes foram colocados em Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES). (CARVALHO; FREIRE, 2005)

³⁵ O conflito envolveu 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria da Administração penitenciária e 04 (quatro) cadeias sob a responsabilidade da Secretaria de Segurança Pública do Estado.

³⁶ Tramitação do projeto. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31767>>. Acesso em 31/01/06.

ou b) na iminência de um ano de eleição uma medida que aponta falhas de segurança no sistema carcerário poderia ser contraproducente eleitoralmente.

Seja qual for a razão, ela não durou muito, pois em 2003 com o homicídio de dois Magistrados de Varas de Execuções Criminais – 14 de março de 2003 em São Paulo (SP) e 24 de março em Vitória (ES) - e a figura do inimigo personificado no líder da facção Comando Vermelho, Fernandinho Beira-Mar, associada aos crimes foi o elemento que faltava para a implantação definitiva das medidas de maximização dos métodos de contenção e neutralização (CARVALHO; FREIRE, 2005).

Com o pedido de urgência do Deputado Luiz Eduardo Greenhalgh, o projeto foi designado para relatoria do Deputado Ibrahim Abi Ackel na Comissão de Constituição e Justiça. No seu parecer reconheceu que não se verificavam óbices quanto à constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do projeto. O relator apresentou um substitutivo ao projeto e rechaçou a emenda do Deputado Alberto Fraga (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 28 DE MARÇO DE 2003, p. 10822).

O substitutivo do Deputado Ibrahim Abi Ackel possuía duas inovações e uma supressão, adicionava a limitação de até um sexto da pena na aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, introduzia uma nova redação ao artigo da LEP que rege a progressão de regime, prescindindo o exame criminológico para tanto, e não mais contava com a possibilidade da autoridade administrativa transferir o preso sem autorização judicial:

Art. 52, inciso I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

Art. 112 A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão³⁷.

Art. 86§ 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos. (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 28 DE MARÇO DE 2003, p. 10823-4).

A Comissão de Constituição e Justiça acompanhou o voto do relator Deputado Ibrahim Abi Ackel e deu prosseguimento ao feito. Na sequência o projeto foi para discussão em plenário, fato que não ocorre corriqueiramente, pois a tramitação nas comissões (incluindo

³⁷ Na época a Lei dos Crimes Hediondos ainda vedava a progressão e não havia sido considerada inconstitucional neste ponto.

a Comissão de Constituição e Justiça) da abertura para a matéria seja decidida discretamente de acordo com as transações políticas em pauta (RIPOLLÉS, 2005). A discussão em torno do projeto foi permeada de posições diversas; Os Deputados divergiam entre posicionamentos que apoiavam o projeto na forma do substitutivo e outros que procuravam emenda-lo para ampliar a possibilidade da aplicação do instituto. Alguns pontos são chave no debate conduzido na câmara; a possibilidade da direção do presídio de transferir os presos do Regime Disciplinar Diferenciado, sobre essa possibilidade do Deputado Arnaldo Faria Sá afirmou que: “Será aberta uma brecha para facilitar o cumprimento de pena de facínoras que mereciam o regime diferenciado permanente, por cometerem crimes hediondos.” (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 02 DE ABRIL DE 2003, p. 11621).

Outro ponto chave é a possibilidade de interrogatório nos estabelecimentos penitenciários, o Deputado Arnaldo Faria Sá refere, fazendo menção ao assassinato dos juízes, que qual o juiz, depois de toda essa confusão, que irá a presídio fazer audiência? Certamente, nenhum. No mesmo sentido o Deputado Alberto Fraga refere que:

Outro aspecto é que querem acabar com a videoconferência. Aí estaremos na contramão da evolução, da modernidade, quando precisamos agilizar o processo. Se o preso puder ser ouvido no estabelecimento prisional, vamos economizar escolta da Polícia Militar e impedir que o comboio seja atacado pelo crime organizado. (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 02 DE ABRIL DE 2003, p. 11621).

Questão que também foi digna de debate foi a limitação do Regime Disciplinar Diferenciado a um sexto da pena, sobre a questão o Deputado Alberto Fraga:

Fala-se em 360 dias na solitária, e a emenda que quero seja acolhida pelo Relator é a que suprime o limite em até um sexto da pena aplicada. Se aplicarmos 360 dias, as condenações abaixo de seis anos ficarão de fora. (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 02 DE ABRIL DE 2003, p. 11621).

Antes de entrar em outras posições que corroboram o debate sobre esta questão, destaca-se uma das poucas vozes dentro da câmara inteiramente contra o projeto em pauta, Deputado Fernando Gabeira:

Com todo o respeito ao Governo, ao meu partido, com quem vou votar, e ao Relator, que é uma das minhas grandes admirações nesta Casa, esse projeto, no meu entender, representa um grande retrocesso. O primeiro e importante retrocesso é que ele não parte do conhecimento dos presídios brasileiros. Poucos Deputados aqui presentes percorreram como percorri constantemente

os presídios do Brasil. O diagnóstico de que a violência nos presídios nasce porque não há disciplina rígida é equivocado. Ela nasce porque os presídios não têm condições adequadas para manter os presos, que vivem amontoados, comem mal e são permanentemente violentados. Essa é a realidade dos nossos presídios. Esse projeto é um erro também porque comete equívocos fundamentais. (...) Ele diz que pode ir para o regime especial aquele preso que já esteve uma vez condenado, e não é preciso consultar o juiz. (...) um preso que participa de um bando para roubar um pneu, pelo projeto, pode ir para o regime disciplinar, enquanto que o médico que violentou crianças em São Paulo depois de entorpecê-las não vai, porque não participou de nenhum bando. Outra barbaridade defendida pelo Deputado Alberto Fraga é o interrogatório à distância. Essa situação suprime a capacidade de defesa, pois o preso não vê direito, nem o advogado que está ao lado não pode ver. S.Exa. diz que isso é modernidade? Modernidade é o que estamos vendo em Bagdá neste momento: o uso de instrumentos modernos para destruir um povo. O problema do Brasil não é só ser moderno. O problema do Brasil é construir sua modernidade sobre valores bem sólidos. (...) Esse projeto é um retrocesso, mas é ideal para os campeões de voto. Todos os campeões de voto podem sorrir porque a opinião pública quer isso. A população brasileira quer que se mate e se esfole. (...) a prisão solitária destrói a pessoa que nela fica durante longo tempo. Não devemos destruir ninguém, mas, sim, ter a visão humana de prisão para conter a violência. Tenho todo o respeito pelos companheiros que trabalham na segurança, mas digo àqueles que defendem o projeto que isso vai gerar aumento de violência. A vontade de ganhar votos, de seduzir a população pelo imediatismo, é uma irresponsabilidade política a longo prazo. Muito obrigado. (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 02 DE ABRIL DE 2003, p. 11621-2).

O trecho é longo, porém é expressivo de quantos problemas tem a criação de uma política penitenciária excepcional. Mais a frente este trecho será ponderado mais profundamente. Seguindo os debates é notável e sintomática historicamente a fala que vem imediatamente depois da denúncia do Deputado Fernando Gabeira, o Deputado Antônio Carlos Biscaia refere que:

Discute-se muito sobre a pena privativa de liberdade. Por que alguém é privado de sua liberdade quando pratica um ato anti-social? Há quem defenda que o século XXI é o século do fim da pena privativa de liberdade e há quem queira um endurecimento absoluto no cárcere. Temos de buscar posição intermediária. De alguma forma, ela está contemplada nesse projeto do Poder Executivo. Não é possível que a situação persista como está hoje. Ela é uma absoluta excepcionalidade. Medidas de exceção têm de ser adotadas neste momento. (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 02 DE ABRIL DE 2003, p. 11622).

A ambiguidade do meio termo, da ausência de posicionamento, enquanto a busca por um meio termo estiver na exceção é compreensível que se façam críticas e manifestações como a do Deputado Fernando Gabeira. Porém, o Deputado Antônio Carlos Biscaia defende o projeto dizendo que este “preconiza a possibilidade de se criar celas individuais. Isso é um

avanço em todo o mundo.”. Mais a frente refere que se questiona sobre a possibilidade de ressocialização dos ditos “participantes de organizações criminosas” e afirma que essa ressocialização “nunca acontecerá”. (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 02 DE ABRIL DE 2003, p. 11623).

Seguem algumas das posições no plenário, o Deputado Inaldo Leitão se alinhou a posição do Deputado Fernando Gabeira afirmando que o projeto “caminha na contramão da melhor política penitenciária”. O Deputado Coronel Alves destacou que “a legislação ora proposta não será aplicada ao ladrão de galinha ou de bicicleta, mas sim ao traficante, àquele bandido que está incomodando, insultando e aviltando a sociedade brasileira (...)”. O Deputado Eduardo Paes vota a favor do projeto, porém ressalta que as medidas “serão inócuas se, como disse o Ministro da Justiça, as instituições republicanas não forem refundadas”. O Deputado Dimas Ramalho ressalta o momento de exceção e afirma que se aprovado o projeto, a Câmara “será lembrada como a Itália, que jogou pesado contra a bandidagem”. O Deputado Gilberto Nascimento afirma que se criou no Brasil “a impressão de que cadeia é hotel categoria cinco estrelas” e que, em suma, se tem muitas regalias na prisão. Já o Deputado Cabo Julio clama para a necessidade de “diferenciar os direitos humanos dos humanos direitos”. O Deputado Orlando Fantazzini se manifesta contra o projeto e denuncia “a falência das instituições” e questiona se realmente o projeto pode trazer alguma solução. O Deputado Luiz Eduardo Greenhalgh, afirma que não se sente constrangido em ser “defensor dos direitos humanos, e neste plenário não haverá quem possa questionar a minha condição de defensor da aprovação deste projeto”, isto porque refere ser necessária uma resposta ao crime organizado e este projeto é um instrumento que perfectibilizar este intento. O Deputado Pompeo de Mattos refere “temos de fazer um projeto de uma vez só – e bem feito – para não termos de pagar mico de ficar reagindo e discursando todos os dias contra as ações do bandido Fernandinho Beira-Mar”. Outros deputados tiveram seu momento de debater, porém estes discursos dão a ideia geral do nível do debate dentro da casa (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 02 DE ABRIL DE 2003, p. 11623-30).

O nome do, na época, Líder do Comando Vermelho é repetido diversas vezes nos debates, não seria errado pensar que os legisladores construíram este diploma baseando-se na prisão de Fernandinho Beira-Mar.

Ao todo foram 26 emendas propostas em plenário das mais diversas possíveis desde emendas de grafia até a vedação total de visitas, supressão do limite de aplicação do regime e redução do chamado “banho de sol” de duas horas para uma só, sob a escusa de que evita um alto grau de intimidade entre os presos. Por fim, o Deputado Ibrahim Abi Ackel se manifestou

sobre o que havia sido dito durante a sessão, principalmente tentando se defender de algumas das palavras proferidas contra o projeto, referiu que tentou amenizá-lo da melhor forma possível e que introduziu benesses como o limite de um sexto da pena e a desnecessidade do exame criminológico para progressão. Depois de muito protesto das bancadas mais bélicas, foi referido que “Há um acordo por parte de todos os partidos no sentido de acolher politicamente, vamos dizer assim, as subemendas do Relator.” (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 02 DE ABRIL DE 2003, p. 11630-47).

Desta forma, o projeto que foi encaminhado para a sanção presidencial não perdeu as “conquistas” do relator. Com este acordo político no final é que se encerra o processo legislativo da Lei que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado.

O processo legislativo da norma iniciou com aquela urgência peculiar ao poder de agenda do Executivo (ALBUQUERQUE ET AL, 2006), subsequentemente, tendo em vista a magnitude ampliada da disfunção social, o tema se tornou “urgente” novamente. O envolvimento emocional produzido pelo desajuste social foi notável na população e na câmara. O medo do delito foi uma característica que desempenhou um papel fundamental na obtenção e manutenção da credibilidade social da matéria legislativa (RIPOLLÉS, 2005).

Neste projeto a câmara procurou se preocupar em emendar a grafia da lei, é interessante notar o quanto é flutuante o interesse das casas na capacidade ou não do projeto comunicar com fluência a mensagem legislativa (R1). No que se refere à necessidade de inserção harmoniosa da lei no sistema legal, não é possível afirmar que tenha sido uma preocupação na presente legislação, isto porque ela contradiz conteúdos expressos presentes na Lei de Execução Penal e na Constituição Federal (R2). Sobre os fins pragmáticos a lei é muito clara, pois busca dificultar a vida dos condenados no interior do cárcere, mas não porque necessariamente cometeram um delito, e sim porque, segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são ‘suspeitas’ de participação em bandos ou organizações criminosas³⁸ e, ao mesmo tempo, retira o exame criminológico da equação de progressão de regime³⁹ (R3). A

³⁸ Brasil. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 52. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 31/01/06.

³⁹ Brasil. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 31/01/06.

ambiguidade do meio termo buscado indica que os fins são novamente aqueles da Defesa Social (R4) e é somente nela que o diploma pode buscar qualquer justificação ética (R5) (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA 1989).

A próxima lei a ser analisada é a Lei 11.466/07. O projeto que deu origem a lei é oriundo do Senado Federal, PLS 136/06, quando o projeto tramitou na câmara passou a ser chamado PL. 7225/06. O autor do projeto original é o Senador César Borges, a pauta do projeto é bem simples e foi justificada assim:

É injustificável a ausência de previsão do uso do aparelho de telefone celular no rol das faltas disciplinares graves de nossa Lei de Execução Penal (LEP). O uso do telefone celular para comandar e articular ações criminosas a partir dos estabelecimentos penais é prática conhecida e corriqueira no Brasil. A recente onda de violência no Estado de São Paulo, em que o PCC alvejou várias instituições públicas e privadas da capital, foi toda orquestrada a partir das penitenciárias pelos líderes da organização criminosa, conforme declarações feitas pelo Departamento de Investigação do Crime Organizado da Polícia Civil de São Paulo. Fato semelhante aconteceu no Rio de Janeiro em 2003. A ausência do uso do telefone celular no rol das faltas disciplinares graves impede que um líder de organização criminosa em comunicação com seus subordinados fora do presídio seja submetido ao regime disciplinar diferenciado previsto na LEP. O isolamento celular desses líderes mostra-se uma ação de segurança pública imprescindível. Portanto, o presente projeto de lei procura resolver essa injustificável lacuna legal e fornecer mais um meio para a defesa da sociedade. (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 17 DE MAIO DE 2006, p. 16651).

Apesar do claro apego ao medo do crime, a proposição do Senador não é algo formalmente condenável. O projeto pode, por outro lado, ser considerado punitivista, tendo em vista que o uso do celular poderia ser punido como falta média ou leve. A presunção do projeto de que o controle das ações criminosas está vindo de dentro dos estabelecimentos prisionais pode até ser factual, porém é contingencial. O Senador não trouxe qualquer argumento empírico que pudesse suportar a presunção do projeto. Na Lei dos Crimes Hediondos ocorre algo parecido, parece que o legislador canaliza uma espécie de conhecimento comum e aceitável e não necessita de mais nenhum argumento para mover o processo legislativo.

No mais, o caminho legislativo do projeto foi sucinto, na Câmara foi requerida tramitação de urgência pelo Deputado Arnaldo Faria Sá, O Projeto foi emendado. Foi apresentada uma Emenda de Plenário pelo Deputado Neucimar Fraga. A emenda do Deputado traz a inclusão de um crime omissivo cujo sujeito passivo é o Diretor do Estabelecimento Prisional que deixa de cumprir seu dever de vedar o acesso dos presos aos aparelhos de

telecomunicação⁴⁰. Durante o plenário, chamou a atenção que a pergunta do Deputado Luiz Couto não obteve resposta “Sr. Presidente, há casos em que o apenado está perto de cumprir a sua pena e retornar ao convívio da sociedade. Mas pode vir a ocorrer de algum agente forjar a presença de um celular com essa pessoa para prejudica-la (...). Como resolver isso?”. A presidência não respondeu e os encaminhamentos continuaram. Subsequentemente, foi votada a redação e enviada ao Senado (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 15 DE FEVEREIRO DE 2007, p. 4714-27). Aprovada pelo Senado, a matéria foi encaminhada à presidência para sanção. Por fim, o projeto foi sancionado e convertido na Lei nº 11.466/07⁴¹.

No presente projeto a obtenção de credibilidade foi imprescindível para fazer o desajuste social se propagar no debate coletivo. Isso ficou comprovado pela ampliação da pauta que iniciou como introdução de falta grave no regime de execução e acabou criando um novo delito. O agente que trouxe a pauta teve sucesso em conectar o assunto com acontecimentos recentes que chamaram a atenção de seus pares. Além do mais, a pauta de controle do crime organizado ligada ao receio da criminalidade possui componentes de dramaticidade que facilitam o processo legislativo (RIPOLLÉS, 2005).

Não houve maiores problemas fluência da mensagem (R1); formalmente as regras incluídas não atentam contra o sistema legal (R2); no campo pragmático o projeto busca, com base na premissa de ascendência do crime organizado via comunicação oriunda dos estabelecimentos penais, a punição severa de todos os sujeitos que podem ser responsabilizados, porém não cogitou como é que estas normas seriam cumpridas (R3). Quantos aos fins sociais das normas criadas; é necessário destacar que o projeto entra na escalada contra o inimigo “crime organizado” sem qualquer preocupação com a proporcionalidade das suas medidas, por isso a medida encontra na Defesa Social os fins (R4) e justificação ética (R5) (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA 1989).

Passa-se a análise das duas últimas legislações deste tópico, as Leis 11.942/09 que obriga a existência de seções para gestantes e parturientes presas e de creches para os filhos das presidiárias e 12.121/09 que inclui a segurança interna dos estabelecimentos penitenciários a ser feita por agentes do sexo feminino. Estes dois projetos serão analisados

⁴⁰ Brasil. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 31/01/06.

⁴¹ Tramitação do projeto. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=327896>>. Acesso em 31/01/06.

conjuntamente, não só em razão da matéria, mas também pela desídia que foi demonstrada pelas casas legislativas perante tais matérias.

O projeto de lei 335/95 que deu origem a Lei 11.942/09 é de autoria da Deputada Fátima Pelaes e foi assim apresentado à câmara:

O objetivo do presente projeto de lei é adequar o ano 89 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) com o ano 5º, L. da Constituição Federal. Com efeito, a Lei de Execução Penal preocupou-se com as condições específicas da presidiária no tocante ao parto e a amamentação. No entanto, o art. 89 da Lei de Execução Penal não obriga a existência de seções para gestantes e parturientes presas e de creches para os filhos das presidiárias, apenas faculta a sua instalação. A Constituição Federal de 1988 foi mais longe e tomou obrigatória a existência de instalações a fim de que as presidiárias possam amamentar seus filhos e dar-lhes assistência. Tendo em vista o alto grau humanitário deste projeto de lei, tanto para a mulher presidiária quanto para seus filhos, contamos com o endosso de nossos ilustres Pares para a sua aprovação. (DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, SEÇÃO 1. 07 DE JUNHO DE 1995, p. 12231).

Veja-se que a proposta de caráter principalmente humanitário busca a regulação de algo constante no texto constitucional, o escopo pela lei ordinária vem para reforçar o conteúdo normativo da constituição, nada mais do que isso. A outra proposta que temos para a análise é o PL. 6.048/02 que, por sua vez, deu origem a Lei 12.121/09 e é de autoria do Deputado Alberto Fraga. Sua justificção foi assim apresentada à câmara:

Apesar de a Lei de Execução Penal determinar que os estabelecimentos penais destinados às presas, condenadas ou provisórias, devam ser condizentes com a natureza da mulher, verifica-se que muitos desses órgãos não atendem esse requisito. A condição da mulher inclui a segurança interna a ser feita por agentes do sexo feminino, pois garante a devida privacidade da presa, além de ser feita por alguém que conhece bem as necessidades femininas. Isso, porém, não tem ocorrido, provocando distorções lamentáveis e situações embaraçosas tanto para a presa quanto para administração do presídio. Muitos, por exemplo, são os casos de denúncias por abuso sexual e favorecimentos das mais diversas ordens. Assim, torna-se necessário que seja previsto na lei a obrigatoriedade de que a guarda interna seja feita por efetivo feminino, sendo admitido, somente excepcionalmente, a presença de agentes do sexo masculino. Por ser medida necessária para a garantia de uma melhor segurança nos presídios femininos e, também, cumprimento do respeito à condição da mulher, é que solicito aos colegas parlamentares o aperfeiçoamento e a aprovação do presente projeto de lei (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 26 DE MARÇO DE 2002, p. 10677-78).

A pauta do PL 6.048/02 surpreende pela necessidade, é necessário mover a máquina do legislativo federal para que seja normatizada uma garantia que defina que em um estabelecimento prisional feminino a segurança interna seja feita por agentes do sexo feminino. Garantir a privacidade das presas é mote trazido pelo autor do projeto em um primeiro momento, mas as ditas denúncias de abusos sexuais são muito mais graves. O risco do abuso sexual já permitiria a normatização. Os dois projetos buscam humanizar as condições da mulher no estabelecimento prisional, de acordo com o que rege a Constituição Federal, seja garantir a gestante ou aos filhos das presidiárias a assistência necessária ou zelar pela privacidade e integridade física das apenadas, duas questões de extrema importância.

Todavia, da mera leitura da numeração dos projetos pode-se perceber certo atraso nessa prestação legislativa. O PL. 335/95 levou 14 anos para virar lei, em se tratando de uma matéria tão importante quanto essa, é necessário se voltar ao processo legislativo para diagnosticar as razões deste atraso. Em junho de 1995 a apresentação do projeto foi publicada. Em fevereiro de 1999 a proposta é arquivada, neste meio tempo a única medida tomada foi o apensamento deste projeto a outro de matéria semelhante (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 03 DE FEVEREIRO DE 1999, p. 31).

Ainda em 1999 o projeto é desarquivado. De 1999 a 2001 foi o tempo de tramitação que levou para que os relatórios e pareceres sobre o projeto fossem prolatados, inclusive o parecer da Comissão de Constituição e Justiça, que propôs um substitutivo de emendando a grafia do projeto (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 18 DE OUTUBRO DE 2001, p. 51202-09). O projeto só voltaria à pauta em 2003, uma vez que aprovado o pedido de urgência do Deputado Maurício Rabelo, na sequência foi aprovado pelo plenário o substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça e a matéria foi encaminhada ao Senado Federal (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 28 DE NOVEMBRO DE 2003, p. 64691-5).

Em abril de 2009 o projeto retorna do Senado com duas emendas, uma de grafia e a outra apenas requer a inclusão desta previsão: “para o cumprimento do que dispõe esta lei, deverão ser observadas as normas de finanças públicas aplicáveis”. (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 23 DE ABRIL DE 2009, p. 14195-6). Em maio de 2009 o projeto foi à votação, aprovadas as emendas do Senado, a matéria, finalmente, foi encaminhada para sanção presidencial (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 07 DE MAIO DE 2009, p. 17465-6).

Foram 14 anos de burocracia legislativa, não há outro motivo que possa escusar a demora no processo legislativo da norma. As emendas não foram substanciais, nenhuma

questão polêmica foi envolvida, nenhum Deputado ou Senador se opôs ao conteúdo da matéria e mesmo assim o tramite do PL. 335/95 levou 14 anos.

Passa-se a análise do processo legislativo do PL. 6.048/02. Após a apresentação do projeto, foi apresentado parecer pela relatora Deputada Zulaiê Cobra na Comissão de Constituição e Justiça opinando pelo prosseguimento do feito com uma emenda que ressalva a possibilidade de ser justificado em juízo na necessidade de agentes do sexo masculino⁴². Entretanto, o projeto foi arquivado em fevereiro de 2003 (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 01 DE FEVEREIRO DE 2003, p. 505).

O projeto foi desarquivado em maio de 2003. Na sequência, foi designada nova relatoria. A Deputada Denise Frossard, na posição de nova relatora do projeto, apresentou novo parecer e voto opinando pelo prosseguimento do projeto em setembro de 2003. No seu voto a relatora emenda novamente e rechaça a possibilidade de agentes homens nos estabelecimentos penitenciários femininos, como constava no projeto original⁴³. Todavia, o projeto permaneceu sem movimentação desde a data do parecer e foi arquivado novamente em fevereiro de 2007 (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 01 DE FEVEREIRO DE 2007, p. 132).

Desarquivado novamente ainda em 2007, o projeto teve novo relator designado, o Deputado Flavio Dino, da mesma forma que as outras relatorias do projeto, o Deputado apresentou parecer relatando e opinando pelo prosseguimento do projeto, em emenda adicionou um período de *vacatio legis* de 180 dias para adequação da administração pública. No mais, não alterou o projeto. Finalmente, o parecer apresentado pelo relator foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 31 DE MAIO DE 2007, p. 27581-3).

O projeto ainda foi designado novamente à outra relatoria para redação final. O Deputado Mendes Ribeiro Filho apresentou a redação final reprisando o que já havia sido decidido e, por fim, o projeto foi enviado ao Senado em julho de 2007. Em dezembro de 2009, é comunicado à câmara que o projeto foi encaminhado para sanção revisado sem emendas (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 03 DE MARÇO DE 2010, p. 5422).

Os destaques de análise destas leis deveriam ser os avanços na tentativa de garantir os direitos das mulheres dentro das penitenciárias brasileiras, porém o que chama a atenção é a desídia do Congresso e o labirinto burocrático imposto à construção normativa.

⁴² Tramitação na Câmara dos Deputados. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43901>>. Acesso em 31/01/06.

⁴³ Idem.

Os projetos de lei acima analisado, tratam de problemas reais que põem em risco a vida de milhares de mulheres no país inteiro, seja pela falta de assistência de pré-natal ou pelos riscos de abusos pelos agentes penitenciários. Entretanto, algo faltou para que conseguissem a credibilidade suficiente para merecer o grau de prioridade. Ao que tudo indica faltou dramaticidade o bastante, e claramente o congresso tem dificuldades com pautas de gênero (RIPOLLÉS, 2005).

As duas normas são claras e inequívocas (R1). Os projetos têm a preocupação de se alinhar com os preceitos de equidade consagrados na Constituição (R2), conseqüentemente, estão alinhadas axiologicamente (R5) e buscam os fins sociais de justiça contidas no diploma (R4). A questão pragmática que ficou prejudicada, mas não pelos projetos propriamente, pois as casas legislativas tiveram imensa dificuldade de conduzir estes processos legislativos cujo único impedimento é redirecionamento de recursos para a adequação dos estabelecimentos prisionais (R3) (ATIENZA, 1989).

5.5 Década de 2010: horizonte da política penitenciária

Neste trecho analisaremos as últimas legislações desta década que lidam com este tema da execução penal, o primeiro processo legislativo que será escopo de análise é o PLS. 217/06 (na Câmara PL. 3442/08) que deu origem a Lei 12.245/10, cujo escopo é autorizar a instalação de salas de aulas nos estabelecimentos penitenciários. De autoria do Senador Cristovam Buarque, o projeto foi assim justificado:

A Constituição Federal (CF), no art. 214, inciso I, determina como um dos objetivos do Plano Nacional de Educação a integração de ações do poder público que conduzam à erradicação do analfabetismo. Trata-se de tarefa que exige ampla mobilização de recursos humanos e financeiros por parte dos governos e da sociedade. O art. 208, § 1º da CF afirma: o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, e seu não-oferecimento pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. Os déficits do atendimento no ensino fundamental resultaram, ao longo dos anos, num grande número de jovens e adultos que não tiveram acesso ou não lograram terminar o ensino fundamental obrigatório. No sistema prisional não foi diferente, e mesmo com a implantação nacional da Educação de Jovens e Adultos (EJA), mais apropriada para esse estamento de educandos, eles continuaram alijados, de maneira geral, do processo educativo. Para garantir à população o exercício pleno da cidadania não basta ensinar a ler e a escrever. A EJA deve compreender, no mínimo, uma formação equivalente ao ensino fundamental, objetivando melhorar a qualidade de vida e de fruição do tempo livre, pelos estudantes, além de ampliar suas oportunidades no mercado de trabalho. Como o retido não perde seu direito à educação, torna-se necessário

implantar, em todas as unidades prisionais e nos estabelecimentos que atendam a adolescentes e jovens infratores, programas de educação de jovens e adultos de nível fundamental e médio, assim como de formação profissional, contemplando para esta clientela as metas de expansão de programas de educação a distância na modalidade de EJA. Nas prisões, a necessidade básica para se levar adiante instrução aos presos é a construção de salas de aula. Deve ser estabelecido um programa nacional que assegure que a baixa escolaridade e analfabetismo dos infratores detidos sejam minorados, e deve-se oferecer aos estudantes programas de alfabetização e de ensino e exames, de acordo com as diretrizes curriculares nacionais. O incentivo deve voltar-se, com mais razão, ao seu aproveitamento nos cursos presenciais, com a garantia de fornecimento de material didático-pedagógico, adequado aos estudantes da EJA. O Ministério da Educação deve aliar-se ao Ministério da Justiça em relação ao oferecimento de cursos de EJA para presos e egressos, contando com recursos do Fundo Penitenciário (FUNPEN). É importante chamar a atenção para o fato de que os índices de analfabetismo e iletramento em ambientes carcerários são quase sempre elevados – exceção feita ao Estado de São Paulo –, e a população presa dispõe, na prática, de poucas chances de participar de programas educativos, dentro ou fora dos estabelecimentos prisionais. Com aproximadamente 360.000 detentos agrupados em cerca de 512 prisões, milhares de delegacias e vários outros estabelecimentos, o Brasil administra um dos dez maiores sistemas penais do mundo. No entanto, seu índice de encarceramento – isto é, a razão preso/população – é relativamente moderado. Em alguns estados, como a Bahia, a população carcerária cresce numa taxa quinze vezes mais rápida que a taxa demográfica local. Por outro lado, no Amapá não há população carcerária importante. O Brasil encarcera menos pessoas per capita que muitos outros países sul-americanos e, de longe, bem menos do que os Estados Unidos. O número de pessoas encarceradas enseja que o Estado tome providências e, dar educação a essa população, certamente trará benefícios, promovendo no ambiente prisional uma atmosfera propícia à reabilitação, fazendo com que a educação aponte novos horizontes. Ademais, a Lei nº 7.210, de 1984, conhecida como Lei de Execução Penal, garante que o conjunto arquitetônico prisional poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados. Tal é o caso da construção de salas de aula. É imperativo que os projetos arquitetônicos incluam a construção dessas salas. Pela relevância do tema e por seu alcance social, contamos com o apoio dos Senhores Congressistas a esse pleito (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 12 DE JUNHO DE 2006, p. 23547-23549).

Este é um exemplo de justificativa legislativa que indica o caminho que a norma deve seguir. Primeiramente indica o suporte axiológico e normativo na Constituição Federal. Indica o problema do déficit de educação, menciona os índices, porém não expõe, mesmo assim da o panorama do problema e propõe a solução “instalação de salas de aulas”.

Porém, o que salta aos olhos é a preocupação com viabilidade pragmática da norma, o autor indica as parcerias entre a administração pública que podem conseguir os recursos para de fato aplicar a futura norma. O projeto se justifica formal e materialmente demonstrando estar de acordo com os princípios esposados na constituição e sua possibilidade formal sem

contrariar a regra maior da execução (LEP). Ainda, sobre as afirmações do encarceramento brasileiro de nível razoável, elas são coerentes com o momento histórico, como demonstra os números colacionados pelo próprio autor do projeto⁴⁴.

Em 2008, depois de dois anos de tramitação no senado, o parecer do relator Senador Paulo Paim, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, foi pelo prosseguimento do projeto com apenas uma emenda de redação alterando a numeração do parágrafo da lei (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 26 DE ABRIL DE 2008, p. 10857-61).

Na sequência o projeto foi enviado para a Câmara para revisão. Em novembro de 2009, o Deputado Flavio Dino, na posição de Relator do projeto na Comissão de Constituição e Justiça, apresentou parecer opinando pelo prosseguimento do projeto. Parecer que foi acatado pela Comissão em março de 2010 (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 23 DE MARÇO DE 2010, p. 10487-8).

Após a aprovação da Comissão de Constituição e Justiça, foi designado o Deputado José Eduardo Cardozo para redação final, subsequentemente o projeto foi encaminhado para sanção presidencial⁴⁵.

Apesar de extenso temporalmente, o processo legislativo do PLS. 217/06 foi sucinto, não teve maiores problemas, não foram levantadas questões sobre a redação e nem sobre as possibilidades de execução do projeto. Isto pode ser explicado pela redação original do projeto que contemplava amplamente as possíveis questões que poderiam ser trazidas durante o processo. O presente projeto não possuía a dramaticidade da urgência, porém o autor da proposição foi bem-sucedido em manter a credibilidade da pauta e o foco da disfunção social (RIPOLLÉS, 2005).

O conteúdo normativo teve fluência na sua mensagem ao receptor (R1); formalmente a lei demonstrou já na sua justificação que poderia ser inserida harmoniosamente no sistema legal (R2); no que se refere às possibilidades pragmáticas, o conteúdo da lei, não só se adequa aos destinatários, como a possibilidade de estruturar as condições para que o conteúdo normativo seja implementado está contemplada (R3); os fins sociais buscados na norma estão alinhados axiologicamente com os valores constitucionais de justiça social (R4, R5). É interessante notar como o projeto traz novos valores constitucionais para a produção

⁴⁴ Dados produzidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) dão conta de um crescimento que vai de um total de 232.755 presos no ano 2000 para um total de 548.003 presos em 2012, sendo o crescimento mais significativo a partir de 2006, ano em que entrou em vigor a nova Lei de Drogas.

⁴⁵ Tramitação na Câmara dos Deputados. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=395833>>. Acesso em 31/01/06.

legislativa penitenciária ao construir uma narrativa que dê credibilidade ao problema da falta de educação nos estabelecimentos prisionais perante o Congresso Nacional.

O projeto que passa a ser analisado a partir de agora é o PLS 175/07 (na câmara foi denominado de PL 1288/07). Este projeto deu origem a Lei 12.258/10 que prevê a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado.

De autoria do Senador Magno Malta, assim foi justificado o projeto em análise:

A prisão deixou de ser o controle perfeito. É ultrapassado porque ainda é estabelecido em espaço rígido. O limite territorial determinado pelo cárcere não é mais um aspecto positivo do controle penal, mas um inconveniente, haja vista que é insustentável para o Estado manter aprisionado as inúmeras pessoas condenadas (cf. estudos de Fabiana de Lima Leite, em *O Controle Penal Eletrônico*). Alguns países, a exemplo dos Estados Unidos da América, França e Portugal, já utilizam o monitoramento de condenado, exigindo-se o uso de pulseira ou tornozeleira eletrônica como forma de controle das pessoas submetidas o regime aberto. Muitos argumentos favoráveis à utilização desse tipo controle penal são trazidos à baila, tais como a melhoria da inserção dos condenados, evitando-se a ruptura dos laços familiares e a perda do emprego, a luta contra a superpopulação carcerária e, além do mais, economia de recursos, visto que a chamada “pulseira eletrônica” teria um custo de 22 euros por dia, contra 63 euros por dia de detenção. A pulseira, normalmente, é “dotada de uma bateria elétrica que emite automaticamente sinais freqüentes, a cada 15 segundos, se a pessoa desloca-se mais de dois metros. Trata-se de uma conexão com setor elétrico e linha telefônica que comporta uma memória informática de os horários assinalados. O receptor capta e decodifica os sinais emitidos. O nível de recepção torna-se fraco ou mesmo inexistente de acordo com a distância do local assinalado. O receptor envia, então, uma mensagem de alerta ao centro de vigilância.” (DAMÁSIO, Celuy Roberta H. *Reinserção*. In: Revista espaço Acadêmico nº 53, out. de 2005). O controle eletrônico surge para superar as limitações das penitenciárias, podendo ser universalizado. O custo seria alto num primeiro momento de criação do sistema, porém depois seria menor, pois poderia alcançar um maior número de condenados. É preciso que criemos sistemas que não tenham os inconvenientes do cárcere, tais como impossibilidade de expansão rápida e custo muito elevado. Note-se que, “para abrir vaga no sistema prisional, o Estado brasileiro gasta cerca de 14 mil reais, além de ser necessário em média mil reais mensais para a manutenção da pessoa no cárcere.” (DAMÁSIO, Celuy Roberta H. *Reinserção*. In: Revista espaço Acadêmico nº 53, out. de 2005). O controle monitorado de presos, já aceito socialmente em alguns países, pode substituir eficientemente a prisão. A pulseira ou chip, dizem os seus defensores, não afetaria a integridade física do preso e permitiria o seu convívio social. É considerado um avanço tecnológico de controle penal. Seria um controle estabelecido, através de satélite, sem limites, presente no corpo do indivíduo onde quer que ele fosse. Dessa forma, conclamamos os ilustres pares à aprovação deste projeto, que, se aprovado, permitirá a redução de custos financeiros para com os estabelecimentos penitenciários, a diminuição da lotação das prisões e a maior celeridade na ressocialização do apenado (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 30 DE MARÇO DE 2007, p. 7775-7777).

O limite territorial do cárcere como um inconveniente é a primeira defesa do Senador para implantar o rastreamento eletrônico. Depois menciona experiência de outros países e refere quais são os argumentos favoráveis para tanto; melhoria de reinserção (evitando ruptura de laços familiares e possível perda de emprego), luta contra a superpopulação carcerária e; economia de recursos (a dita “pulseira eletrônica” custaria 22 euros por dia, e um dia detenção custaria 63 euros).

Parece que a partir deste trecho o Senador começa a demonstrar porque não adotar o dito rastreamento. Retornando com a ideia de superação dos limites das penitenciárias (aqui se referindo aos limites físicos) e revelando um projeto de universalização. O Senador vê o sistema penitenciário como está hoje como uma barreira que impede a expansão do controle penal. A ideia de um controle sem limites presente no corpo do indivíduo parece muito boa ao autor para ser dispensada. Todavia, ao contrário da economia em euros afirmada em um primeiro momento refere o custo de implantar o sistema de rastreamento seria alto e que no decorrer da implantação seria menor.

Jesus Filho (2012) aponta para a convergência de alguns fatores que levaram a opção pelo rastreamento; a) pela crise do ideal reabilitador e emergência de novas formas controle do crime ao longo dos últimos trinta anos; b) crise do Estado-Nação motivada pela aposta neoliberal caracterizada pela perda da legitimidade do uso da força física com a abertura da esfera do controle do crime para o ingresso da iniciativa privada e o incremento de uma nova motivação para a intervenção na liberdade individual: a busca pelo lucro; c) perspectiva de gestão de riscos enquanto “novo” elemento da política de controle do crime; d) os avanços tecnológicos, especialmente aqueles relacionados à comunicação, e o aperfeiçoamento desta no campo do controle a distância e; e) expansão do Direito Penal, caracterizada pela flexibilização de seus princípios, operando pelo ingresso da lógica administrativista no controle do crime e pelo alargamento da teia punitiva.

Sobre os fatores trazidos pelo autor, no Brasil o ideal reabilitador está em crise desde sua implementação. Não houve uma clara e compreensiva reformulação das instituições com vistas a buscar a reabilitação ou ressocialização do indivíduo, houve uma mudança de discurso que nunca deixou de estar sobre a fundação da Defesa Social. Sobre o caráter econômico, ele sempre permeou de certo modo as produções legislativas penitenciárias, porém nesse diploma há uma ampliação neste sentido. Outra questão é a que envolve a instrumentalização dos avanços tecnológicos e uma política de controle do crime baseada na gestão do risco. A ideia de governo dos riscos e periculosidades também não é novidade,

porém administração pública gerencia estes perigos via encarceramento, depósito de perigosos. A introdução da possibilidade da Cidade Prisional tem méritos, se é que se pode falar nestes termos, no avanço tecnológico dos instrumentos de controle penal (PEDROSO, 1997). Pois, da leitura da justificção pode ser perceber que o autor do projeto vê o rastreamento eletrônico como substitutivo ilimitado da prisão. Ilimitado no número de pessoas sob o controle deste instrumento, se o cárcere tem um limite, a partir deste instrumento não o tem mais. Interessante é notar que no seu projeto o rastreamento tem situações específicas (regime aberto e saída temporária).

Sobre o processo legislativo do projeto, dado o parecer opinando pelo prosseguimento pela da matéria, com emendas, pelo relator Senador Demóstenes Torres perante Comissão de Constituição e Justiça do Senado. As emendas do Senador buscam confluir o projeto do Senador Magno Malta com o projeto do Senador Aloizio Mercadante (o qual buscava deixar a cargo do juiz da execução avaliar a necessidade e a oportunidade do uso do rastreamento eletrônico). O Senador então incluiu a previsão do projeto do Senador Aloizio Mercadante e o projeto foi enviado à Câmara (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 25 DE MAIO DE 2007, p. 16463-16472; 05 DE JUNHO DE 2007, p. 18297).

Na Câmara o projeto foi apensado a outros demais de matéria semelhante, e quando chegou à Comissão de Constituição e Justiça foi ampliado consideravelmente pelo relator Deputado Flávio Dino, o substitutivo do Deputado refere que em razão dos grandes proveitos que o monitoramento eletrônico de condenados pode trazer à execução penal, e defende a sua ampla utilização. O substitutivo apresentado pugna pela possibilidade de emprego do dispositivo nas diversas hipóteses em que um condenado cumpra pena em liberdade, ou tenha que atender a restrições de horários, se opondo somente à possibilidade de converter a prisão preventiva em liberdade vigiada. Em plenário, o relator Deputado Flavio Dino manifestou aos seus pares que “este projeto é daqueles que têm a aptidão de unir a Casa”. De fato, a maioria dos deputados estava de acordo com o projeto e com a redação dada pelo relator e abriram mão da fala (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 15. DE MAIO DE 2008, p. 20835-43).

A única que se posicionou contra o projeto foi a Deputada Luciana Genro que em sua intervenção referiu:

Sr. Presidente, colegas, vou destoar dos Deputados que já se manifestaram e do aparente consenso neste Plenário porque nós entendemos que essa política de monitoramento eletrônico de presos em regime semi-aberto não resolve o problema da reincidência, não impede esse condenado de cometer

novos crimes e também não vai reduzir a população carcerária. Nós entendemos, em primeiro lugar, que a melhor maneira de impedir que um egresso do sistema penitenciário cometa novo delito, seja no regime semiaberto ou já em liberdade, é oferecer-lhe condições de ser reintegrado à sociedade. Isso é parte de uma visão de segurança pública integrada com políticas sociais que pode e deve ser executada pelos municípios por meio de programas específicos destinados aos presos em regime semi-aberto, em liberdade condicional ou egressos do sistema penitenciário. (...) Então, nós entendemos que o monitoramento eletrônico causará um constrangimento evidente a essas pessoas, e não será acompanhado de nenhuma política que realmente garanta a esse cidadão a sua reinserção na sociedade. (...) (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 15. DE MAIO DE 2008, p. 20838).

A posição da Deputada se atem a possibilidade de reabilitação do egresso ou ainda apenado, porém como havia sido dito, nem sempre a política penitenciária brasileira busca estes objetivos, por vezes ela busca a anulação dos sujeitos penais e a agora mais claramente com essa norma busca apenas o gerenciamento dos riscos que estes sujeitos podem causar. É o que deixa claro a intervenção do Deputado Ubiali:

Sr. Presidente, quero fazer uma pequena observação. A Deputada Luciana Genro tem muita razão quando defende que este projeto de lei não vai resolver o problema da reincidência. Isso é verdade. Mas vai dar um pouco mais de segurança à população, ao saber que, pelo menos, aquela pessoa, se reincidir, é localizada. Nesse sentido, sou favorável, e defendo que seja votado favoravelmente (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 15. DE MAIO DE 2008. p. 20838).

Veja-se que não importa mais nem se o apenado reincide ou não, mas sim a segurança da punição. No final, a redação do Deputado Flavio Dino foi aprovada e, eventualmente, encaminhada para o senado novamente para revisão. No Senado, o projeto encaminhado à presidência⁴⁶. Dois anos depois o projeto é transformado em lei, porém com veto presidencial na ampliação da aplicação do monitoramento eletrônico cingindo-o aos casos de saída temporária no regime semiaberto e prisão domiciliar. Nestes casos somente, segundo o veto presidencial, é que se pode aplicar o monitoramento eletrônico e as razões do veto são elucidativas:

A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização,

⁴⁶ Tramitação Senado. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80416>>. Acesso em 31/01/06.

proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar do reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 19 DE NOVEMBRO DE 2010. p. 45677-9).

Este veto passa algumas informações sobre o momento político: a) demonstra um descolamento do Executivo para com o Legislativo que em outras épocas era algo palpável; b) a lucidez do Executivo em demonstrar a contrariedade à sistemática de execução penal do Brasil c) o ímpeto potencializado do Legislativo de responder as urgências que tem como prioritárias, mesmo que o custo seja contradizer o próprio sistema normativo em que se encontra.

Interessante também é notar como a justificativa passava uma imagem de ampliação e irrestrita do rastreamento eletrônico e como a normatização, mesmo a original sem o veto, somente adicionava um instrumento de controle a teia do sistema penal.

O veto presidencial foi o protagonista e se mostrou como instrumento de pressão contra ímpeto do legislativo. Esse foi um momento de tensão crucial, pois o ímpeto do legislativo de empurrar os limites punitivos da execução penal já havia sido alcançado duas vezes, vide Lei dos Crimes Hediondos e Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (ALBUQUERQUE ET AL, 2006).

A fluência na mensagem legislativa não foi uma questão para o projeto (R1); formalmente, como o veto presidencial deixou claro, a norma no seu conteúdo pleno não se encaixaria no sistema legal brasileiro (R2); pragmaticamente a norma se adequaria aos destinatários, porém, como registrado no veto presidencial, uma das razões na qual se justificava a norma era a redução de custos e nessa parte, se aplicada no seu conteúdo inteiro, ela inflaria os instrumentos de controle e não reduziria os encarcerados, ou seja, não cumpriria com o discurso sobre o qual se fundou (R3); os fins sociais buscados pela norma prezam pela segurança acima de todos os outros valores, a segurança dos não criminosos contra os delinquentes (Defesa Social) (R4) desta forma, não poderia ser diferente, é na Defesa Social que a norma encontra sua justificação ética (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA 1989).

A próxima lei para análise é a Lei 12.313/10 que estabelece a competência da Defensoria Pública de garantir o acesso à Justiça, no âmbito da execução da pena e prestação de assistência judiciária integral e gratuita. O projeto que deu origem a lei foi denominado PL. 1090/07. De autoria do Deputado Edmilson Valentim, o projeto foi assim justificado:

A Constituição Federal prevê em seus artigos 3º, 5º, 6º, 7º, 170º e 193º, entre outros, o direito do cidadão a uma Justiça Social. No entanto, é necessário que o Estado brasileiro viabilize a aplicação desses anseios sociais englobados nos princípios constitucionais. Nesse sentido, um dos instrumentos mais importantes para se galgar à inclusão social é o pleno acesso à Justiça, direito fundamental, alçado à proteção das cláusulas pétreas pelo legislador constituinte. Alguns dos instrumentos previstos na Carta Magna são: - a impossibilidade de se excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão, ameaça ou controvérsia a direito; - a proteção dos princípios da ampla defesa e do contraditório nos processos judiciais e administrativos, assegurados aos litigantes em geral, e a impossibilidade de se constituir tribunal ou juízo de exceção; e- a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. A dificuldade do cidadão brasileiro em ter seu direito constitucional garantido se reflete nos dados: segundo informações censitárias, há cerca de 401.000 presos no Brasil. Desses, aproximadamente 80%, não possuem condições financeiras de se fazerem representar judicial e extrajudicialmente, desconhecem os seus direitos, e são, na prática, abandonados pelo Estado. Dessa maneira, urge erigir a Defensoria Pública à categoria de autêntico órgão da Execução Penal, responsável pela tutela dos excluídos, para que essa triste realidade seja alterada. Registra-se que a Defensoria Pública deixou de ser incluída no elenco de órgãos da Execução Penal porque, em 1984, ano de elaboração da Lei de Execução Penal, a nobre instituição ainda se mostrava incipiente, não ostentando a pujança e relevância de hoje, deflagrada pelo tratamento constitucional conferido pela Carta de 1988. Se elaborada atualmente, certamente a Lei de Execução Penal contemplaria a Defensoria Pública em seu artigo 61. O papel do Defensor Público é de suma importância diante do emaranhado burocrático que cerca a execução penal, fazendo a interface entre a Administração Pública Penitenciária e o Poder Judiciário, muitas vezes alijado do cotidiano das unidades prisionais. De outro lado, a presença constante dos defensores públicos dentro das unidades prisionais impõe-se como uma medida eficaz para a diminuição dos índices de violência, corrupção, tortura e desrespeito à lei. Permite ainda a viabilização de projetos ressocializadores e a garantia do atendimento jurídico integral e gratuito assegurado pela Constituição Federal de 1988. A atuação dos Defensores Públicos nas unidades prisionais é fundamental para a garantia do efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal, contribuindo diretamente para a redução do nível de violência urbana e riscos de rebeliões. A Defensoria Pública é igualmente vital para a concretização dos ditames constitucionais, pois permite que os hipossuficientes possam reivindicar as suas pretensões, por intermédio de Defensores Públicos que sejam realmente independentes e livres de quaisquer formas de intervenção ou interferência do Estado na sua atuação. O presente Projeto de Lei visa aperfeiçoar a Lei de Execução Penal, conferindo explicitamente à Defensoria Pública o papel de órgão provedor da garantia do princípio constitucional de acesso à Justiça, no âmbito da execução da pena. Desse modo, o Estado brasileiro contribuirá para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos presos, internados, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado. (DIÁRIO DA CAMARA DOS DEPUTADOS. 06 DE JUNHO DE 2007. p. 28267-70).

O presente projeto vem no caminho de outros que foram analisados até agora, eles buscam a regulamentação do conteúdo constitucional e mais do que isso uma espécie de

reforço normativo que possa implicar maior coercibilidade nos princípios que a Constituição consagra. No caso, a extensão da atuação da Defensoria Pública para o âmbito da execução com todas as prerrogativas que são necessárias para a condução da defesa dos apenados.

Na prática, nos Estados da Federação que possuem Defensoria Pública, a Defensoria já atuava nos processos de execução penal, de acordo com seus regimentos ou legislações organizativas. A Defensoria Pública da União, por exemplo, na Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que “Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências”, tem em seu art. 4º a previsão da atuação da Defensoria junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais.

A justificação do projeto é clara e concisa em demonstrar a necessidade de regularização da Defensoria Pública como ator legítimo na execução penal, inclusive trazendo dados do déficit financeiro da clientela do sistema penitenciário “há cerca de 401.000 presos no Brasil. Desses, aproximadamente 80%, não possuem condições financeiras de se fazerem representar judicial e extrajudicialmente”.

Apresentado em junho de 2007, o projeto obteve parecer perante a Comissão de Constituição e Justiça em novembro de 2008. No parecer, o relator Deputado George Hilton em um primeiro momento emendou a grafia do projeto e depois tendo em vista sugestões dos membros da comissão suprimiu sua emenda e opinou pelo prosseguimento do projeto (DIÁRIO DA CAMARA DOS DEPUTADOS. 20 DE NOVEMBRO DE 2008. p. 52769-71).

O projeto retorna do Senado com parecer favorável e com emendas para avaliação da Câmara em fevereiro de 2010 (DIÁRIO DA CAMARA DOS DEPUTADOS. 02 DE MARÇO DE 2010. p. 5188-90). Em parecer perante Comissão de Constituição e Justiça, o relator Deputado Mauro Benevides, opinou pelo prosseguimento do projeto com as emendas oferecidas pelo Senado, uma vez que as emendas suprimem questões que se apresentavam redundantes no projeto. A Comissão, por sua vez, em decisão unanime acatou o parecer do relator (DIÁRIO DA CAMARA DOS DEPUTADOS. 17 DE JUNHO DE 2010. p. 28865-7).

Por fim, a matéria foi convertida em lei em 19 de agosto de 2010. A regulamentação da Defensoria Pública como agente legítimo na execução foi uma matéria que teve uma tramitação sucinta, apesar das questões de redação, porém é interessante notar como as legislações de garantias e direitos aos apenados não possuem o mesmo grau de prioridade que outras.

De qualquer forma, é preciso destacar o êxito do autor do projeto no processo de elaboração da presente lei, pois conseguiu dar credibilidade suficiente para a discussão sobre Defensoria Pública para apenados, a justificacão do projeto teve um papel importante, o texto foi esclarecedor da situaçã dos apenados.

Na fluência da mensagem os pontos que estavam redundantes poderiam prejudicar a inteligência da lei, porém foram suprimidos via emendas, sem maiores prejuízos (R1); O projeto em questão busca se alinhar com os preceitos de igualdade e justiça que estão consagrados na Constituiçã (R2), desta forma está axiologicamente (R5) e teleologicamente (R4) conectado ao diploma constitucional; pragmaticamente o discurso se adequa aos receptores e tem potencial para garantir direitos aos apenados, pois, como referimos a atuaçã da Defensoria Pública na execuçã já era algo conhecido (R3) (ATIENZA, 1989).

Na sequênciã, a Lei 12.433/11 é o diploma de análise. O escopo da Lei 12.433/11 é simples, ela busca instituir a hipótese de remiçã da pena pelo estudo. O projeto que deu origem a lei foi denominado PLS 265/06 (PL 7824/10 na Câmara) e é de autoria do Senador Cristovam Buarque e foi justificado nestes termos:

A presente proposiçã pretende instituir a possibilidade de remiçã da pena pelo estudo. Com efeito, estabelece a Lei de Execuçã Penal ser dever do Estado a prestaçã de assistênciã educacional aos presos, com o objetivo de prevenir o crime e orientar o retorno à sociedade (arts. 10 e 11 da LEP). Já prevê igualmente a legislaçã a possibilidade de diminuìçã da pena pelo trabalho, sendo certo também que muitos juízes das Varas de Execuçã Criminal pelo País já admitem, por analogia, a possibilidade de remiçã da pena pelo estudo. É oportuna, portanto, a alteraçã legislativa ora proposta, no intuito de estabilizar e cristalizar a aplicaçã do instituto. No que concerne ao inciso II, do § 1º, entendemos por bem fixar que se convertam dois dias da pena privativa de liberdade por cinco dias de estudo. Veja-se que a conversã dos dias de trabalho tem outra relaçã: de apenas um dia de pena, por três de trabalho. Essa condiçã diferenciada, porém, ao contrário de beneficiar graciosamente o preso, será capaz de estimular ainda mais a sua recuperaçã, já que a opçã preferencial pelo estudo, em nosso entender, resultará na possibilidade de o preso vir a desenvolver trabalhos mais qualificados posteriormente, seja ainda na prisã ou já como egresso em nosso competitivo mercado de trabalho. Em suma, a presente proposiçã se coaduna com a ideia de uma revoluçã pela educaçã, fortalecendo os incentivos para que a populaçã carcerária busque a instruçã formal e contribui, assim, para o aperfeiçoamento da legislaçã penal. (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 03 DE OUTUBRO DE 2006. p. 29968-9).

Mais um projeto do Senador Cristovam Buarque sobre a educaçã dos apenados. Neste caso buscando a valorizaçã do estudo na contagem para remiçã. A remiçã é o instituto que computa tempo trabalhado do apenado com vistas a reduzir o tempo de

condenação. O projeto proposto pelo autor é um passo a frente na construção de uma execução penal cidadã, não está apenas regulando ou reforçando alguma previsão constitucional, busca construir um novo caminho para a população carcerária. A normatização original do Senador busca aplicar uma proporção de 1 dia de pena por 3 de trabalho e 2 dias de pena por 5 de estudo.

O projeto do Senador Cristovam Buarque ficou tramitando dois anos no Senado antes de ser enviado à Câmara. Nestes dois anos de tramitação o projeto foi apensado a dois mais que possuíam matéria semelhante. Em parecer perante a Comissão de Constituição e Justiça, o relator Senador Roberto Cavalcanti opinou por um substitutivo que englobasse as contribuições dos demais projetos. Dentre as contribuições dos demais projetos se encontram a contagem do tempo remido com tempo cumprido de pena para todos os efeitos e a limitação na perda dos dias remidos no caso de falta grave, no máximo um terço. A proporção no estudo foi alterada para 1 dia de pena por 12 horas de estudo com frequência dividida no máximo em 3 dias (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 10 DE SETEMBRO DE 2010. p. 45204-54).

Acatado o parecer do Senador Roberto Cavalcanti pelo substitutivo, o projeto foi encaminhado para a câmara (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 21 DE SETEMBRO DE 2006. p. 45741).

No plenário da câmara, alguns Deputados foram veementes contra a matéria, a exemplo e representativo destas posições foi a intervenção do Deputado Delegado Waldir:

Enquanto temos milhões de brasileiros fora da escola, vamos permitir que se faça a remição da pena de malandro? Quero que amanhã V.Exas. falem para os seus eleitores: “Olhem, eu vou dar remição para pena de malandro, de criminoso”. (...)V.Exas. acham que ele quer estudar? E agora esta Casa quer dar uma professorinha bonita, quer dar videoconferência para malandro (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 24 DE MARÇO DE 2011. p. 13573).

De qualquer forma, a maioria dos presentes reconhecia a necessidade e importância da matéria. Entretanto, foi necessária a proposta de uma subemenda global de plenário para incluir, dentre outras questões, a impossibilidade do condenado por crime hediondo a remir sua pena. Acatada a subemenda, o projeto foi aprovado e enviado ao Senado para revisão (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 24 DE MARÇO DE 2011. p. 13576-8).

De volta ao Senado a matéria foi para parecer na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Em parecer o relator Senador Antônio Carlos Valadares rejeitou a maioria das alterações feitas pela Câmara, inclusive a impossibilidade do condenado por crime hediondo

de remir a pena, sob o argumento de que a vedação proposta pela Câmara constituiria uma limitação desproporcional a outros princípios constitucionais, como o da individualização da pena, e o da universalidade do direito à educação como meio para o exercício da cidadania e para qualificação para o trabalho. Foi acatado pela Comissão o parecer do Senador e o projeto foi encaminhado à sanção (DIARIO DO SENADO FEDERAL. 08 DE JUNHO DE 2011. p. 22653-62).

É interessante notar como o assunto da educação dentro das penitenciárias conseguiu demonstrar que trata de uma disfunção real e preocupante e que merece a atenção das duas Casas Legislativas. (RIPOLLÉS, 2005). Novamente, o ímpeto de recrudescimento para com os apenados da câmara tem que ser contido, a emenda que impediria os condenados por crimes hediondos a remir sua pena seria inconstitucional. Provavelmente daria trabalho para o Supremo Tribunal Federal como o caso da Lei dos Crimes Hediondos, no qual a Corte reconheceu a inconstitucionalidade parcial da legislação.

Não houve questões sobre a clareza da mensagem legislativa (R1); por pouco que a inclusão do projeto no sistema legal não é prejudicada. A revisão do Senado se mostrou efetiva para garantir a sistematicidade da norma (R2); a adequação da norma a conduta dos receptores ficou garantida normativamente também (R3); os fins sociais perseguidos estão alinhados aqueles expostos programaticamente na constituição (R4) e sendo assim a Justiça Social se mostra como axioma de justificação (R5).

Passa-se a Lei 12.654/12, o projeto que deu origem a presente lei é de origem do Senado, PLS 93/11 (PL 2458/2011 na Câmara), de autoria do Senador Ciro Nogueira, o projeto busca dispor sobre a identificação genética para os condenados por crimes praticados com violência contra pessoa ou considerados hediondos e nestes termos foi justificado pelo Senador:

O presente projeto de lei vem para reforçar um processo já em andamento no Brasil. Nosso País deverá contar, em breve, e já tardiamente, com um banco de perfis de DNA nacional para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência. O sistema, denominado CODIS (Combined DNA Index System) é o mesmo usado pelo FBI, a polícia federal dos Estados Unidos, e por mais 30 países. O processo para a implantação do CODIS começou em 2004. O banco de evidências será abastecido pelas perícias oficiais dos Estados com dados retirados de vestígios genéticos deixados em situação de crime, como sangue, sêmen, unhas, fios de cabelo ou pele. O CODIS prevê ainda um banco de identificação genética de criminosos, que conteria o material de condenados. Todavia, a sua implantação depende de lei. É do que trata o presente projeto. De fato, uma coisa é o banco de dados operar apenas com vestígios; outra é poder contar também com o material genético de condenados, o que otimizará em grande escala o trabalho

investigativo. A determinação de identidade genética pelo DNA constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular humana. Ela é hoje uma ferramenta indispensável para a investigação criminal. Evidências biológicas (manchas de sangue, sêmen, cabelos etc.) são frequentemente encontradas em cenas de crimes, principalmente aqueles cometidos com violência. O DNA pode ser extraído dessas evidências e estudado por técnicas moleculares no laboratório, permitindo a identificação do indivíduo de quem tais evidências se originaram. Obviamente que o DNA não pode por si só provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime. Atualmente os resultados da determinação de identificação genética pelo DNA já são rotineiramente aceitos em processos judiciais em todo o mundo. O DNA pode ser encontrado em todos os fluidos e tecidos biológicos humanos e permite construir um perfil genético individual. Além disso, características moldadas ao longo da história evolutiva dos seres vivos adaptaram o DNA para ser uma molécula informacional com baixíssima reatividade química e grande resistência à degradação. Essa robustez da molécula faz com que o DNA seja ideal como fonte de identificação resistente à passagem do tempo e às agressões ambientais frequentemente encontradas em cenas de crimes. A determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para muitos fins hoje em dia: demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica. Julgamos tratar-se de medida necessária e urgente, para a qual peço o apoio dos meus ilustres Pares. (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 18 DE MARÇO DE 2011. p. 7194-5).

O projeto busca, para além do dito banco de evidências que já existe desde 2004, regulamentar um banco de identificação de criminosos, que, é claro, conteria o material genético de condenados. Para o autor, não basta os vestígios, o material genético dos condenados facilitaria o trabalho investigativo. No fim da justificativa o autor afirma que vários são os escopos do banco de dados. Todavia, pensando como autor do projeto, se eu quero facilitar a investigação policial aonde vou buscar material genético? Na prisão é claro. É lá que estão os criminosos natos, não é? Lombrosianismos a parte, torna-se interessante observar que o direito constitucionalmente assegurado à inviolabilidade do corpo e o direito do condenado de não produzir provas contra si próprio, foram simplesmente desconsiderados pelo subscritor do projeto de lei (SANTOS; RAMOS, 2015).

O autor do projeto justificou a pertinência da sua proposição, apenas, sob uma dimensão utilitária, relevando aspectos éticos importantes, tal como a necessidade de se preservar o direito de autodeterminação pessoal do condenado, cuja única dimensão de liberdade suspensa, em face da sentença condenatória, está cingida na sua impossibilidade de locomover-se para além dos limites da instituição carcerária (SANTOS; RAMOS, 2015).

Destaca-se que a Lei dos Crimes Hediondos figura como referencial do projeto de lei em questão. A Lei dos Crimes Hediondos, pelo que pôde ser extraído até agora de todas as leis que se reportam a ela, tem o potencial de legitimar e institucionalizar, sob o ponto de vista legal, a prática dos atos de Defesa Social.

Em tramitação no Senado o projeto obteve parecer com substitutivo de autoria do Senador Demóstenes Torres, perante a Comissão de Constituição e Justiça do Senado. O substitutivo apenas determinava sobre quais leis que as alterações propostas pelo Senador Ciro Nogueira recairiam (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 22 DE SETEMBRO DE 2011. p. 38526-34).

Aprovado o parecer do Senador pela Comissão, a matéria foi encaminhada para a Câmara dos Deputados (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 01 DE OUTUBRO DE 2011. p. 39749).

Em plenário, foi apresentada emenda substitutiva global por parte do Deputado Décio Lima buscando a supressão do artigo que obrigava os condenados por crimes hediondos à identificação de perfil genético. Todavia, a emenda foi rejeitada. Desta forma, o projeto foi remetido para sanção (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 03 DE MAIO DE 2012 p. 14916).

Frisa-se que o projeto teve sucesso em conferir credibilidade aos seus argumentos. No que se refere à disfunção social, ela é posta no projeto como algo que pode de fato fazer a diferença e ser um instrumento vital para elucidar delitos, quando não é exatamente o que se propõe. No mesmo sentido, o projeto tenta demonstrar que este banco é inevitável e que como outros países usam é imperativo que o Brasil faça uso. A ideia é criar a aparência de algo imperativo, quando de fato não é. O projeto foi bem-sucedido também em mostrar uma disfunção social que não existe. Outro ponto de destaque é o grau de prioridade que o projeto conseguiu obter. É de se notar que as normas de recrudescimento das garantias penitenciárias possuem um grau de prioridade maior que as buscar normatizar e garantir novos direitos aos apenados (RIPOLLÉS, 2005).

Na comunicação da mensagem o projeto original só conseguiu ser bem sucedido após o substitutivo do Senador Demóstenes Torres (R1); o projeto afronta princípios constitucionais e regras processuais penais, não se mostra harmonioso dentro do sistema legal (R2); a norma se adequa a conduta dos agentes, é pragmaticamente aplicável (R3); os fins sociais buscados pela norma estão diretamente conectados com a necessidade de defesa da sociedade contra aqueles que a põe em risco, com quaisquer que sejam os instrumentos (R4),

logo a justificação ética acaba alinhada a lógica atrativa da Defesa Social (R5) (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA 1989).

A próxima legislação é a recente Lei 13.163/15, o projeto que deu origem a lei em questão foi o PL 25/99 de autoria do Deputado Paulo Rocha. O PL.25/99 busca instituir o ensino médio nas penitenciárias e foi assim justificado:

A educação é reconhecidamente o meio por excelência de formação para cidadania e de capacitação, pela via do acesso ao saber, para a vida socialmente produtiva e realizadora da pessoa humana. Por isso mesmo, é fundamental a garantia de oportunidade educacional para aqueles que a sociedade, por razões de justiça, reiterou temporariamente de seu meio a fim de que, reclusos, viessem a ter condições futuras de a ela retomar, passando a pautar seu comportamento pelas normas e valores da adequada convivência social. É, pois, indispensável que, durante o período de reclusão em cárcere, seja oferecida aos presos formação que lhes assegure habilitação para o exercício profissional, possibilitando a sua re-inserção no meio social como cidadãos capazes de prover seu sustento e o de suas famílias. A legislação atual já prevê a oferta de educação formal e profissionalizante. Ela o faz, porém, de modo genérico e não menciona a hipótese de ser estendida até o ensino médio, geral ou profissionalizante. Ora, nos tempos atuais, o requisito de formação neste nível passa a ser cada vez mais exigido pelos empregadores. Tal preocupação já foi demonstrada pelo Deputado Chico Vigilante na última legislatura ao apresentar projeto de semelhante teor. Estas são as razões que inspiram o presente projeto de lei. Garantir aos presos o acesso à formação em nível secundário, o que significa aumentar em muito suas possibilidades de ingresso no mercado de trabalho. Evita-se deste modo o retorno à marginalidade, pela valorização e promoção de ser humano que volta ao convívio social. Assim, o sistema penitenciário estará de fato atingindo os objetivos humanos e sociais que dão sentido à sua existência. Estou convencido que o mérito desta iniciativa há de assegurar o apoio dos ilustres Pares para sua aprovação. (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 19 DE MARÇO DE 2015. p. 10479-80).

O projeto precede as legislações do Senador Cristovam Buarque, porém não ficou prejudicado por eles. Isto porque a exigência do projeto difere dos demais, o presente procura garantir o oferecimento do ensino aos apenados, enquanto as legislações do Senador buscavam garantir a possibilidade de estudo via salas de aula e a remição pelo estudo.

Sem dúvida, o esforço legislativo para que seja incentivado o estudo dentro dos estabelecimentos penais é digno de nota. O convencimento do Congresso de que melhores oportunidades de vida podem surgir aos apenados com o estudo, de fato, se alinha ao programa ressocializador consagrado na Lei de Execução Penal.

O projeto foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça e perante a Comissão foi apresentado parecer com substitutivo à matéria pelo relator Deputado Ney Lopes em outubro de 2001. No substitutivo foram adicionadas ao projeto original as previsões

de que o ensino na penitenciária seria mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária e de que o censo penitenciário deverá apurar o nível de escolaridade dos presos e das presas, a existência de cursos nos níveis fundamental e médio e o número de presos e presas atendidos, a implementação de cursos profissionais em nível de iniciação ou aperfeiçoamento técnico e o número de presos e presas atendidos, a existência de bibliotecas e as condições de seu acervo, e, caso sejam relevantes, outros dados para o aprimoramento educacional de presos e presas. O parecer do relator foi aprovado pela Comissão em junho de 2002 (DIÁRIO DA CAMARA DOS DEPUTADOS. 08 DE AGOSTO DE 2002. p. 37167-70).

Após a aprovação a matéria foi enviada ao Senado em novembro de 2002. Em março de 2007, o Deputado Paulo Rocha pede o desarquivamento do projeto. A resposta vem abril de 2007 referindo que o projeto não estava arquivado e sim no Senado. (DIÁRIO DA CAMARA DOS DEPUTADOS. 28 DE ABRIL DE 2007. p. 19794).

Em agosto de 2009 o projeto retorna do Senado com substitutivo que, em suma, suprime os mandamentos ao censo penitenciário (DIÁRIO DA CAMARA DOS DEPUTADOS. 27 DE AGOSTO DE 2009. p. 45134-5).

Após seis anos de tramitação na Câmara passando por diversas comissões, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados decide por arquivar em razão de inadequação financeira e orçamentária o substitutivo do Senado Federal ao PL 25/99. O substitutivo ao suprimir os pontos mandamentais ao censo penitenciário foi considerado inadequado financeiramente, pois prevê o aumento da despesa da união e não procura estimar o impacto orçamentário-financeiro da medida, em desacordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (2015)⁴⁷ e com a Lei de Responsabilidade Fiscal⁴⁸. Na sequência, foi encaminhada para sanção a matéria aprovada na Câmara em 2002 (DIÁRIO DA CAMARA DOS DEPUTADOS. 15 DE AGOSTO DE 2015. p. 74).

O projeto foi transformado na Lei 13.163/15, todavia a presidência vetou parcialmente a matéria no seu artigo que referia “será obrigatória a oferta aos presos de ensino profissional

⁴⁷ Brasil. Lei nº 13.080, de 20 de janeiro de 2015. Art. 108. As proposições legislativas e respectivas emendas, conforme art. 59 da Constituição Federal, que, direta ou indiretamente, importem ou autorizem diminuição de receita ou aumento de despesa da União, deverão estar acompanhadas de estimativas desses efeitos no exercício em que entrarem em vigor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13080.htm>. Acesso em 31/01/06.

⁴⁸ Brasil. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I – estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 31/01/06.

em nível de iniciação e aperfeiçoamento técnico”. As razões do veto presidencial foram estas⁴⁹:

O dispositivo criaria uma nova diretriz para ação compulsória do Estado no segmento educacional, em desarmonia com as obrigações previstas na Constituição, bem como na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Além disso, o texto em vigor da Lei de Execução Penal já garante a obrigatoriedade do ensino fundamental, bem como a possibilidade do oferecimento do ensino profissional, a ser ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Em suma, o trecho vetado não prejudica a normatização do projeto e se mostraria de certa forma redundante sistematicamente. Nota-se neste processo legislativo em específico um maior nível de independência das esferas de poder, porém este fenômeno pode causar situações como esta em que a reforma do projeto oriunda do Senado não pode ser aproveitada, e a redação da Câmara teve de ser vetada para não ocorrer em redundâncias. A aproximação extrema dos poderes pode ocorrer em arbítrios, porém o distanciamento excessivo pode causar desídia.

Novamente a educação dentro das penitenciárias foi a protagonista do processo legislativo, porém não conseguiu obter tanta atenção das casas para a matéria, alguns erros denotaram desídia das Casas Legislativas, porém teve a credibilidade peculiar a matéria e se sustentou durante dezesseis anos de tramitação (RIPOLLÉS, 2005).

Destaca-se que não houve questões sobre a clareza e fluência da mensagem legislativa, porém somente com o veto presidencial foi sanada uma redundância que poderia atrapalhar a sistematicidade da norma (R1); sistematicamente a norma final foi inserida de forma harmoniosa no sistema legal, porém o processo legislativo foi bem conturbado (R2); a adequação da norma a conduta dos receptores foi garantida normativamente e o as possibilidades de estruturação do programa de ensino também (R3); os fins sociais, assim como as demais legislações na matéria, estão alinhados aos preceitos programáticos de Justiça Social consagrados na constituição (R4); inexoravelmente, a Justiça Social se mostra como o axioma de justificação da norma (R5).

O último diploma legislativo para análise é a também recente Lei 13.167/15 que busca estabelecer critérios para a separação de presos nos estabelecimentos penais. O projeto que deu origem a mencionada lei é de origem do Senado Federal e foi denominado PLS 162/07

⁴⁹ Mensagem de veto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-336.htm>. Acesso em 31/01/06.

(na Câmara PL 1216/07). De autoria do Senador Aloizio Mercadante, o PLS 162/07 assim foi justificado:

O problema da segurança pública não admite soluções simples. As medidas são complexas e precisam contemplar não só o aspecto repressivo como também as questões sociais envolvidas no problema.

O Senado Federal, empenhado no cumprimento de seu papel institucional, criou no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça a comissão especial de segurança pública. Essa comissão elaborou e discutiu diversas proposições sobre o tema no intuito de colaborar para a melhoria da segurança em nosso país. O projeto de criação de novas categorias para a divisão dos presos provisórios e condenados que ora apresento é mais uma parte desse esforço coletivo. A saúde do sistema prisional brasileiro está debilitada. Segundo os dados do último censo do Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça o país tem hoje cerca de 401 mil presos. Além disso, existem cerca de 550 mil mandados de prisão ainda não cumpridos pela polícia. Tal situação configura uma clara falência do sistema punitivo nacional.

Respeitando o disposto na lei de execuções penais desde 1984 o projeto mantém e enfatiza a divisão entre presos provisórios e presos com sentença transitada em julgado. O projeto cria novos critérios para a divisão dos detentos. Em primeiro lugar a proposição separa os presos provisórios em três categorias: (I) acusados por crimes hediondos; (II) acusados por crimes com grave ameaça ou violência à vítima, não considerados hediondos; e (III) acusados por crimes diversos dos apontados nos incisos I e II. Quanto aos presos condenados serão divididos em quatro categorias: (I) condenados por crimes hediondos, primários ou reincidentes; (II) reincidentes, condenados por crimes com grave ameaça ou violência à vítima ou por tráfico de entorpecentes; (III) primários, condenados por crimes com grave ameaça ou violência à vítima ou por tráfico de entorpecentes; e (IV) primários, condenados por crimes diversos daqueles previstos no item I, II, III. Com essa divisão busca-se uma melhor separação entre os presos, levando em conta os crimes cometidos, para que o Estado possa reassumir o controle das penitenciárias e garantir a reintegração social dos presos (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 29 DE MARÇO DE 2007. p. 7602-3).

O autor inicia caracterizando a necessidade encarar a questão da segurança com a devida complexidade e para tanto afirma que devem ser contemplados os aspectos repressivos e “questões sociais” envolvidas no problema. O autor confunde claramente complexidade com meio termo. Na busca pelo meio termo é que a normatização sobre a execução penal se tornou demasiado ambígua. Em outro trecho o autor condena a falência de sistema punitivo, colacionando, inclusive, o número de presos na época de apresentação do projeto, porém o projeto apresentado propõe apenas divisão dos encarcerados (como a prisão dos processados foi um dia projeto no início do século XX). A falência é inevitável, porém é preferível falir ordeiramente.

A questão da divisão dos encarcerados entre acusados e condenados, por estes ou aqueles crimes informalmente é feita nos estabelecimentos penitenciários, o problema é que o Estado “delegou” muito dessa divisão aos residentes dos estabelecimentos. Retirar este poder e “reassumir” o controle das penitenciárias pode ser algo que já não esteja mais ao alcance.

A tramitação do projeto no Senado foi marcada pelo parecer com substitutivo do relator Senador Demóstenes Torres perante a Comissão de Constituição e Justiça do Senado. No substitutivo o Senador altera a redação dos artigos e nessa alteração inclui o condenado por tráfico de drogas na mesma divisão que os ditos condenados por crimes hediondos. O projeto originário tinha expressamente retirado o condenado por tráfico desta divisão. Ainda, o Senador o senador incluiu a previsão de que o preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 18 DE MAIO DE 2007. p. 14984-94).

Acatado o substitutivo do Senador, a matéria foi enviada para a apreciação da Câmara em maio de 2007 (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. 29 DE MAIO DE 2007. p. 16685).

Na Câmara o projeto teve uma longa tramitação, porém sem reformas. O projeto teve dois pareceres perante a Comissão de Constituição e Justiça, o primeiro pelo Deputado Marcelo Itagiba⁵⁰ e o segundo pelo Deputado Esperidião Amin, os dois opinaram pelo prosseguimento da matéria sem emendas (DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. 07 DE AGOSTO DE 2015. p. 351-2).

Na sequência, o projeto foi enviado para sanção presidencial. Tendo sido assinado na data de 06 de outubro de 2015.

O processo legislativo do projeto teve um caráter peculiar, isto porque obteve sucesso na priorização no Senado, mas na Câmara o processo girou por várias comissões que se quer tocaram na redação do projeto, passou oito anos na Câmara, recebeu dois pareceres na Comissão de Constituição e Justiça que, como foi visto, não emendaram o projeto. Novamente Senado e Câmara parecem desconexos, neste processo foi o tempo dispendido, porém no anteriormente analisado quase que a norma é prejudicada. Em suma, a matéria discutida teve níveis de interesse dispares nas Casas Legislativas, fato que pode ser atribuído ao insucesso do autor do projeto no Senado (RIPOLLÉS, 2005).

A mensagem legislativa não teve questões levantadas (R1); a nova lei é inserida, de fato, harmoniosamente no sistema legal, como destaca a justificação do projeto (R2); pragmaticamente a norma tem grandes chances de não ser efetiva, a conduta dos destinatários

⁵⁰ Não foi publicado. Consta na tramitação da Câmara. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=353806>>. Acesso em: 31/01/06.

não se adequa as normas contida na norma, mesmo considerando que seja uma norma programática, é difícil considerar um horizonte de aplicação real desta norma (R3); os fins sociais perseguidos, apesar da tentativa de aparentar neutralidade na justificativa, em última instância estão alinhados a defesa de uns em detrimento de outros (R4); fins estes que se justificam eticamente em si mesmos (R5). (FIGUEIRIDO, 2003; ATIENZA 1989).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa buscou-se discutir o processo legislativo das legislações de execução penal e as ambiguidades peculiares no discurso destas legislações. Para tanto, buscamos primeiramente encontrar um suporte histórico da questão do cárcere no Brasil e Pedroso (1997) contribuiu demonstrando as utopias carcerárias historicamente presentes no discurso político em comparação com a realidade das prisões (2.1). O estudo da autora se propõe a analisar estas distorções nos desejos normativos que não se realizam. O descaso público, a subumanidade que foi relegada às prisões e o caráter de sub-cidadãos que os condenados detinham, porém, no discurso, buscava-se o modelo de enclausuramento perfeito. A busca por este enclausuramento perfeito é chamado de utopia pela autora.

O discurso político penitenciário brasileiro posto historicamente em perspectiva demonstra uma repetição de movimentos em torno dos mesmos objetivos. Pedroso (1997) destaca que Brasil Império as principais metas prisionais eram: a) modificar a índole dos detidos através da recuperação dos prisioneiros; b) reduzir o crime, a pobreza e a insanidade social; c) dirigir suas finalidades para a cura e prevenção do crime; d) reforçar a segurança e a glória do Estado.

Não é coincidência a repetição destes discursos nas legislações recentes, e mais autora refere que estas utopias carcerárias eram pensadas pelos juristas da época e entravam em colisão com os poderes presentes na realidade penitenciária, isso porque os órgãos públicos pouco se interessavam pela administração penitenciária (PEDROSO, 1997).

E quando a utopia se torna a reforma do modelo penal ou a modernização. Pedroso (1997) já tem a crítica da década de 30, os ideais reformadores estabeleciam a modernização como meta histórica, acobertando a prática da violência e do descaso pelo homem. O ideal reformador defrontou-se com as reais condições das prisões.

Difícil acreditar que os discursos se mantenham tão próximos como de fato se mantem e que em 2015 uma legislação ainda busque “reassumir o controle das penitenciárias e garantir a reintegração social dos presos”.

Todavia, para entender melhor a fonte desta disparidade entre discurso e prática na história carcerária brasileira fomos buscar em Prando (2012) que tipo de razão poderia legitimar essa realidade. Destaque-se que a análise da autora da década de 30 foi elucidativa e orientou a análise das legislações. Isto porque a autora refere que o discurso liberal penal e o positivista criminológico no Brasil nunca deixaram de estar próximos. Entre os séculos XVIII e XIX não há um pensamento liberal-reformista clássico consolidado no Brasil, que pudesse

se contrapor à produção de um pensamento vinculado aos pressupostos da Escola Positiva. Por essa razão, é difícil reconhecer qualquer tipo de adesão a uma Escola ou outra. Pelo contrário, é possível encontrar a disposição em produzir reformas legislativas e, para isso, fazer concessões a princípios teóricos rígidos em nome de um “ecletismo”. O discurso da “conciliação entre escolas” ocultava uma unidade em torno de um projeto político de um controle penal eficaz de defesa social (PRANDO, 2012).

Para poder perceber a possibilidade e/ou grau de influência destas premissas histórico-carcerárias partimos para o contexto social que levou a criação da Lei de Execução Penal (Ponto 2.2). Para tanto buscamos a inteligência de Zaluar que constrói o panorama da democratização. A autora refere que não houve uma quebra institucional no processo de abertura política, conseqüentemente as lógicas de trocas entre Executivo e Legislativo não mudaram, bem como não ocorreram reformas profundas no sistema de justiça (ZALUAR, 2007).

No mesmo sentido Adorno refere que até os primeiros anos da década de 80, as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado brasileiro caracterizavam-se pela centralidade das decisões na esfera federal, pelo caráter setorial, pela fragmentação institucional e pela exclusão da sociedade civil no processo de formulação das políticas públicas, de sua implementação e, muito mais do controle, controle da ação governamental (ADORNO, 1996).

Dado o panorama nacional de continuação institucional e alta permeabilidade em relação às sobredeterminações históricas, encontramos no espectro internacional algumas construções teóricas sociais que são relevantes ao tema da presente dissertação (Ponto 3).

Dando início ao ponto 3.1 temos a posição de Garland apontando para uma nova configuração do campo de controle do crime, no qual dois padrões de ação política emergem: o primeiro padrão está ligado a estratégias de adaptação, que enfatiza a prevenção e parceria (pública ou privada); o segundo padrão é chamado de estratégia de Estado soberano, que postula criminalizações e punições mais expressivas. Dois vetores contribuíram para que isso ocorresse: a busca de regulação de áreas não antes atingidas pelo direito e a precarização do debate penal na arena política.

Com este novo campo do controle, um esquema de ação política ambivalente ascende: por um lado, a preocupação em administrar o problema e desenvolver novas estratégias que sejam racionalmente adequadas; e, por outro, uma tendência recorrente a uma espécie de negação histórica e à reafirmação da soberania do Estado. Esta dualidade do pensamento e das práticas penais foi nomeada pelo autor de “criminologia do eu” e “criminologia do outro”, expressa uma disputa no cerne da política criminal contemporânea (GARLAND, 2008).

A “criminologia do eu” faz do criminoso um consumidor racional, como qualquer cidadão, e de outro a “criminologia do outro” idealiza o criminoso como um estrangeiro ameaçador, um excluído ou um rancoroso.

Buscamos também Young que possui dois conceitos próximos ao do autor: o estranhamento chamado de “conservador” que está baseado na demonização, projetando valores negativos ao “outro” e concedendo ao “eu”, automaticamente, valores positivos e o estranhamento “liberal”, pois se funda na crença de que o “outro” não possui os valores que o “eu” possui, sendo necessário que este seja conduzido para o caminho que o traga mais próximo destes valores ausentes (YOUNG, 2007).

O cenário da ambiguidade nas respostas penais se alinha no horizonte da política penal. Na sequência, no ponto 3.2, buscamos a contribuição de autores especificamente sobre a produção legislativa em meio a essas alterações no campo do controle do crime. Garland tem uma posição sobre o assunto, ele refere que grande parte das medidas penais recentemente adotadas pelos governos ocidentais busca por um meio de traduzir o sentimento público. Tais legislações procuram defender que o punir é para o próprio bem do apenado, insistindo nos objetivos punitivos, de modo que cada medida opera em dois registros diferentes, o primeiro é o registro punitivo que sustenta os símbolos de condenação e de sofrimento para entregar sua mensagem, e um registro instrumental mais adequado aos objetivos de proteção do público e gestão do risco (GARLAND, 1999).

Ainda neste ponto, Matthews dá a pista para as ambiguidades da política penal quando refere que a presença de mensagens mistas e de imperativos concorrentes que constantemente emanam de fontes oficiais é fator que não pode ser desconsiderado. Por isso, em determinado momento, pode-se falar mais em medidas alternativas e descarcerização e, em outro, de medidas mais severas para impedir a impunidade.

Em busca de alguns dos imperativos e mensagens que estão impingindo a produção da legislação carcerária, ainda no espectro internacional, buscamos a contribuição de Elena Larrauri.

Para Larrauri estaríamos diante de um processo de precarização da política penal que incorreria num populismo punitivo. Os imperativos que influem na produção legislativa num processo populista punitivo são para autora: a) a crise do ideal ressocializador; b) o regresso de penas degradantes; c) aumento de um clima punitivo entre a população; d) uma reformulação do papel da vítima; e) privilegio do estado sobre o réu; f) a politização e uso eleitoral das pautas referentes ao crime e o sistema penal; g) a ativação do discurso de incapacitação via cárcere daqueles que delinquem; h) delegação de tarefas de controle de

delito; i) privatização e comercialização das tarefas de controle de delito; j) o surgimento de um novo estilo de política penal, uma política empresarial e atuarial; k) um sentimento de constante crise que surge do excesso de reformas, de um pessimismo generalizado, do descrédito dos profissionais e da desconfiança geral da população sobre a possibilidade de contenção do crime. (LARRAURI, 2007).

Segundo Larrauri (2007), o populismo penal ou punitivo apresenta-se como o mais destacado projeto político-criminal da atualidade. A face moderna do discurso criminalizador que ilustra um movimento institucional extremamente hábil na formatação de leis penais.

Partindo do pressuposto de que é impossível amalgamar todas as expectativas e desejos da população na legislação, não é difícil conjecturar que dentro dos parâmetros do populismo punitivo seja a “opinião pública” usada como razão justamente nos pontos que mais servem aos interesses daqueles que possuem o poder de legislar.

Ao lado do populismo punitivo existem outras construções que elucidam estes imperativos que influem na construção das legislações. Dentre elas se encontra o Estado Regulativo, para falarmos desse ponto buscamos os autores Calvo Garcia e Delmas-Marty. O chamado Estado Regulativo busca pensar na criação e colocação em funcionamento do âmbito jurídico-burocrático de intervenção que assuma o desenvolvimento dos programas e aplicação das normas de proteção e promoção de valores e fins sociais que tenham a função de compelir uma regulação cada vez mais complexa e a mobilização de amplos meios econômicos, institucionais, técnicos e humanos necessários para a realização dos fins e objetivos regulativos.

A reestruturação de um campo do conhecimento prático social estabilizado culturalmente não se procede do dia para a noite. As pautas sociais são guiadas pela insegurança peculiar à modernidade tardia movendo a insatisfação social para o campo penal. Apesar de o fenômeno contemporâneo de inflação legislativa não ser próprio do direito penal, desenvolveu-se nele com singular amplitude (DELMAS-MARTY, 2004).

Desta forma, o sistema pode não estar preparado para os pleitos de normatização regulativa, mas mesmo assim eles aparecerão, inclusive, na esfera penal. Com certeza este é um fator que contribui para a presente análise.

Seguimos o caminho de contribuições buscando a racionalidade penal moderna. Pires (2004) traz este conceito que concebe a proteção da sociedade ou a afirmação das normas de modo hostil, abstrato, negativo e atomista. A hostilidade está no modo como é representado o delinquente. O transgressor é visto como um inimigo do coletivo. Deste modo, estabelece

uma equivalência necessária, entre o valor do bem ofendido e o grau de sofrimento que se deve infligir ao transgressor.

Dentro do paradigma da racionalidade penal moderna, as relações entre o direito penal e os direitos humanos se constroem de modo paradoxal e conflitante. A questão que põe o conflito para a racionalidade penal moderna é o fundo de justificação implícito a ela, que é a Defesa Social. Razão com potência de legitimar toda e qualquer ação estatal polarizante.

Estas foram as contribuições compiladas no ponto 3.2. No ponto seguinte buscamos construir as ferramentas que usamos para analisar conteúdo dos projetos, desde o conhecimento dos atos principais do processo legislativo até a avaliação do conteúdo normativo. Nos basta confluir estes resultados mais diretamente com as contribuições referidas. Partiremos das impressões sobre a dinâmica do processo legislativo, depois para o olhar analítico sobre o conteúdo normativo e por último a crítica discursiva será exposta.

- Dinâmica

Uma primeira impressão partindo do todo analisado se refere à questão do tempo do processo legislativo. O interesse das Casas Legislativas é flexível. Uma tendência que pode ser notada é que os projetos que buscam o recrudescimento das garantias penitenciárias tem no geral prioridade seja forma ou informal, isto porque tais normas, por vezes, possuem episódios sociais imediatos para responder (Lei dos Crimes Hediondos, Sequestro Abílio Diniz e Roberto Medina; Lei do RDD, Fernandinho Beira-Mar e o Assassinato dos Juízes de Execução), porém essa celeridade tende a comprovar a ideia da necessidade de um proveito eleitoral de tais medidas de restrição de garantias (LARRAURI, 2007).

Outra questão é a progressiva desconstrução da cooperação entre os poderes, a partir dos anos 2000, as relações entre Legislativo e Executivo se tornaram mais frágeis. O poder de agenda e de coalizão do Executivo foi diminuído consideravelmente, o aumento do uso do poder de veto é um indicativo desta situação. Nesse mesmo sentido, a relação entre Senado e Câmara também demonstrou debilidade recentemente.

Ainda, é devido o destaque as Comissões de Constituição e Justiça seja da Câmara ou do Senado, pois são de fato onde é decidida a maior parte das modificações da iniciativa legislativa original. A posição de protagonista no processo legislativo é da Comissão de Constituição e Justiça, as discussões em plenário são a exceção. O funcionamento discreto da Comissão permite uma ampla abertura para negociações e transações políticas sem temor a controles rígidos de outras instâncias (RIPOLLÉS, 2005). Porém, quando os debates

acontecem a verborragia de alguns dos congressistas se sobressai pela valoração negativa que o apenado recebe⁵¹.

Um último apontamento sobre a dinâmica do processo legislativo que deve ser feito está no aumento do interesse do legislativo para com a matéria penitenciária dos anos 90 para os anos 2000 o número de legislações quase dobrou. E na década atual que está na metade já estamos em sete legislações eminentemente penitenciárias.

- Analítica

Sobre a comunicação clara e fluente da mensagem normativa, por estar no nível mais básico das racionalidades, no geral não foi um problema para o processo legislativo. A maioria dos projetos quando revisados principalmente por outra Casa Legislativa teve sua redação verificada e por vezes alterada para não prejudicar as demais instâncias de racionalidade. Um projeto que foi para sanção sem a devida revisão ao texto foi o da Lei 13.163/15 durante o processo legislativo não houve questões sobre a clareza e fluência da mensagem legislativa, porém somente com o veto presidencial foi sanada uma redundância que poderia atrapalhar a sistematicidade da norma discursiva. O indicio de ausência de dialogo entre o próprio Congresso fica explicitado neste exemplo.

Pragmatismo e sistematicidade nas legislações analisadas nem sempre andaram juntos, e parecem ser potencialmente bastante independentes. O que confirma a posição de Figueirido (2003) e Atienza (1989), na qual o grau de inserção formal da lei no sistema jurídico não parece ter correlação com a elevação ou não do seu cumprimento. É claro que em se tratando de cumprimento das legislações penitenciárias raramente o sujeito tem a possibilidade de arbitrar suas ações, o que acontece de fato é um movimento legislativo de para criar/garantir direitos e outro que busca cingir os direitos e garantias dos apenados. Mesmo assim, dentro deste espectro de possibilidade, é possível encontrar disparidades entre as racionalidades. Principalmente de aversão a sistematicidade e apego ao pragmatismo, a Lei dos Crimes Hediondos foi a primeira a inaugurar este modo de legislar, pois sob a escusa de que a Constituição fornece a categoria “crimes hediondos” para regulamentação, desconsidera a da Lei de Execução Penal e contraria as garantias que nela são consagradas. Porém, de uma forma pragmática a Lei dos Crimes Hediondos discorre sobre uma urgência e tenta ser o mais efetiva possível na anulação desta. A Lei dos Crimes Hediondos só inaugura este

⁵¹ O conjunto de nomenclaturas e construções ao entorno do sujeito criminal demonstra a criação de um monstro anormal cujo sacrifício não é desconsiderado dentro da lógica de “deixar morrer” (FOUCAULT, 1999; 2001).

pragmatismo discursivo no recrudescimento das garantias dos apenados, outros diplomas seguem a lógica (Lei do RDD, Lei do Monitoramento Eletrônico e Lei do Banco de DNA de Condenados). Um exemplo que podemos destacar de lei que vai na contramão destas é a Lei 13.167/15 que busca a divisão dos encarcerados nos estabelecimentos penitenciários. De fato, é inserida harmoniosamente no sistema legal, porém tem grandes chances de não ser efetiva, a conduta dos destinatários não se adequa as normas contida na norma. A divisão dos encarcerados já existia no sistema legal somente em razão de processados e condenados e nunca foi exercida plenamente. Por isso, apesar de se encontrar sistematicamente em harmonia com o sistema, a norma, que é nova, tem chances de cair em desuso.

Bom, mas como que um mesmo sistema legal consegue abarcar normas que se opõe diametralmente? O segredo está na base, na base de justificação da LEP, e muito antes dela como foi visto (PEDROSO, 1997; PRANDO, 2012), está a Defesa Social. A Defesa Social como valor instrumental está expressamente exposta na justificação da Lei de Execução Penal. Um conceito que tem origens no Liberalismo Penal e perpassa o Positivismo Criminológico. Muito mais do que isso na verdade, a Defesa Social é o germe que propicia a ascensão do positivismo na seara penal (ZAFFARONI, 1993).

A maleabilidade do valor Defesa Social permite que ele se perpetue, pois ele está fundado num sentimento básico de oposição (ZAFFARONI, 2011). O valor da Defesa Social está nos fins e na fonte das legislações de recrudescimento penitenciário e como sua constituição é ambígua consegue convocar o dito consenso que prescinde o debate. De qualquer forma, a produção legislativa penitenciária não é resumida a extirpar direitos e garantias dos apenados. A Constituição, apesar de permeável aos valores da Defesa Social, elenca um rol de preceitos que buscam os valores de liberdade, igualdade, justiça social e etc. Tais valores são fins programáticos e justificação axiológica de muitas das leis analisadas, como pôde ser visto. É neste contexto analítico das normas penitenciárias que caracterizamos esta tendência ambígua na produção das leis.

- Discursiva

Assim como Campos⁵² e Souza⁵³ buscaremos sugerir um panorama especificamente adstrito às legislações penitenciárias analisadas. Antes de entrarmos nos caminhos que as

⁵² “Sugeri a coexistência destes dois movimentos mais gerais como modelos e concepções que coexistem (sem ser opostos) na fórmula oficial do Estado em propor políticas. Apresenta-se prioritariamente normas que visam a criminalização ou o agravamento das penas, mas também buscou-se efetivar direitos e garantias dos presos.

legislações têm tomado contemporaneamente, é necessário destacar o papel da influência histórica dos discursos e práticas produzidos sobre o cárcere no Brasil.

A ausência histórica de quebra institucional no poder promove um campo propício a mudanças discursivas e práticas que se perpetuam (ZALUAR, 2007; ADORNO, 1996; PEDROSO, 1997). Os discursos sobre o cárcere historicamente se mostram num carrossel de alternâncias entre discursos humanizantes e higienistas (PEDROSO, 1997; PRANDO, 2012). A análise que foi proposta procurava aliar olhar ao processo legislativo aos discursos ínsitos às normas. O que foi encontrado foi um emaranhado de normas ambíguas e contraditórias em um mesmo sistema e para entender a lógica deste modo brasileiro de se fazer política carcerária um ponto de partida deveria ser definido. E este ponto foi a Lei de Execução Penal. A norma oriunda do período de abertura política é sintoma do momento histórico que lhe é contemporâneo, é possível perceber que ela é impingida pelas sobredeterminações históricas do cárcere e que ela, não bastasse isso, as reproduz. Os discursos humanizantes estão presentes tendo como suporte a igualdade e a justiça, porém os discursos subjetivistas estão também e suportados expressamente pela Defesa Social; *“Fiel aos objetivos assinados ao dinamismo do procedimento executivo, o sistema atende não somente aos direitos do condenado, como também, e inseparavelmente, aos interesses da defesa social.”* (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DOSSIE PL. 1657. p 65).

A introdução desta abertura à herança histórica de discursos de higiene social no diploma legislativo que marca um passo para a democracia é algo que não pode ser tratado meramente como curiosidade histórica, pois se mostra como sintoma do período democrático que estava por vir.

É verdade que a Constituição não consagra a Defesa Social expressamente, porém o conteúdo legislativo constituinte foi permeável e deixou aberturas para atualização destes

Assim, diferentes princípios de justiça coexistem em nossa política criminal e impedem a demanda de universalização de uma cidadania igualitária, formulando normas de acordo com o status de cada um.” (CAMPOS, 2010).

⁵³ Que indica que a política criminal brasileira se desenvolveu direções distintas: a) uma delas está pautada na elaboração leis mais punitivas, que se caracterizam pelo incremento das penas para crimes já existentes, por restrições às garantias processuais dos acusados e ampliação dos poderes das agências de controle. A ideia destas medidas está no reforço da perspectiva da necessidade da pena como castigo e de punições mais severas, suprimindo-se diversos direitos e garantias individuais e intensificando-se o uso da prisão. Constituindo-se um instrumento penal de emergência ou de exceção, destinado às condutas identificadas como carecedoras do maior rigor possível dentro das possibilidades de resposta estatal, representadas na figura dos crimes hediondos e das organizações criminosas; b) outra está ligada a expansão do universo de ação do Direito Penal, caracterizada pela elaboração de normas penais que passaram a intervir em espaços da vida civil antes não regulados. Alguns exemplos dessa expansão são as tipificações de condutas relacionadas a questões econômicas e financeiras, relações de consumo, meio ambiente, discriminação racial e assédio sexual; c) e uma terceira, esta política criminal se deu por meio da busca pela garantia dos direitos individuais, da despenalização e por ampliarem as hipóteses de aplicação de alternativas penais à prisão (SOUZA, 2014)

discursos. Neste contexto em que sobredeterminações históricas permeiam continuamente a produção do discurso sobre o cárcere e novos elementos oriundos dos processos de globalização⁵⁴ são introduzidos no processo legislativo é que reside a análise desta pesquisa e a confluência destes resultados é o que demonstraremos agora.

Consolidada a posição da Lei de Execução Penal (conjuntamente com a Lei que institui a Reforma do Código Penal) como matriz didática e discursiva das legislações em matéria penitenciária, percebe-se que a partir dela são encontrados dois grandes grupos de legislações em execução penal, o primeiro possui a matriz predominante na Defesa Social, buscando a polarização entre a maioria não desviante contra a minoria desviante (Lei 8.072/90 que dispõe sobre os crimes hediondos; Lei 10.792/03 que institui o RDD e da outras providências, Lei 11.466/07 que prevê a falta disciplinar grave no caso de posse de telefone celular, Lei 12.258/10 que prevê o rastreamento eletrônico, Lei 12.654/12 que prevê a coleta compulsória de perfil genético, Lei 13.167/15 que busca estabelecer critérios para a separação de presos nos estabelecimentos penais). O predominante é frisado, pois existem casos que as ambiguidades chegam a integrar o conteúdo de uma das normas, um exemplo disso é a Lei do RDD que institui o regime prisional de exceção e, ao mesmo tempo, retira da progressão de regime a necessidade do exame criminológico.

O outro grande grupo de legislações está alinhado com os valores de igualdade e justiça social consagrados na Constituição Federal (Lei 9.046/95 busca que os estabelecimentos penais destinados a mulheres a mantenham berçário, Lei 9.460/97 que garante às pessoas com mais de sessenta anos o recolhimento em estabelecimento penal próprio e adequado à sua condição pessoal, Lei 10.713/03 dispõe sobre a emissão anual de atestado de pena a cumprir, Lei 11.942/09 assegura às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência, Lei 12.121/09 que determina que os estabelecimentos penais destinados às mulheres tenham por efetivo de segurança interna somente agentes do sexo feminino, Lei 12.245/10 autoriza a instalação de salas de aulas nos presídios, Lei 12.313/10 prevê a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribui competência à defensoria pública, Lei 12.433/11 dispõe sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho, Lei 13.163/15 que busca instituir o ensino médio nas penitenciárias).

⁵⁴ Neste contexto o espaço nacional se torna uma instância mediadora de escalas locais e globais e, sobretudo, este transpasse de escalas pode produzir tanto a interdependência dos espaços locais e globais como a disjunção entre eles. Estas transformações no espaço-tempo contemporâneo estão marcadas pelo sentimento de desconexão e de exclusão. “Em outras palavras, nunca tantos grupos estiveram tão ligados ao resto do mundo por via do isolamento, nunca tantos foram integrados por via do modo como são excluídos” (SANTOS, 2002).

No primeiro grupo de legislações podemos encontrar duas tendências legislativas, as duas têm em comum os conceitos de “criminologia do outro” que idealizam o criminoso como um ser ameaçador (GARLAND, 2008) e do estranhamento conservador que está baseado na demonização, projetando valores negativos aos encarcerados (YOUNG, 2007), bem como podem ser inscritas no geral projeto político de populismo punitivo (LARRAURI, 2007). Apenas duas das Leis dentro deste grande grupo não tiveram grande apelo da “opinião pública” em comparação com as outras (Leis 13.167/15 e Lei 11.466/07). As duas tendências que referimos estão na diferencial do objetivo da punição enquanto uma se alinha num discurso de retribuição e incapacitação via cárcere, a outra indica a emersão de uma política de gerenciamento de riscos, quase atuarial.

No segundo grande grupo de legislações caracterizamos que elas se alinham, diferentemente do grupo anterior, a uma “criminologia do eu” que faz do criminoso um consumidor racional, como qualquer cidadão (GARLAND, 2008). As produções legislativas de incentivo a educação, especialmente, se alinham ao estranhamento liberal, pois se mostram crenças de que os encarcerados não possuem os valores que os seus iguais possuem, sendo necessário que os encarcerados sejam conduzidos para buscarem estes valores ausentes (YOUNG, 2007). No geral, as legislações deste grupo estão buscando uma intervenção legislativa que assuma o desenvolvimento dos programas de proteção e promoção de valores e fins sociais que tenham a função de compelir uma regulação cada vez mais complexa. A expressiva vontade de normatização da educação para os apenados e da questão de gênero demonstra essa ambição pela regulação (CALVO GARCIA, 1998; 2012).

Em suma, dado o contexto social complexo de ambíguas sobredeterminações históricas e contemporâneas (MATTHEWS, 2013), as tendências para produção legislativa carcerária brasileira se dividem em recrudescimento penal (seja pelo incremento do cárcere ou pelo gerenciamento de riscos) e intervenção legislativa para a proteção e promoção de valores e fins sociais.

A análise que foi proposta nesta dissertação está adstrita ao processo legislativo e aos discursos das leis sobre execução penal e neste intento foi possível notar o quanto o cárcere no Brasil se perfectibiliza na condensação de uma ampla rede de relações sociais e significações culturais. (CHIES, 2013). As ambiguidades e contradições coexistem, os entendimentos sobre o cárcere são diversos, porém é necessário destacar o vínculo histórico que o cárcere mantém com a sociedade brasileira; os discursos sobre a prisão mudaram, porém, as práticas têm uma continuidade. Não é à toa que se clama no Congresso um sistema penitenciário falido. O discurso da Defesa Social se mostra como um instrumento de

manutenção deste vínculo, porém a erradicação do discurso tem que ser efetiva nas práticas e para isso é necessário um redimensionamento da gestão política das punições.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea.** Tese (Livre-docência em Ciências Humanas). Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

ALBUQUERQUE, Ana Cristina Braga; RIBEIRO, Juscelino Luiz; CHAVEZ, Wallace Oliveira. **O Poder de Agenda do Poder Executivo no Processo Legislativo: uma abordagem à luz do devido processo legislativo.** Monografia (Especialização em Poder Legislativo). Escola do Legislativo, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/handle/11037/6892>>. Acesso em 20/11/2015.

ALVAREZ, Marcos César. SALLA, Fernando. DIAS, Camila Nunes. **Das Comissões de Solidariedade ao Primeiro Comando da Capital em São Paulo.** *In:* Tempo Social. Revista de Sociologia da USP, v. 25, n. 1, 2013.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê. **A contribuição de David Garland: a sociologia da punição.** Tempo soc. [online]. v.18, n.1, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. **Contribución para una teoría de la legislación.** Doxa. n. 06, 1989, ISSN 0214-8876.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina.** v.18, n.1, São Paulo: Perspec, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal.** 1^ª ed. imp. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara Dos Deputados.** Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>> Acesso em 31/01/06.

_____. Câmara dos Deputados. **Dossiê PL. 1656.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>> Acesso em 15/01/2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Dossiê PL. 1657.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>> Acesso em 15/01/2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Glossário.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/glossario/e.html>>. Acesso em 22/10/2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 31/01/06.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 31/01/06.

_____. **Lei Complementar nº 101**, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 31/01/06.

_____. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 31/01/06.

_____. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em 31/01/06.

Brasil. **Lei nº 13.080**, de 20 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13080.htm>. Acesso em 31/01/06.

_____. Senado Federal. **Diário do Senado Federal**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/PublicacoesOficiais>>. Acesso em 31/01/06.

CALVO GARCÍA, Manuel. **Paradojas regulativas**: las contradicciones del derecho en el estado intervencionista. In: JOSÉ AÑÓN, Maria; BEGALLI, Roberto; CALVO, Manuel e CASANOVAS, Pompeu (Orgs.), *Derecho y Sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

_____. **Transformaciones jurídicas y teoría del derecho**. AFD, 2012 (XXVIII), ISSN: 0518-0872.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Crime e Congresso Nacional no Brasil pós-1988**: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Penal**. v. I. Campinas: LZN Editora, 2002.

CARVALHO, Salo de. FREIRE, Christiane Russomano. **O regime disciplinar diferenciado**: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, 8 4(1):7-26, Jan-Dez. 2005.

_____. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHIES, Luiz Antonio. **A questão penitenciária**. In: *Tempo Social*. Revista de sociologia da USP, v. 25, n. 1, 2013.

CIFALI, Ana Cláudia. **A Política Criminal Brasileira no Governo Lula (2003-2010)**: diretrizes, reformas legais e impacto carcerário. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DINIZ, Simone. **Interações entre os Poderes Executivo e Legislativo no processo decisório: avaliando sucesso e fracasso presidencial**. In: Dados. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 48, n. 1, 2005, pp. 333-369.

DOTTI, Rene Ariel. **A Reforma Penal e Penitenciária 25 anos depois**. In: O Estado do Paraná, caderno "Direito e Justiça", ed. 26/07/2009.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. In: FAIRCLOUGH, Norman; MAGALHÃES, Izabel. (coord. da tradução, revisão técnica e prefácio). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. Luiz de Lemos D'Oliveira (trad.). São Paulo: Saraiva, 1931.

FIGUEIRIDO, José Luis Domínguez. **Sociología jurídico-penal y actividad legislativa**. In: Sistema penal y problemas sociales, Roberto Bergalli (coord.), Valencia, Tirant lo blanch, 2003.

FIGUEIREDO; Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.

FISCHER, Rosa Maria Bueno. **Foucault e a análise de discurso em educação**. Cadernos de Pesquisa, n. 114, p. 197-223, nov. 2001.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Luiz Felipe Baeta Neves (trad.). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

_____. **Os anormais: curso dado no College de France (1974-1975)**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Em defesa da sociedade: curso dado no College de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. André Nascimento (trad.). Rio de Janeiro: Revan, 2008.

_____. **As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico**. Bento Prado de Almeida Neto (trad.). Curitiba: Revista de Sociologia e Política, n. 13, p. 58-80, nov. 1999.

_____. **Punishment and modern society: a study in social theory**. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

HABER, Carolina Dzimidas. **A relação entre o Direito e a Política no Processo Legislativo Penal**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-24042012-114628/pt-br.php>>. Acesso em 20/10/2015.

INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE – ILANUD. **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas**: relatório final de pesquisa. [S.l.]: ILANUD, [2006]. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={7CD5F26A-DD0A-4F12-9878-8FB598FCCC21}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>. Acesso em 02/08/2015.

JESUS FILHO, José de. **Vigilância Eletrônica, Gestão De Riscos E Política Criminal**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. Madrid: Siglo XXI, 1991. XX.

_____. **Populismo punitivo... y como resistirlo**. Revista de Estudos Criminais, Sapucaia do Sul, Notadez n.25, abr./jun, 2007.

LIMONGI, Fernando. **A democracia no Brasil**: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. Novos Estudos, São Paulo, n. 76, novembro 2006.

MATTHEWS, Roger. **O mito da punitividade**. Reino Unido: London Southbank University. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/126574765/Matthews-Roger-O-Mito-Da-Punitividade>>. Acesso em 29/10/2015.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord.). Grupos de Interesse (lobby). Brasília: Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS, Programa de Mestrado em Direito, Série Pensando o Direito, Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, n. 8, 2009. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wpcontent/uploads/2012/11/08Pensando_Direito.pdf>. Acesso em 10/10/2015.

MISSE, Michel. **Crime, sujeito e sujeição criminal**: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. São Paulo: Lua Nova, 79: 15-38, 2010.

_____. **Crime e pobreza**: velhos enfoques, novos problemas. Trabalho apresentado no Seminário: Brasil em Perspectiva: os anos 90, promovido pelo Laboratório de Pesquisa Social do Departamento de Ciências Sociais do IFCS-UFRJ, em 26 ago 1993.

NEDER, Gizlene. **Idéias Jurídicas, Religião e Punição**: Rigor e Tolerância. ANPUH – XXIII SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA. Londrina, 2005.

O'DONNELL, Guillermo. **Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina**. Otacílio Nunes (trad.). Novos Estudos, São Paulo, n. 51, jul. 1998. Disponível em: <http://www.novosestudos.com.br/v1/files/uploads/contents/85/20080627_poliarquias_e_a_in_efetividade.pdf>. Acesso em 15/07/ 2015.

PIRES, Álvaro Penna. **Alguns obstáculos a uma mutação ‘humanista’ do direito penal.** *In:* Sociologias, Porto Alegre: PPS/UFRGS, ano 1, n. 1, p. 64-95, jan./jun. 1999.

_____. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos.** Novos Estudos. São Paulo: CEBRAP, n.º. 68, março 2005, p. 29/60.

PEDROSO, Regina Célia. **Utopias Penitenciárias Projetos Jurídicos e Realidade Carcerária no Brasil.** Revista de História FFLCH-USP, n.º. 136, 1997.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello Prando. **O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social.** Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática.** Luiz Regis Prado (trad.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. **Desenvolvimento nas ações políticas da sociedade civil dentro e fora do Congresso Nacional.** Brasília: Consultoria Legislativa, Câmara dos Deputados, ago. 2000. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-espesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/006223.pdf>>. Acesso em 10/10/2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Os processos de Globalização.** *In:* A Globalização e as Ciências Sociais. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, James William; RAMOS, Marcelo Buttelli. **Institucionalização da Exceção: A Lei dos Crimes Hediondos como Paradigma de uma Nova Linguagem Político-criminal.** *In:* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen et al, (org.) Biopolíticas: Estudos sobre Política, Governamentalidade e Violência, 2015.

SIMON, Jonathan. **Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear.** Oxford University Press, 2007.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles. **Punir Menos, Punir Melhor.** Discursos Sobre Crime E Punição Na Produção De Alternativas À Prisão No Brasil. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

SOZZO, Máximo. **Populismo Punitivo, Proyecto Normalizador y “prisióndepósito” en Argentina.** Sistema Penal & Violência. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, v. 1, n. 1, julho/dezembro, 2009.

_____. **Los retos de la izquierda en las políticas públicas de seguridad ciudadana.** Venezuela: Universidad Nacional Experimental de la Seguridad (UNES), 2012.

YOUNG, Jock. **The vertigo of late modernity.** Londres: Sage, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La rinascita de diritto penale liberale o la “croce rossa” giudiziaria.** In: GIANFORMAGGIO, Letizia, *Le Ragioni del Garantismo: Discutiendo com Luigi Ferrajoli.* Torino: Giappichelli, 1993.

_____. **Direito Penal Brasileiro I.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

ZALUAR, Alba. **Democratização inacabada:** fracasso da segurança pública. *Revista Estudos Avançados*, n. 61, São Paulo, IEA, 2007, p. 31-49.