



EXCLUSÃO SOCIAL COMO PRESTAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA: UM RETRATO DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA ATENTA AO PROBLEMA CARCERÁRIO NO BRASIL¹

Maira Rocha Machado*

Carolina Cutrupi Ferreira**

1 INTRODUÇÃO

Neste texto trataremos de um grave problema social que vem se agravando fortemente no país: *a exclusão social produzida pelo sistema de justiça criminal*. Entre as diferentes formas de exclusão social que podemos identificar na sociedade brasileira contemporânea, este texto focaliza aquela que resulta de uma decisão jurisdicional voltada a privar um cidadão de sua liberdade antes ou após sua condenação definitiva pela prática de um crime.

Nossa exposição partirá da hipótese de que *a exclusão social produzida pelo sistema de justiça criminal* coloca-nos diante de ao menos dois problemas, de certa forma, distintos. O primeiro problema diz respeito à centralidade da sanção prisional no sistema de justiça criminal – problemática em si mesma ainda quando todas as condições de infra-estrutura do ambiente carcerário e respeito aos direitos dos cidadãos são favoráveis. O outro problema diz respeito à gestão das instituições prisionais e, portanto, aos recursos materiais e humanos necessários à criação e manutenção dos espaços utilizados para o encarceramento. Os dois problemas estão claramente relacionados e interagem de várias formas, como veremos mais adiante. Contudo, ao distingui-los, buscamos dar visibilidade às diferentes formas de explicar os fenômenos

* Professora Associada na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV). Doutora em Filosofia e Teoria Geral Direito pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.

** Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.

¹ Este texto foi originalmente publicado na coletânea *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito* sob a organização de José Rodrigo Rodriguez (Saraiva, 2012).

jurídicos e sociais que estão na raiz desses dois problemas e, conseqüentemente, às diferentes possibilidades de enfrentá-los e geri-los.

É importante registrar desde já que os dois problemas não são recentes, nem tampouco exclusividade nacional. No tocante ao primeiro problema, é possível dizer que ele emerge com a própria instituição prisional como locus privilegiado para a punição criminal e o desenvolvimento de um conjunto de teorias que buscam atribuir ao ambiente carcerário a possibilidade de reabilitar o indivíduo à vida social². Foucault cunhou a expressão “inclusão por exclusão” para se referir ao ideário do século XIX que buscou acrescentar à exclusão do círculo social - que já caracterizava a reclusão do século XVIII – o objetivo de transformar o cidadão encarcerado por intermédio de práticas laborais, educacionais e de correção³. Vários autores chamam nossa atenção para o fato de que o caráter altamente problemático da instituição prisional já estava visível naquele momento. “Desde o momento em que apareceu”, relata Foucault, “desde o momento em que se desenvolveram as grandes prisões penais, de 1817 a 1830, todo mundo conhecia tanto seu inconveniente quanto seu caráter funesto e perigoso” (Foucault 2003, 124). O mesmo pode-se dizer sobre as condições de vida no ambiente prisional. Fontes documentais do início do século XIX e estudiosos da questão prisional em períodos anteriores já expressavam preocupação com as condições de higiene, o ambiente de insegurança, a ausência de separação entre os cidadãos que habitam no interior das instituições e, acima, de tudo, com a realização dos objetivos que buscavam alcançar⁴. Por essas e outras razões as ciências sociais buscam até hoje explicar “o enigma” que a prisão representa. Como compreender seu “incrível sucesso” (Foucault

² Para uma síntese das diferentes perspectivas que foram a “teoria da reabilitação prisional” ver Machado, Pires, Ferreira e Schaffa (2009).

³ “Mesmo se os efeitos dessas instituições são a reclusão do indivíduo, elas têm como finalidade primeira fixar os indivíduos em um aparelho de normalização dos homens. A fábrica, a escola, a prisão ou os hospitais têm por objetivo ligar o indivíduo a um processo de produção, de formação ou de correção dos produtores. (...) Pode-se, portanto, opor a reclusão do século XVIII, que exclui os indivíduos do círculo social, à reclusão que aparece no século XIX, que tem por função ligar os indivíduos aos aparelhos de produção, formação, reformatão ou correção de produtores. Trata-se, portanto, de uma *inclusão por exclusão*. Eis porque oporei a reclusão ao seqüestro; a reclusão do século XVIII, que tem por função essencial a exclusão dos marginais ou o reforço da marginalidade, e o seqüestro do século XIX que tem por finalidade a inclusão e a normalização.” (Foucault, 2003, p. 114 - grifos nossos)

⁴ Ver, nesse sentido, o rol de recomendações constantes na “declaração de princípios” do National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline realizado em 1871 (a íntegra do documento encontra-se reproduzida em Gross and von Hirsh 1981, p. 52-56). Ros y Sauquillo (2005, p. LIV), na introdução à versão espanhola do clássico de Beaumont et Tocqueville – *Systeme Penitenciaire aux Etats-Unis, de son application en France* (1836) – registram que “avançada a segunda metade do século XIX, não existe unanimidade nas soluções carcerárias mas sim uma polêmica aberta sobre as conveniências e defeitos de uns e outros sistemas” (tradução livre).

2003, p. 124)? Ou sua capacidade de “sobreviver às avalanches de questionamento e indignação pública” (Sykes 1973, p. vii)?

No último quartel do século XX, o problema prisional adquire outras feições com o crescimento vertiginoso da população carcerária mundial, fenômeno descrito na literatura especializada como “superpopulação prisional” ou “encarceramento em massa”⁵. Dados de 2010 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) apontam que há no Brasil 496.251 mil pessoas presas⁶, o que representa 260 presos a cada 100 mil habitantes⁷. Esta taxa coloca o Brasil em 4º lugar do ranking de países com o maior número de presos, perdendo apenas para os Estados Unidos (2.293.157 presos), China (1.565.771 presos) e Rússia (891.738 presos)⁸.

No Brasil, podemos identificar uma mobilização social importante no início da década de setenta no tocante às péssimas condições prisionais e ao controle de vagas que redundou na primeira Comissão Parlamentar de Inquérito criada especificamente para investigar a questão prisional (Ferreira 2011, p. 71 e Teixeira 2009, p. 79 e ss.)⁹. As reformas legislativas dos anos setenta e oitenta já mencionam explicitamente o “problema carcerário” do país¹⁰. Paralelamente, outras reformas legislativas

⁵ Em língua portuguesa, ver, para o contexto norte-americano Wacquant 2008. Para um balanço da questão na América Latina, ver Carranza 2009.

⁶ Dados disponíveis no Relatório “População carcerária sintética 2010” do DEPEN. Vale ressaltar que este dado registra o número de presos condenados, em cumprimento de prisões processuais (prisão preventiva ou temporária) e internados por medidas de segurança. Atualmente, o número de presos sem condenação definitiva representa 40% do total da população carcerária no Brasil.

⁷ Taxa calculada a partir dos dados disponíveis no Relatório “População sintético 2010” do DEPEN e do Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

⁸ Dados disponíveis no “World Prison Population List” do King’s College London International Centre for Prison Studies de 2009. Disponível em: http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/wppl-8th_41.pdf.

⁹ Muito antes disso, em 12 de outubro de 1939, o jornal Folha de São Paulo, em matéria intitulada “Erro a Evitar” criticava projeto de lei do governo estadual que pretendia extinguir o instituto de menores de Taubaté com o objetivo de “solucionar o problema da super-população do presídio do Carandiru”. De acordo com pesquisa em curso sobre o conteúdo das notícias veiculadas pelo jornal sobre a Penitenciária do Estado, trata-se da primeira menção explícita ao déficit de vagas.

¹⁰ No Relatório da CPI do Sistema Penitenciário acentua-se que “a ação educativa individualizada ou a individualização da pena sobre a personalidade, requisito inafastável para a eficiência do tratamento penal, é obstaculizada na quase totalidade do sistema penitenciário brasileiro pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupo e sua conseqüente distribuição por estabelecimentos distintos, onde se concretize o tratamento adequado”... “Tem, pois, esta singularidade o que entre nós se denomina sistema penitenciário: constitui-se de uma rede de prisões destinadas ao confinamento do recluso, caracterizadas pela ausência de qualquer tipo de tratamento penal e penitenciárias entre as quais há esforços sistematizados no sentido da reeducação do delinqüente. Singularidade, esta, vincada por característica extremamente discriminatória: a minoria ínfima da população carcerária, recolhida a instituições penitenciárias, tem assistência clínica, psiquiátrica e psicológica nas diversas fases da execução da pena, tem cela individual, trabalho e estudo, pratica esportes e tem recreação. A grande maioria, porém, vive confinada em celas, sem trabalho, sem estudos,

direcionadas a elevar a pena mínima de determinados crimes e dificultar ou até mesmo impedir a progressão de regime e a liberação condicional – notoriamente a Lei de Crimes Hediondos - contribuíram ao crescimento exponencial da população prisional brasileira¹¹.

Nos limites deste texto, nosso objetivo é apresentar e discutir aquelas duas dimensões altamente problemáticas da *exclusão social produzida pelo sistema de justiça criminal* a partir das proposições legislativas que tramitaram pelo Congresso Nacional desde meados dos anos oitenta. Por intermédio deste material empírico buscamos acessar o conjunto de *idéias e estratégias* elaboradas por diferentes atores sociais sob a forma de proposições legislativas. Há dois aspectos importantes deste material que gostaríamos de destacar.

Em primeiro lugar, ao observarmos a produção legislativa a partir do que tramitou e não do que entrou em vigor, acessamos idéias e estratégias que não foram selecionadas pelos inúmeros filtros jurídicos e políticos que separaram o momento da propositura e a entrada em vigor da lei. Como veremos no decorrer do texto, pesquisas anteriores permitiram que comparássemos dados obtidos por intermédio do estudo de proposições legislativas com dados oriundos da legislação em vigor. Esse tipo de comparação nos permite averiguar se uma determinada configuração política do Congresso Nacional importa ou não à modificação do quadro legislativo que temos. Em outras palavras, permite-nos identificar se as idéias inovadoras não passam - isto é, não são aprovadas - ou se elas sequer alcançam o debate político que se instala no Parlamento.

Em segundo lugar, parece-nos importante observar as proposições legislativas como registros documentais de idéias e estratégias para modificar o quadro normativo oriundas de diferentes atores sociais. Nessa perspectiva, o parlamentar, aquele que na grande maioria das proposições analisadas aqui figura como “proponente”, é percebido como quem vocaliza ou veicula certas idéias e estratégias, mas não necessariamente quem as formula. A realização de estudos de caso sobre a tramitação de projetos de leis específicos permite-nos afirmar que não é incomum encontrar proposições legislativas elaboradas por órgãos do Poder Executivo, por associações de classe, entidades da

sem qualquer assistência no sentido da ressocialização” (Diário do Congresso Nacional, Suplemento ao n. 61, de 04.06.1976, p. 2).

¹¹ Sobre o processo legislativo de aprovação e aplicação da Lei dos Crimes Hediondos, ver Paiva 2008 e Franco 2007.

sociedade civil ou ainda pelo debate entre vários deles que foram registradas como “de iniciativa” de um único parlamentar. Com esta observação não pretendemos minimizar o papel desempenhado por este ator, mas tão somente enfatizar que essa informação nos revela muito pouco sobre o processo e os participantes de uma determinada proposição legislativa.

A partir deste tipo de material empírico, este texto propõe-se a explorar essas duas dimensões do problema da exclusão social produzida pelo sistema de justiça criminal com base nos dados obtidos em duas pesquisas realizadas no âmbito das atividades do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV. O primeiro, denominado “Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil” (2010), tem por objetivo fazer um retrato da atividade legislativa em matéria penal e resgatar a justificativa apresentada pelos parlamentares em cada projeto. Com base em uma amostra de 100 proposições legislativas distribuídas entre 1987 e 2006, a pesquisa confirma empiricamente a existência de dois obstáculos à inovação em matéria penal: o par indissociável entre “crime” e “pena” (sobretudo de prisão) e a mobilização das teorias (modernas) da pena para justificar as proposições legislativas. O segundo estudo - “Legislar pela exclusão social: um estudo da atividade legislativa sobre cumprimento da pena de 1984 a 2011” (2011) – é fruto da dissertação de mestrado desenvolvida por Ferreira a partir de um banco de 400 proposições legislativas sobre cumprimento da pena distribuídas entre 1984 e 2011.¹²

Nossa exposição percorrerá o seguinte caminho. Na próxima seção, apresentaremos um quadro geral do que encontramos nas 500 proposições legislativas que compõem o segundo banco de dados mencionado acima. Enfatizaremos aqui dois aspectos altamente problemáticos da centralidade da pena de prisão em nosso sistema: a *monotonia da intervenção jurídica* e o *automatismo decisório aliado ao culto à quantificação* em matéria de penas. Observaremos, especificamente, (i) a prevalência da sanção prisional em detrimento de todas as demais qualidades de pena e (ii) a prática de estabelecer penas mínimas de prisão. Para a seção seguinte propusemos um recorte qualitativo no banco de dados que nos permite observar somente as proposições legislativas que explicitaram preocupação com o “problema prisional”. Nosso objetivo

¹² Nos dois estudos a coleta de dados foi realizada a partir de busca nos bancos de proposições legislativas disponíveis no site da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br) e do Senado Federal (www.senado.gov.br). Para mais detalhes sobre a metodologia adotada, ver Machado et alli (2010) e Ferreira (2011).

aqui é identificar o que está na pauta do debate parlamentar quando a situação carcerária do país está visível aos formuladores da proposição. Para concluir, na terceira parte, veremos se e de que forma o conjunto de proposições sensível ao problema prisional se articula com as duas dimensões problemáticas da centralidade da prisão que abordaremos a seguir.

2 A CENTRALIDADE DA PENA DE PRISÃO

Há várias formas de observar a centralidade da pena de prisão nos sistemas jurídicos contemporâneos. Poderíamos, por exemplo, explorar as relações entre esta forma de punição e certas características do desenvolvimento econômico dos países ocidentais, uma linha de investigação que permanece muito ativa desde o trabalho de Rusche e Kirchheimer¹³. Seria possível observar também os gastos públicos governamentais em âmbito de cumprimento de pena. Como nos mostra Fabiana Costa a partir de dados do Departamento Penitenciário Nacional, “entre 1994 e 2009, dos convênios celebrados entre a União e Estados ou Distrito Federal para repasse de verbas do FUNPEN [Fundo Penitenciário Nacional], observa-se a quase exclusividade de investimento na ampliação e construção de estabelecimento prisional: 88,69%, restando 6,61% para aparelhamento; 3,32% para reintegração e capacitação; 1,36% para penas alternativas e 0,01% para ouvidoria.”¹⁴

No entanto, para os fins deste texto, interessa-nos colocar em destaque dois outros aspectos dessa posição de “sanção de referência” ocupada pela prisão. O primeiro deles pode ser percebido como resultado de uma intensa *monotonia da intervenção jurídica* sobre um vasto rol de problemas. Com essa expressão buscamos colocar em destaque que, para os mais diversos tipos de situações indesejáveis, os mais diferentes atores sociais – familiarizados ou não com o universo jurídico – com muita frequência propõem a criação de crimes e penas, ou ainda, a agravação das penas já existentes¹⁵. Se olharmos as situações problemáticas sobre as quais versam os projetos

¹³ Para uma síntese do percurso e do argumento dos autores, ver MACHADO e RODRIGUEZ, 2011.

¹⁴ Costa, Fabiana (2012). O discurso, a realidade, as perspectivas. Carta Capital. 03.jan.2012. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/politica/o-discurso-a-realidade-as-perspectivas/>

¹⁵ Exemplificativamente, pode-se mencionar a inclusão da “violência doméstica” no parágrafo 9º do art. 129 do Código Penal fruto de intensa mobilização de diversos setores do movimento de mulheres. Para

de lei estudados em uma das pesquisas discutidas aqui, encontramos “adulteração de combustíveis”, “recrutamento de crianças para a guerra”, “revelação de identidade de profissional da inteligência” entre várias outras. É possível dizer, em suma, que “as propostas de gestão das mais diferentes situações problemáticas baseiam-se quase exclusivamente no par conceitual que caracteriza o direito penal moderno desde a sua formação, no final do século XVIII: “crime - pena (sobretudo de prisão)”. (Machado *et alli*, 2010, p. 11).

Esta monotonia pode ser percebida facilmente na legislação penal brasileira em vigor. De acordo com o SISPENAS, dos 1.688 tipos penais que compõem a legislação penal brasileira em vigor atualmente, a pena de prisão está prevista em 97% deles¹⁶. É importante lembrar que nossa legislação prevê outros tipos de penas. Além da multa, prevista também junto aos tipos penais, há a prestação de serviço a comunidade, a prestação pecuniária e a limitação de fim de semana que podem substituir a pena de prisão em determinadas condições estabelecidas pela lei. Com a reforma da parte geral do Código Penal (1984), a possibilidade de substituição passou a existir para as condenações iguais ou inferiores a um ano de prisão. A partir de 1998, este patamar foi elevado para quatro anos, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça e o cidadão condenado não seja reincidente específico, isto é, tenha sido condenado novamente pela prática do mesmo crime¹⁷. Muito embora tenha aumentado

uma descrição do processo legislativo da Lei Maria da Penha ver MACHADO, 2010 *et alli*, Anexo 3 da versão digital do relatório. É possível mencionar também a tramitação de projeto prevendo a tipificação do crime de homofobia. Na 2ª Conferência Nacional LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a criminalização da homofobia foi considerada “prioridade” para as sete mil pessoas que participaram do processo (*Em questao*, ed. 1444, 9.jan.12, p. 02). O PLC 582/2011, por exemplo, cria modalidade qualificada de crime de homicídio quando o agente tiver cometido o crime em função da orientação sexual do ofendido. Sobre a questão, ver também: MACHADO e RODRIGUEZ, 2007.

¹⁶ O SISPENAS constitui um sistema de consulta sobre as normas de comportamento e sanção da legislação criminal em vigor. O *software* e o banco de dados foram desenvolvidos pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direto GV com financiamento do PNUD no âmbito do projeto Pensando o Direito (SAL/MJ). Sobre o procedimento de construção do banco, ver Machado, Machado e Andrade (2009a), especialmente páginas 15 a17.

¹⁷A redação dada pela Lei nº 9.714/1998 pelo art. 44 do Código Penal é a seguinte:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

substancialmente o número de tipos penais que passaram, em princípio, a ter a possibilidade de substituição por sanção não-prisonal¹⁸, não conseguimos observar qualquer impacto desta alteração legislativa nas taxas de encarceramento. Como vimos no início deste texto, a população carcerária brasileira cresceu mais de 100% na última década¹⁹.

Este arranjo normativo coloca uma série de obstáculos ao funcionamento do sistema de justiça criminal nas sociedades democráticas. Em primeiro lugar, ao inserirmos as sanções não-prisionais em nossa legislação no modelo de substituição, perdemos a chance de mobilizar o debate público ao redor da possibilidade de sancionar crimes com outras penas para além da prisão. Isto é, não tocamos na *monotonia da intervenção jurídica* no campo criminal... Todas as sanções não-prisionais ficam, por assim dizer, restritas à atuação dos atores do sistema de justiça – juízes, promotores, advogados – e, ainda, fortemente limitadas pelas condições estabelecidas pelo legislador. Entre elas, o patamar de quatro anos, como limite máximo da pena que pode vir a ser substituída coloca-nos diante do segundo aspecto da centralidade da pena de prisão que gostaríamos de discutir neste texto.

Trata-se do que denominaremos aqui *automatismo decisório extremo* aliado ao *culto à quantificação* em matéria de penas. Referimo-nos, de um lado, à ideia amplamente difundida de que as penas são *calculadas* pelo juiz de acordo com os parâmetros fixados em lei – e não fruto de um processo decisório que envolva o juiz, a

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

¹⁸ O SISPENAS revela que 66,35% dos tipos penais cadastrados têm penas mínimas e máximas prisionais que possibilitam a substituição por uma ou duas penas restritivas de direitos ou por pena de multa (MACHADO, MACHADO, ANDRADE 2009, p. 34).

¹⁹ Há várias hipóteses explicativas para o fato de o novo marco legal de sanções não-prisionais não ter tido qualquer impacto na população carcerária do país. A hipótese mais forte está relacionada ao estabelecimento de penas mínimas superiores a quatro anos – o que impede a aplicação de sanções prisionais mesmo em casos de condenados primários e sem antecedentes criminais – bem como à proibição de aplicação nos casos de violência ou grave ameaça que eliminou a possibilidade de aplicação nos casos de roubo tentado e roubo simples (mínima de 4 anos). Vale lembrar também que o código penal já previa a possibilidade de regime aberto para a condenação igual ou inferior a 4 anos.

defesa e acusação e que esteja voltado a encontrar a pena mais adequada ao caso concreto e que preserve na maior extensão possível, os laços concretos e a vida social do cidadão ao qual se imputa a prática de um crime. E, de outro, à ampla aceitação das penas mínimas de prisão, isto é, da possibilidade de a lei definir um tempo mínimo de privação de liberdade para cada crime e exigir que o juiz o inflija ao réu²⁰. A pena mínima funciona, portanto, como um obstáculo à interação jurisdicional em que uma parte propõe uma sanção (acusador), a outra apresenta suas razões e indica, eventualmente, ser outra a sanção mais adequada (defesa) e um terceiro imparcial decide de maneira fundamentada (juiz). Parece-nos ser justamente a presença das penas mínimas e o automatismo decisório que ela favorece o que nos impede de instituir um autêntico *processo sancionatório*. E, assim, modificar esta divisão de tarefas do século XVIII que aloca a função de fixar as penas quase integralmente nas mãos do legislador, deixando ao juiz a tarefa quase mecânica de calcular causas de aumento e diminuição dentro dos parâmetros mínimos e máximos estabelecidos pela lei.

O SISPENAS permite-nos afirmar com precisão o elevado grau de difusão das penas mínimas em nossa legislação. A partir de uma consulta a esse banco de dados aferiu-se que 96% dos tipos penais cadastrados apresentam a norma de comportamento ligada à norma de sanção de privação de liberdade com previsão de um mínimo e um máximo.²¹

A análise das mudanças legislativas no Código Penal e leis extravagantes revelam a opção do legislador por reformas nas normas de sanção, especialmente para elevar os limites mínimos e máximos. Entre 1940 e 2009, houve 86 alterações na parte especial do Código Penal brasileiro e nas leis especiais, sendo que em 49 casos houve modificação dos mínimos e máximos de pena de prisão previstos no tipo²². Em 27 das

²⁰ Este argumento é desenvolvido em MACHADO e PIRES, 2010.

²¹ Os outros 4% dizem respeito às possibilidades de (i) norma de comportamento justaposta exclusivamente a uma norma de sanção de multa (previsão na Lei de Contravenções Penais), (ii) normas de comportamento e de sanção justapostas, e a pena mínima localizada em local diverso da mesma lei (previsão no Código Eleitoral brasileiro), (iii) norma de sanção está ligada à norma de comportamento, mas não há indicação de grau mínimo de pena privativa de liberdade, nem no próprio tipo nem em disposições gerais da lei e (iv) norma de comportamento está atrelada à norma de sanção que não pena de prisão e tampouco de multa, mas sim por penas restritivas de direitos. Para mais detalhes sobre as estruturas normativas presentes na legislação penal em vigor, ver MACHADO *et alli* 2009, Anexo 4.

²² Para mais detalhes sobre as alterações no Código Penal, ver MACHADO *et alli* (2009, Anexo 5). Quanto às leis especiais, analisamos, para a produção deste texto, todas as leis extravagantes cadastradas no SISPENAS (MACHADO, MACHADO, ANDRADE, p. 9). Vale ressaltar que apenas foram consideradas as mudanças expressamente indicadas no texto legal em vigor. Ou seja, não foram

alterações aumentaram-se penas mínimas e máximas, 11 reformas aumentaram apenas a pena mínima e apenas oito reduziram a pena mínima e/ou máxima.

O banco de dados sobre o qual trabalhamos neste texto revela que em 99,6% das normas de sanção estudadas em uma das pesquisas (MACHADO 2010), têm previsão de penas mínimas. Apenas três projetos estipulam normas de sanção sem penas mínimas prisionais, especificamente nos casos de cooperação no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, descumprimento de condições de elegibilidade, divulgação de informações inverídicas de candidato ou partido ou favorecimento de candidato em pesquisa eleitoral²³.

Além das penas mínimas previstas nos tipos penais, o Código Penal e a Lei de Execução Penal (Lei n.º. 7.210/1984) estabelecem frações mínimas no sistema de cumprimento de pena privativa de liberdade²⁴. O sistema progressivo baseia-se na exigência do cumprimento de frações mínimas de pena em cada regime prisional para a transferência do condenado ao regime mais brando. Para a progressão de regime, por exemplo, a legislação estipulou dois critérios para sua fruição: i) a necessidade de permanência de, no mínimo, $\frac{1}{6}$ da pena no regime inicial ou anterior e ii) merecimento para a progressão (LEP, art. 112).

Das 400 proposições legislativas analisadas sobre cumprimento de pena, 101 proposições estabelecem frações mínimas para a aquisição de direitos subjetivos ou penas fixas, ao criarem vedações a determinados direitos (FERREIRA, 2011, p. 45). Nestes casos, constam as propostas que vedam a possibilidade de progressão de regime

incluídos casos de revogações tácitas ou realizada uma análise sistemática das normas que estiveram em vigor e foram alteradas por outras leis.

²³ Respectivamente, tratam-se dos PLC 3.790/1989, PLC 1.921/1989, PLC 1.1983/1991. Para mais detalhes sobre a distribuição das normas de sanção por formato da norma nos projetos de lei estudados, ver MACHADO, 2010, p. 28 e ss.

²⁴ De acordo com Ferreira (2011, p. 120), a legislação criminal brasileira prevê as seguintes penas mínimas em fase de cumprimento de pena:

- i) Cumprimento de mínimo de $\frac{1}{6}$ da pena: prestação de trabalho externo (LEP, art. 37); saída temporária (LEP, art. 123); progressão de regime (LEP, art. 112);
- ii) Cumprimento de mínimo de $\frac{1}{4}$ da pena: conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (LEP, art. 180);
- iii) Cumprimento de mínimo de $\frac{1}{3}$ da pena, $\frac{1}{2}$ ou $\frac{2}{3}$: livramento condicional ao condenado não reincidente em crime doloso, reincidente ou primário em crime hediondo (LEP, art. 131 c/c CP, art. 83);
- iv) Internação de mínimo de 1 ano: conversão de tratamento ambulatorial em internação (LEP, art. 184);
- v) Cumprimento de mínimo de $\frac{2}{5}$ ou $\frac{3}{5}$ da pena: progressão de regime ao condenado primário ou reincidente em crime hediondo (Lei n.º 8.072/1990, art. 2.º, §2º);
- vi) Cumprimento inicial da pena em regime fechado (Lei n.º 8.072/1990, art. 2.º, §1º; Lei n.º 9.034/1995, art. 10.º e Lei n.º 9.455/1997, art. 1.º, .7º).

ou de livramento condicional ao condenado por crimes hediondos ou equiparados. Apenas três projetos cadastrados nesse banco reduzem as frações mínimas legais para a aquisição de direitos subjetivos. Dois deles mencionam expressamente em suas justificativas o problema carcerário e serão, portanto, discutidos na próxima seção²⁵. O terceiro elimina a exigência de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para o trabalho externo²⁶. Quanto às demais proposições, 200 estabelecem regras administrativas nas esferas federal e estadual, 65 proposições criam mecanismos de redução do tempo de permanência dentro do cárcere (por meio da remição da pena e ampliação das hipóteses de indulto, *sursis* e regime aberto) ou pela ampliação da aplicação de penas restritivas de direitos. Por fim, 34 proposições impõem o cumprimento de penas cumulativas à pena privativa de liberdade e alteração nas regras para cálculo dos requisitos para aquisição de direitos subjetivos.

3 “O PROBLEMA CARCERÁRIO” NAS PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS

Para o estudo sobre a produção legislativa que leva em consideração o “problema carcerário”, foi realizada uma análise qualitativa das 500 proposições contempladas pelos dois bancos de dados. Para fins deste artigo, entendeu-se como “referência ao problema carcerário” qualquer tipo de indicação às condições de cumprimento da pena pelos condenados nos estabelecimentos prisionais no Brasil. Esta busca revelou que 62 proposições abordam o tema na medida proposta ou em sua justificativa. A maior parte das menções remete a expressões como “crise penitenciária”, “sistema falido” ou “superlotação carcerária”.

As proposições legislativas que tematizam a superpopulação carcerária estão distribuídas de maneira uniforme ao longo dos 26 anos de abrangência da pesquisa. Isso significa que, o crescimento dos índices de encarceramento e das denúncias de tortura e maus-tratos dentro dos estabelecimentos prisionais não tiveram impacto no número de proposições apresentadas no período, seja de propostas que ampliem ou reduzam o tempo de permanência dentro do cárcere.

²⁵ PLC 90/197 e PLC 4375/1993.

²⁶ PLC 312/1999.

O Partido da Frente Liberal (PFL), o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), apresentaram a metade do total de proposições analisadas – respectivamente 11, 11 e 9 proposições cada um. As 30 outras proposições foram apresentadas por 15 outros partidos, não sendo possível vislumbrar algum tema mais ou menos recorrente por partido ou parlamentar.

Por outro lado, percebe-se uma predominância de proposições oriundas de parlamentares de Rio de Janeiro (15 proposições), São Paulo (14 proposições) e Rio Grande do Sul (7 proposições). A representatividade destes estados pode indicar uma preocupação destes parlamentares com a situação prisional dos respectivos Estados, que juntos representam 45,4% da população carcerária do país²⁷.

Das 61 proposições, apenas duas foram transformadas em lei. A primeira é a que cria o direito do condenado de receber um atestado anual de pena a cumprir (Lei nº 10.713/2003) e a outra institui a possibilidade de monitoramento eletrônico pelo condenado (Lei nº 12.258/2010). Cinquenta proposições foram arquivadas, e nove continuam em tramitação no Congresso Nacional.

Poucas proposições estão amparadas por dados empíricos sobre a situação prisional na época. Em geral, quando há menção a números sobre o total de condenados encarcerados, mandados de prisão a cumprir ou déficit de vagas, não há citação da fonte, ou consta a indicação genérica de “estatísticas”. Quatro propostas referem-se a dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e de funcionários da Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo²⁸. Apenas duas proposições referem-se às “Regras Mínimas para Tratamento dos Presos da Organização das Nações Unidas” (1955), principal norma internacional sobre o tema²⁹.

²⁷ A partir dos dados presentes no Relatório “População carcerária sintética 2010” do DEPEN, a soma do número de presos nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul corresponde a 223.381 presos, de um total de 496.251 presos contabilizados em 2010.

²⁸ Disponível, por exemplo, no PLC 1691/1989 “Segundo declaração recente do presidente da Associação dos Agentes de Segurança Penitenciários e Funcionários da Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo, há somente na Casa de Detenção sete mil e duzentos presos que, no turno da noite, são cuidados por apenas cinquenta e sete guardas.

²⁹ O PLC 3.473/2000 apresenta uma proposta de reforma da Parte Geral do Código Penal, e menciona em sua justificação a importância das Regras Mínimas da ONU para “minimizar os efeitos das penas criminais” e que “essa direção internacional não poderia ser desprezada numa Reforma Penal de um país que pretendesse ter o seu sistema punitivo compatibilizado com as expectativas internacionais mais evoluídas”. O PLC 5.478/2001, por sua vez, estipula que o CNPCCP determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento prisional a partir das regras dispostas no documento internacional e que

Também não foram encontradas referências a eventos relevantes que ocorreram neste período no sistema prisional brasileiro, como as mortes ocorridas dentro do presídio do Carandiru, as denúncias divulgadas pelos meios de comunicação e o peticionamento e processo contra o Estado brasileiro na Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre as condições das penitenciárias em Araraquara (São Paulo) e Urso Branco (Rondônia).

Para o estudo sistemático dessas 62 proposições legislativas (12,4% dos bancos) que fazem referência à situação carcerária no país utilizamos duas chaves analíticas. Distinguímos inicialmente o tipo de sanção sobre o qual versa a proposição, isto é, separamos as sanções prisionais das não-prisionais. Entre as primeiras, esmagadora maioria, introduzimos uma segunda distinção que diz respeito ao conteúdo da proposição. Conforme explicaremos em mais detalhe adiante, buscamos distinguir aqui as proposições que se referem ao *processo sancionatório* daquelas que dizem respeito à *gestão administrativa de vagas*.

A partir do quadro 1 é possível observar a prevalência de proposições que versam sobre a sanção prisional (56 proposições) em detrimento daquelas que buscam regular a aplicação de penas não-prisionais (6 proposições). As proposições sobre sanções prisionais concentram-se nos temas sobre a gestão administrativa das vagas e dos condenados (32 proposições), em detrimento daquelas que criam ou alteram regras sobre o cumprimento da pena (20 proposições). Quatro proposições, que escapam à chave analítica proposta aqui, foram excluídas deste estudo. Nessas proposições, a menção à situação carcerária do país é mobilizada na justificativa de proposições direcionadas a alterar a composição do CNPCP³⁰, reimplantar o exame criminológico³¹, ampliar o período de isolamento³² e, por fim, estipular que o condenado deve sustentar sua estadia ou plantar o alimento de sua subsistência (PLC 30/1997).

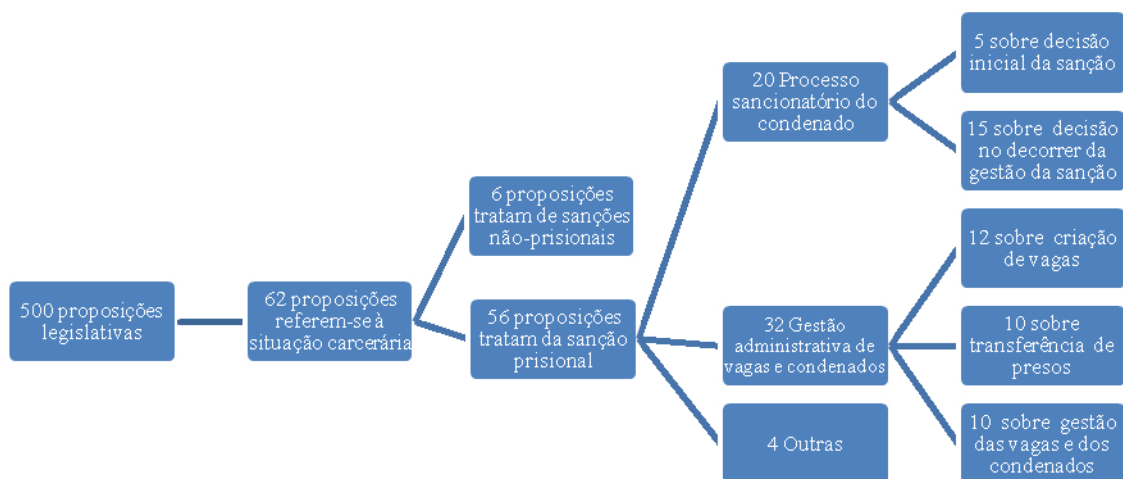
tanto as Regras da ONU quanto o artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal “têm sido, na prática, solenemente desconsideradas”.

³⁰ Esta proposição prevê reforma do CNPCP para inclusão de agentes penitenciários e familiares dos condenados em sua composição (PLC 4.211/2008), como forma incluir atores que “conhecem como ninguém a rotina, as dificuldades e parte das soluções para corrigir essa história omissão do Poder Público em relação aos presos brasileiros”.

³¹ O PLS 75/2007 visa reintroduzir a exigência de exame criminológico para a aquisição de direito subjetivo quando se tratar de condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Segundo a justificativa, a extinção do exame criminológico pela Lei nº 10.792/2003 constitui uma estratégia de governo “para resolver a crise penitenciária [e] adotou a estratégia da rotatividade carcerária (abrindo espaço para o ingresso de novos criminosos)”.

³² O PLC 394/2003 fixa o período de um ano ou 365 dias para o isolamento, suspensão ou restrição de direitos do condenado quando a medida se justifique no interesse da segurança pública e determinada pelo

Quadro 1 - Distribuição das proposições legislativas



3.1 Sanções não-prisionais

Entre as 62 proposições que se referem à situação carcerária brasileira, apenas seis abordam sanções não-prisionais. Estas propostas concentram-se na ampliação das possibilidades de aplicação de penas restritivas de direitos³³ e na introdução do monitoramento eletrônico na legislação³⁴.

Neste grupo de proposições, destaca-se a utilização frequente da semântica da *periculosidade* na justificativa para adoção dessas medidas. Em uma das proposições, a ideia de periculosidade é utilizada como critério para distinguir quem deve ser apenado com prisão daqueles que podem cumprir pena fora do ambiente prisional. O PLS 165/2007, sobre monitoramento eletrônico, sinaliza o instrumento como “uma forma de

juiz de execução. “Não se propõe, aqui, que o regime penitenciário recrudescça, pois, reconhecidamente as condições nas cadeias já são por si só terríveis”, mas aplicar, em casos específicos e por decisão judicial, “medida de segurança rigorosa, quando se justifique no interesse da segurança pública”.

³³ PLC 4.093/1989, PLC 1.705/1991, PLS 111/1997 e PLS 333/2007.

³⁴ PLS 165/2007 e PLS 175/2007.

aliviar o sistema carcerário inflacionado que deve ser efetivamente destinado *aos presos perigosos*” (grifos nossos)³⁵.

Outras proposições utilizam a ideia de periculosidade pela negativa, para justificar a aplicação de sanções não-prisionais, como a prestação de serviços à comunidade, aos cidadãos considerados “não perigosos”. A justificativa ao PLC 1705/1991, por exemplo, consigna que “os presídios estão cheios nos grandes centros urbanos, multiplicando-se as revoltas dos detentos diante da superpopulação dos estabelecimentos prisionais, inúmeros os delinquentes soltos, porque não há lugar para detê-los. Nos cárceres, há milhares de *pessoas de mínima periculosidade*, plenamente integráveis ao meio social. Daí o presente projeto, que tem como finalidade transformar detentos ociosos e famintos em prestadores de serviço à comunidade, diminuindo o custo de manutenção dos presídios” (grifos nossos).³⁶

Em todos esses casos, a ideia de periculosidade reenvia a um modo de caracterização dos próprios cidadãos - e não de seus comportamentos tais como previstos na lei penal. O termo é utilizado para qualificar, via de regra, um grupo de cidadãos – “pessoas”, “presos”, “condenados” - sem qualquer outra explicitação sobre os fatores que embasam esse juízo³⁷. Como diz Foucault, trata-se de uma “escandalosa noção em termos de teoria penal” que “significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam” (2003, p. 85)³⁸. Mesmo com formulações distintas, as proposições

³⁵ Importante destacar que esta proposição acrescenta o monitoramento eletrônico às condições já previstas para o livramento condicional e a progressão de regime. Apenas no tocante à prisão provisória a proposição poderia ter implicações sobre o número de presos (provisórios). O segundo projeto sobre monitoramento – como condição suplementar ao regime aberto - não menciona a ideia de periculosidade, mas enfatiza suas “implicações benéficas” ao problema carcerário: “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 (...)” (PLS 175/2007).

³⁶ No mesmo sentido: “Muito melhor será que se imponham *aos condenados não perigosos* – desde que atendidos todos os demais requisitos contidos nesta proposição – a possibilidade de servirem à comunidade e, sinceramente, de se recuperarem, pela realização de atividades relacionadas com os seus delitos, pelo mesmo tempo previsto para o cumprimento da pena restritiva de liberdade. Sem dúvida, essa perspectiva os forçará à maior consciência do ato anti-social que tenha ensejado a punição, e sua condição não se deteriorará pelo convívio com outros presos, nem se agravará a sua desesperança pela revolta que decorre do alijamento do corpo social.” (PLS 111/1997 – grifos nossos).

³⁷ Emblemático nesse sentido, o PLC 4.093/1989 – que cria regra que permite ao condenado reincidente específico substituir a pena de prisão de até um ano por prestação de serviços à comunidade -externa na justificativa preocupação sobre o convívio entre “réus primários” e “condenados de altíssima periculosidade”.

³⁸ Sobre a questão da periculosidade no direito brasileiro contemporâneo, ver MATSUDA (2010).

que lançam mão dessa ideia utilizam-na para estabelecer um divisor de águas sobre quem deve estar dentro e quem deve estar fora das instituições prisionais.

Enfim, as poucas proposições legislativas que mencionam a situação carcerária do país e não focalizam a sanção prisional sequer tangenciam os aspectos da centralidade da pena de prisão discutidos acima. A previsão de aplicação de sanções não-prisionais é extremamente restrita. Três dos quatro projetos que compõem o banco são anteriores à legislação em vigor e propõem arranjos muito mais conservadores do que o aprovado em 1998³⁹. O monitoramento eletrônico, por sua vez, aparece como acréscimo, como condição adicional aos regimes existentes – e não substituto das longas penas de reclusão. Ademais, a forte presença da ideia de periculosidade, como vimos, reforça clivagens que há mais de um século buscamos eliminar do direito penal.

3.2 Sanção prisional

As proposições legislativas que tratam da pena privativa de liberdade foram divididas em dois subgrupos. O primeiro contempla as proposições que criam ou alteram regras do processo sancionatório, ou seja, das sucessivas decisões tomadas no decorrer do cumprimento da pena pelo condenado. Já o segundo agrupa proposições sobre a gestão administrativa de vagas nos estabelecimentos prisionais e as possibilidades de transferências de presos.

3.2.1 Proposições sobre processo sancionatório

As 20 proposições sobre processo sancionatório foram subdivididas entre as propostas que abordam (i) a decisão inicial sobre a sanção e (ii) as decisões subsequentes sobre a gestão da sanção.

Denominamos aqui “decisão inicial sobre a sanção” a imposição, pelo juiz da sentença, de uma quantidade e qualidade de pena. De acordo com a legislação penal

³⁹ O PLS 333/2007 cria novas regras para a pena restritiva de perda de bens e valores, estipulando que a pena será aplicada em montante que resguarde a reparação civil do ofendido e terá como limite superior o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, o que for maior, em consequência da prática do crime; e, como limite inferior, a metade do valor adotado como limite superior. A redação do art. 45 do Código Penal sobre o tema nada dispõe sobre limites para a perda dos bens.

(Código Penal, art. 59 e Lei de Execução Penal, art. 1º), deve-se levar em consideração o evento passado, o conjunto de circunstâncias do crime e do condenado e as expectativas futuras em relação à finalidade da sanção a ser cumprida. A primeira decisão sobre a sanção, deve determinar a qualidade da pena (privativa de liberdade, multa ou restritiva de direitos), a modalidade da pena (regime de prisão fechado, semi-aberto e aberto) e a quantidade da pena imposta. A seguir, a outro juiz (chamado em nosso sistema “juiz da execução”) caberá avaliar os requisitos objetivos e subjetivos para a aquisição, pelo condenado, dos direitos previstos em lei, como a progressão de regime, o livramento condicional e a saída temporária, circunstâncias que alteram a forma de cumprimento da sanção.

Frisamos tratar-se de uma decisão *inicial* uma vez que poderá (e deverá) ser modificada ao longo do processo cumprimento da pena. Em um sistema que atribui à “harmônica integração social do condenado” o status de objetivo primordial (LEP, art. 1º) a progressão do condenado do regime fechado para os regimes semi-aberto e aberto constitui condição necessária à realização do objetivo. Nesse sentido, é possível dizer que a decisão inicial sobre a sanção – aquela contida na sentença condenatória – estabelece o tempo máximo de privação de liberdade que o cidadão poderá cumprir. As decisões subsequentes de gestão da sanção, buscando justamente favorecer o retorno do cidadão à vida em sociedade, irão necessariamente reduzir aquele período de privação indicado inicialmente. Em outras palavras, a quantidade de pena de prisão estabelecida na sentença não indica o período de tempo que o cidadão ficará integralmente no interior da instituição prisional (isto é, em regime fechado), mas o tempo máximo que poderá e deverá ser reduzido de modo a permitir a progressão de regime⁴⁰.

As cinco proposições que tratam da decisão inicial sobre a sanção abordam a possibilidade de perdão da execução da pena pelo juiz⁴¹, a ampliação das hipóteses de concessão de *sursis*⁴² e o cabimento do regime aberto desde o início do cumprimento da pena⁴³.

⁴⁰ Este ponto nos parece importante, sobretudo em um país em que não é incomum encontrar na mídia a expressão de um certo sentimento de frustração quando uma pessoa condenada a tantos anos deixa o presidio antes do término deste período. Trata-se de uma grave incompreensão do funcionamento do nosso sistema que pode ser resolvida, ou minimizada, se observarmos a decisão inicial sobre a sanção – a pena da sentença condenatória – como máximo intransponível e não como a pena em si a ser cumprida.

⁴¹ PLS 204/2005.

⁴² PLS 261/1999 e PLC 7328/2002.

⁴³ PLC 1.680/1996 e PLC 2.549/1996.

Dentre as proposições que versam sobre a gestão da sanção, constam medidas para ampliar as hipóteses de cabimento de indulto humanitário⁴⁴, institucionalizar a remição da pena pelo estudo⁴⁵, efetivar a remição pelo trabalho dentro do cárcere, promover programas de contratação de egressos e reduzir os quóruns mínimos para saída da prisão⁴⁶.

Embora as proposições sobre o trabalho dentro da prisão sejam de abordagens variadas, nas justificações prevalece a ideia de que o trabalho é um instrumento para a ressocialização, por afastar a ociosidade dentro do cárcere e criar meios para inserção futura na sociedade e no mercado de trabalho, além de a remuneração poder servir ao sustento próprio ou de sua família.

As proposições sobre o tema visam criar ou alterar as regras da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), de modo a estabelecer novas condições para efetivação do trabalho⁴⁷, criar incentivos para empresas privadas se instalarem dentro dos estabelecimentos prisionais⁴⁸ e contratarem egressos⁴⁹ ou excluir o condenado que não estudar⁵⁰ ou trabalhar⁵¹ de programas de redução de pena. A justificação para este último projeto reside na proposta de “impedir o excesso de presos em cada estabelecimento e de transformar em dever o trabalho por parte do condenado”.

Três proposições legislativas inovam ao reduzir quóruns mínimos prisionais, criar novas atribuições ao juiz da execução penal e introduzir o conceito legal de “sobrepênia”. As proposições tocam diretamente no problema da superlotação prisional e apresentam medidas com o intuito de amenizar o problema e reduzir o tempo de exposição, pelo condenado, à situação degradante.

O PLC 4.375/1993 é originário dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Penitenciário (1993) e propõe a fixação de fração mínima de $\frac{1}{3}$ para a progressão de regime ao condenado por crime hediondo. Vale lembrar que, à época da CPI, a Lei nº 8.072/1990 estabelecia o cumprimento integral da pena em regime fechado. Segundo a justificação, o projeto é resultado do trabalho realizado pela

⁴⁴O PLS 243/1995 e PLC 6.973/2002 estabelecem como hipóteses de concessão de indulto humanitário os casos de presos doentes ou em estado terminal.

⁴⁵ PLC 4.375/1993, PLC 269/2007 e PLC 230/2008.

⁴⁶ PLC 4.375/1993, PLC 90/1997 e PLC 4.655/2009.

⁴⁷ PLS 314/1995 e PLC 7147/2002.

⁴⁸ PLC 3868/2004, PLC 6629/2006 e PLC 2.617/2007.

⁴⁹ PLC 3.357/2004

⁵⁰ PLC 5.307/1990.

⁵¹ PLC 6.298/2005

CPI, que concluiu “pela urgente necessidade de se adotarem medidas profiláticas e curativas, que possam, ao menos, humanizar o sistema penitenciário, despindo-o de parte da precariedade em que se encontra”.⁵² A decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade do cumprimento integral em regime fechado levou à edição da Lei nº 11.464/2007 que, dentre outras alterações, estipulou quóruns mínimos para progressão de regime aos condenados por crimes hediondos (2/3 da pena ao condenado primário e 3/4 ao condenado reincidente em crime hediondo)⁵³.

O PLC 4.655/2009 introduz o conceito de “sobrepena”, caracterizado pelo “fato de o recluso ou detento ser submetido a situações degradantes, tais como excesso de população carcerária, maus tratos, condições inadequadas de cela ou ausência de assistência médica ou psicológica”. A verificação pela autoridade judicial da ocorrência de sobrepena poderá acarretar na redução do tempo de prisão, sendo que a redução corresponderá a uma ou duas vezes o período em que se tenha verificado a existência de sobrepena.

3.2.2. Gestão administrativa das vagas

Mais da metade das proposições legislativas que versam sobre a situação carcerária concentram-se em medidas administrativas de gestão do sistema prisional e de vagas. Do total de 31 proposições, (i) 12 estabelecem a criação de novas vagas, (ii) 10 dispõem sobre a transferência de presos e (iii) outras nove tratam da alocação dos condenados e da gestão do número de vagas pelo juiz da execução penal ou pelo administrador público.

As proposições que pretendem criar novos estabelecimentos prisionais concentram-se em dois grandes períodos: parte delas foi distribuída entre 1988 e 1992 e as demais entre 1996 e 2003. Ainda que não haja nenhuma indicação explícita a respeito, é possível formular a hipótese de que estas medidas representem tentativas de adequação dos estabelecimentos prisionais às regras dispostas na Constituição Federal e da Lei de Execução Penal sobre a integridade física e moral do condenado, a arquitetura

⁵² DCN de 19 de janeiro de 1994, Seção I, p.611.

⁵³ Sobre a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema ver Ferreira, 2011, p.102 e ss.

dos estabelecimentos prisionais e a utilização de verbas recolhidas a partir do Fundo Penitenciário Nacional (Lei Complementar nº 79/1994).

No primeiro período (1988-1992) constam propostas de desconcentração da população carcerária. Este elemento também será observado nas proposições que estabelecem regras para a transferência de presos, a seguir. Em poucas palavras, a desconcentração carcerária consiste na redução ou extinção de estabelecimentos prisionais nos grandes centros urbanos, de forma que o condenado fosse alocado ou transferido para unidades prisionais distante dos centros urbanos, preferencialmente na modalidade de colônias educacionais, agrícolas e agro-industriais⁵⁴.

Dentre os argumentos invocados, menciona-se a prisão nas grandes cidades como “universidade do crime” para os condenados e fonte de “intranquilidade para toda a população”. Alguns projetos estabelecem a obrigatoriedade do trabalho pelo condenado na colônia agrícola e a remuneração como parte do ressarcimento de sua manutenção na prisão e para subsistência⁵⁵.

Já o segundo período (1996-2003) é marcado por medidas de implementação de regras mínimas para criação e reforma dos estabelecimentos prisionais⁵⁶. Outra característica interessante destas proposições são as sugestões pela implementação de parceiras público-privadas na criação e gestão das prisões. O principal fundamento que sustenta estas medidas é o de que “iniciativas privadas seriam economicamente autosustentadas e liberariam o Poder Público de boa parte dos pesados encargos” (PLC 3.563/1997)⁵⁷.

As proposições que estipulam regras para transferência de presos estão distribuídas ao longo dos anos 1989 e 2003. Como indicado acima, parte das propostas funda-se na ideia de desconcentração carcerária como medida de desafogamento populacional de estabelecimentos presentes em grandes centros urbanos e desarticulação do crime organizado⁵⁸.

Com isso, algumas proposições pretendem interferir em questões migratórias internas. Propostas apresentadas por deputados do estado de São Paulo tentaram estabelecer a seguinte regra: o indivíduo condenado à pena privativa de liberdade e que

⁵⁴PLC 980/1988, PLC 186/1991, PLC 3353/1992, PLC 3716/1997, PLC 5307/1990, PLC 3322/1997

⁵⁵PLC 980/1988, PLC 186/1991, PLC 3353/1992, PLC 3322/1997.

⁵⁶PLC 409/2003, PLS 88/1998, PLS 211/2001

⁵⁷PLC 2146/1996 e PLC 3563/1997.

⁵⁸PLC 6.731/2002 e PLC 1.750/2003.

tiver menos de dois (alguns casos quatro anos) de domicílio no local onde cometeu o delito deverá cumprir pena no seu Estado de origem⁵⁹. Segundo uma das justificações, “nos grandes centros, em especial em São Paulo, por força das migrações internas, pelo afluxo de desocupados de outros estados observa-se constante crescimento no índice populacional de marginais e, por consequência, no índice de criminalidade” (PLC 1.475/1989).

Por outro lado, a transferência do condenado para a prisão mais próxima do local de nascimento é sustentada pelo argumento de que esta medida facilitaria o convívio com familiares e amigos e, por consequência, sua ressocialização⁶⁰. Trata-se, segundo as justificações, de “medida útil de ressocialização, com vista ao retorno, o mais breve possível, ao seio da sociedade resultado esse que, afinal, é o objetivo principal da pena” (PLC 3.325/1997).

As nove proposições que compõem a categoria “gestão das vagas e dos condenados” versam sobre a criação ou reforma de instrumentos de controle do número de vagas em cada estabelecimento prisional e o número de condenados.

Ao juiz atribui-se a responsabilidade de gerir a quantidade de pena a cumprir e a situação dos condenados. Assim, as proposições estabelecem que o juiz deverá manter atualizada agenda diária, com a relação dos presos que fazem jus à progressão de regime, à concessão de benefícios ou ao término do cumprimento da pena (PLC 3.234/2000), emitir anualmente atestado de pena a cumprir (PLC 3.206/2000)⁶¹, estipular a data em que o condenado poderá ser libertado ou adquirir o direito ao livramento condicional (PLC 2.995/1997) e assegurar a imediata colocação em liberdade do condenado que houver cumprido integralmente a pena (PLC 5.261/2009).

Neste mesmo sentido, o PLC 5.478/2001 estabelece que a lotação do estabelecimento penal não poderá ser excedida e confere ao juiz da execução a responsabilidade por criar vaga liberando outro condenado passível de adquirir direito subjetivo (progressão de regime ou livramento condicional) ou pela conversão da pena em prestação de serviços à comunidade.

Em todas as justificativas destas proposições vigora a percepção de que há um desconhecimento sobre a situação jurídica do cumprimento da pena pelo condenado, ou

⁵⁹ PLC 1475/1989, PLC 1691/1989, PLC 1886/1989, PLC 3325/1997, PLC 3359/1992 e PLC 388/1995. Estes dois últimos são idênticos ao PLC 1475/1989.

⁶⁰ PLC 3325/1997, PLC 69/1999, PLC 4541/2001.

⁶¹ Esta proposição foi transformada na Lei nº 10.713/2003.

seja, não há controle sobre a quantidade de pena cumprida ou a cumprir. De acordo com uma das justificações,

mais de 10% dos cerca de 420 mil presos integrantes do sistema prisional brasileiro já cumpriram pena e ainda se encontram detidos, ou têm direito (...) aos benefícios previstos na Lei de Execução Penal, que, contudo, deixam de ser concedidos em razão da deficiente atuação dos defensores, juízes e membros do Ministério Público que atuam na execução da pena (PLC 5.261/2009).

As demais proposições sobre gestão das vagas e dos condenados criam atribuições aos municípios e órgãos administrativos. A PEC 470/2010 visa instituir a “municipalização do sistema carcerário” como meio de redução do problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais e facilitar o direito de visita dos familiares dos condenados. Segundo a justificação, transferir os condenados para comarcas do interior “distancia o preso de sua realidade e para qual retornará; dificulta a ressocialização em face da impossibilidade do exercício do trabalho, além de estimular saladas de presos em um ambiente de promiscuidade”.

Outras proposições reformam atribuições de órgãos administrativos, como o Conselho Penitenciário, para “oferecer medidas de humanização das unidades prisionais” (PLC 2.619/2007), para o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) determinar o limite de capacidade de cada estabelecimento penal (PLC 6.261/2002) e fixar novas regras para separação entre condenados homens e mulheres (PLS 674/2007) e de acordo com a gravidade do delito (PLC 4.145/1993).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao confrontarmos as proposições legislativas para as quais a situação carcerária do país encontra-se, de certa forma, visível, com as duas dimensões problemáticas da centralidade da pena de prisão que destacamos na primeira seção deste texto, buscamos produzir um retrato da produção legislativa que leva em consideração o problema carcerário no Brasil.

No tocante à *monotonia da intervenção jurídica* que discutimos na primeira parte deste texto, é possível dizer que nenhuma das proposições analisadas tocam essa dimensão da centralidade da pena de prisão em nosso ordenamento jurídico. As menções às penas não-prisionais estão limitadas ao modelo de substituição, com todas

as implicações que discutimos anteriormente, e os mecanismos de monitoramento eletrônico não estão pensados para ocupar o lugar das longas penas de encarceramento, conforme vimos acima. Em outras palavras, ao observarmos somente as proposições legislativas atentas ao problema prisional nos confrontamos com um diagnóstico muito semelhante ao obtido com o estudo do banco pleno: “raríssimas proposições se situam na contramão das iniciativas por “mais crimes” e “mais penas”. (...) Nenhuma norma de comportamento sugere a descriminalização. Nenhuma norma de sanção propõe a despenalização. As sanções não prisionais são marginais, concentram-se na forma cumulativa – e não de forma autônoma (...)” (Machado *et alli*, 2010, p. 65)

Ao mesmo tempo, é importante salientar que a estratégia metodológica utilizada aqui não permite afirmar de forma conclusiva sobre a inexistência de proposições legislativas tocando esta dimensão da centralidade da prisão. A utilização das palavras-chave “crime” e “pena” na busca realizada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal pode, justamente em virtude da forte monotonia da intervenção jurídica, não alcançar as proposições que buscaram regulamentar uma situação problemática por intermédio de outras formas de sanção ou de outros modelos de resolução de conflitos. Afinal, é muito incomum utilizarmos a semântica do crime e da pena sem mobilizarmos conjuntamente a pena de prisão e a exclusão das penas alternativas⁶². Desse modo, outras estratégias metodológicas precisam ser desenvolvidas para investigar mais a fundo o surgimento de ideias inovadoras no decorrer do processo legislativo⁶³.

Em segundo lugar, no tocante à *automatização decisória* e às *margens de atuação do juiz*, encontramos várias proposições tematizando e estabelecendo uma nova divisão de tarefas entre o juiz e o legislador em matéria de penas. Algumas delas, conforme vimos, promovendo uma ampliação do espaço decisório jurisdicional mediante a redução de mínimos, a possibilidade de ser outorgado o perdão no decorrer da execução, a ampliação das hipóteses de sursis e indulto e, por fim, a redução da pena em função das más condições de vida no ambiente prisional (sobrepna). Este conjunto

⁶² Para uma análise desses acontecimentos “acidentais” ou “muito improváveis”, ver o texto de Pires e Cauchie (2011) sobre a nova lei de drogas no Brasil e o potencial inovador da criação de um “crime” sem pena de prisão.

⁶³ Estudos de caso podem ser um método interessante para investigar o surgimento e construção de ideias e estratégias dentro do processo legislativo. Dois estudos de caso desenvolvidos na pesquisa coordenada por Machado (2010) analisam o processo legislativo de aprovação da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e da Lei nº 11.343/2006 (Lei antidrogas) e, dentre outras descobertas, apontam para a atuação do Poder Executivo na apresentação de proposições legislativas, a participação de setores da sociedade civil e as mudanças nos dispositivos dos projetos ao longo da tramitação, especificamente na escolha de determinadas normas de sanção (como a pena de advertência imposta pelo art. 28 da Lei nº 11.340/2006).

de mecanismos favorece a tarefa de individualização da pena, isto é, a tarefa de ajustar e reajustar a pena em função do *indivíduo* concreto apenado – e não de categorias abstratas estabelecidas em lei. No Estado democrático de direito, sempre que ampliarmos a margem de atuação do juiz para decidir casos concretos não estamos simplesmente dando mais poder a eles, mas sim ampliando a capacidade de ação de todos os atores que integram o debate jurisdicional. Se o juiz tem maior amplitude decisória, a defesa e o Ministério Público podem intensificar e expandir seus pedidos de adequação da pena ao cidadão que a cumpre. Não há dúvida de que o fortalecimento das defensorias públicas – com o aumento dos quadros e a equiparação salarial com o Ministério Público, entre outros - constitui um componente essencial nesse quadro.

Ainda no tocante à margem de atuação do juiz, há ao menos uma proposição que difere do conjunto que acabamos de mencionar. Trata-se da possibilidade de determinação judicial de abertura de vaga. Independentemente dos termos dessa proposição específica, importa-nos chamara atenção para o fato de que, nesse caso, busca-se reposicionar o juiz que atua no âmbito de cumprimento da pena. Ao invés de decidir sobre a entrada e saída em função, exclusivamente, das condições individuais do cidadão apenado, esses mecanismos exigem que o juiz observe o conjunto das instituições carcerárias e, muito especificamente, a existência ou não de vagas. Há vários arranjos normativos possíveis que precisam ser pesquisados e discutidos tanto empírica quanto dogmaticamente. Parece-nos um caminho bastante promissor para iniciarmos a construção de pontes entre o executivo e o judiciário em matéria de cumprimento de pena.

Por fim, fora das hipóteses que acabamos de destacar, grande parte das proposições discutidas neste texto ainda estão fortemente amarradas à realização do ideal penitenciário do século XIX. A ênfase na criação de novas vagas surge como requisito indispensável à realização dos componentes da “inclusão por *exclusão social*” - disciplina, higiene, trabalho e educação. Como resumiu o ex-Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, Nagashi Furukawa, “não [é] possível pensar em desenvolver um trabalho eficiente se não houve[r] pelo menos uma vaga adequada para um preso”. No entanto, como enfatiza o próprio entrevistado, “nunca tivemos isso”⁶⁴. E nunca teremos enquanto não mobilizarmos todos os esforços políticos, sociais e culturais para destituir o cárcere da posição de centralidade em que se encontra.

⁶⁴ Miraglia e Salla 2008, p. 22.

Colocado desta forma, o caráter altamente problemático do uso contemporâneo da instituição prisional precede à questão do elevado déficit de vagas do sistema carcerário, bem como à sistemática violação da integridade física, moral e psíquica dos cidadãos que moram nessas instituições.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**. Disponível em <www.censo2010.ibge.gov.br>. Acesso em: 16 jan. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Penitenciário Nacional do Brasil. **População carcerária sintética**. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2010.

CARRANZA, Elias. **Cárcere e Justiça Penal**. Como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas. *Criminalidade, Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe*. (org. Elias Carranza). Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009.

COSTA, Fabiana. O discurso, a realidade, as perspectivas. **Carta Capital**, 03 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/o-discurso-a-realidade-as-perspectivas/>>. Último acesso: 13.fev.2012.

FERREIRA, Carolina Cutrupi. **Legislar pela exclusão social**: um estudo da atividade legislativa sobre cumprimento da pena de 1984 a 2011, 183 p. Dissertação de Mestrado, DireitoGV. São Paulo, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 7ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

GROSS, Hyman and VON HIRSCH, Andrew. **Sentencing**. New York: Oxford University Press, 1981.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; MACHADO, Máira Rocha; ANDRADE, Fábio Knobloch de (2009). **SISPENAS** - Sistema de Consulta sobre Penas, Crimes e Alternativas à Prisão – Série Pensando o Direito, nº 6/2009.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis e RODRIGUEZ, José Rodrigo (2007). Qual é a língua da liberdade? **Folha de São Paulo**, 25 de março de 2007, Caderno Tendências/Debates, p. A-3.

MACHADO, Máira Rocha e RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Rusche e Kirchheimer em Pena e Estrutura Social**. In: Curso livre de teoria crítica. 2ª Edição. Campinas: Papyrus, 2011.

_____ ; PIRES, Álvaro; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro Mesquita. **A complexidade do problema e a simplicidade da solução**: a questão das penas mínimas. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, Vol. 17, 2009.

_____ ; *et ali*. **Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil**. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, Vol. 32, 2010.

_____ ; e PIRES, Álvaro. **Intervention politique dans la sentence du droit: fondement culturels de la peine minimale**. Criminologie, vol. 43, nº 2, 2010, p. 89-126⁶⁵.

MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade**: periculosidade e controle social no Brasil, 145 p. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

MIRAGLIA, Paula; SALLA, Fernando. **O PCC e a Gestão dos Presídios em São Paulo**. Entrevista com Nagashi Furukawa. Novos Estudos Cebrap, 80: 21-41, 2008.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Fábrica de penas, a racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos**. São Paulo: Editora Revan, 2009.

PIRES, Álvaro e CAUCHIE, Jean François. **Um caso de inovação “acidental” em matéria de penas**: a lei brasileira de drogas. Revista Direito GV 13, v. 7, n. 1, jan-jun 2011, p. 299-329.

ROS, Juan Manuel y SAUQUILLO, Julian. Estudio Preliminar. **Un “sistema penitenciario” traído del viaje**. In Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia (Alexis de Tocqueville y Gustave de Beaumont). Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

SYKES, Gresham. *The Society of Captives*. New Jersey: Princeton University Press, 1958. (Terceira edição, 1974).

WACQUANT, Loic. **O lugar da prisão na nova administração da pobreza**. Novos Estudos Cebrap 80, março 2008, p. 9-19.

WALMSLEY, R. **World prison population list. 8th Edition**. King's College London International Centre for Prison Studies de 2009. Disponível em: <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/w ppl-8th_41.pdf>. Acesso em 16.jan. 2012.

⁶⁵ A tradução deste texto será publicada em breve pela editora Saraiva na coletânea “Responsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito”, organizada por Marta Machado e Flavia Puschel.