



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Mestrado em Direito

BRUNO ANDRE SILVA RIBEIRO

**A CONSTRUÇÃO DO MODELO PUNITIVO NOS EUA:
uma reflexão sobre os movimentos de reforma penal e as novas
tendências**

Brasília – DF

2015

BRUNO ANDRE SILVA RIBEIRO

**A CONSTRUÇÃO DO MODELO PUNITIVO NOS EUA:
uma reflexão sobre os movimentos de reforma penal e as novas
tendências**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Área de concentração: Direito e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Estados, políticas públicas e domínio econômico-social.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Amaral Machado

Brasília – DF

2015

BRUNO ANDRE SILVA RIBEIRO

**A CONSTRUÇÃO DO MODELO PUNITIVO NOS EUA:
uma reflexão sobre os movimentos de reforma penal e as novas
tendências**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Área de concentração: Direito e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Estados, políticas públicas e domínio econômico-social.

Brasília, 10 de agosto de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Bruno Amaral Machado
Orientador

Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof^a. Dr^a. Cristina Zackseski
Universidade de Brasília - UnB

AGRADECIMENTOS

Para Bruno Amaral, que enobrece o conceito de orientador não apenas pelo conhecimento próprio, mas especialmente pelos ensinamentos, pela dedicação e pela presteza ímpares que dedica a seus alunos.

Para Keila, cujas horas de convívio subtraídas não lhe impediram de dar o amparo emocional e os imprescindíveis auxílios, e sem a qual esta estrada dificilmente seria satisfatoriamente trilhada.

Para Luíza, fonte de toda inspiração e angústia, por quem e para quem dedico cada pensamento, tudo no intuito de tentar lhe deixar um mundo melhor do que aquele que encontrei.

“A segurança e a liberdade são dois valores igualmente preciosos e desejados que podem ser bem ou mal equilibrados, mas nunca inteiramente ajustados e sem atrito. De qualquer modo, nenhuma receita foi inventada até hoje para esse ajuste. [...]

A tensão entre a segurança e a liberdade e, portanto, entre a comunidade e a individualidade, provavelmente nunca será resolvida e assim continuará por muito tempo [...] Não seremos humanos sem segurança ou sem liberdade; mas não podemos ter as duas ao mesmo tempo e ambas na quantidade que quisermos. Isso não é razão para que deixemos de tentar. Mas serve para lembrar que nunca devemos acreditar que qualquer das sucessivas soluções transitórias não mereceria mais ponderação nem se beneficiaria de alguma outra correção. O melhor pode ser inimigo do bom, mas certamente o ‘perfeito’, é um inimigo mortal dos dois”¹

Zygmunt Bauman

“O lema político do momento é pretender que todos os conflitos sociais podem ser resolvidos mediante o poder punitivo. Mais fácil que resolver os conflitos é tipificá-los”²

Eugenio Zaffaroni

“Sem algo a que pertençamos, não temos um eu estável; apesar disso, o compromisso e a ligação totais com qualquer unidade social supõem uma espécie de ausência do eu. Nosso sentimento de ser uma pessoa pode decorrer do fato de estarmos colocados numa unidade social maior; nosso sentimento de ter um eu pode surgir através das pequenas formas de resistência a essa atração. Nosso status se apóia nas construções sólidas do mundo, enquanto nosso sentimento de identidade pessoa reside, frequentemente, em suas fendas”³

Erving Goffman

¹ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, pp. 10-11.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

³ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 259.

RESUMO

O modelo punitivo dos EUA é uma referência mundial. Muitos governos e estudiosos da área se debruçam sobre as suas iniciativas, tanto para que sirvam de paradigma como para contundentes críticas. Trata-se, em todo caso, de um terreno fértil para pesquisas na medida em que, em maior ou menor grau, influenciaram (e continuam a influenciar) as políticas públicas de diversas nações. O problema que se coloca, enfim, é justamente descobrir de que modelo estamos falando e, ainda, como se deu a sua construção, no bojo de uma série de reformas penais que se instalaram. A hipótese que ora se levanta é que o modelo punitivo eminentemente retributivo que se desenvolveu corresponde, não apenas, a um aumento nos índices de criminalidade, mas, essencialmente, a uma convulsão social que se verificou nos EUA, mais precisamente a partir da década de 1970. Outrossim, sugere-se no presente estudo que estaria em curso uma nova tendência com vistas à superação deste modelo, mediante políticas e programas ainda pontuais, mas que apontam para a adoção de um novo paradigma não apenas no aspecto punitivo mas, também, no próprio sistema de justiça, uma vez constatada a ineficiência dos modelos retribucionista e incapacitante.

Palavras chave: Sistema de justiça penal – Reforma penal – Ressocialização – Retributismo - Incapacitação

ABSTRACT

The punitive model of the United States is a world reference. Many Governments and scholars in the area dealing with its initiatives, both for serving of paradigm as to blunt criticism. It is, in any case, a fertile ground for research in that, to a greater or lesser degree, influenced (and continue to influence) the public policies of many Nations. The problem, in short, is precisely to find out what model are we talking about and how did its construction, in the midst of a series of penal reforms that have settled. The hypothesis is that the punitive model eminently retributive that developed corresponds not only to an increase in crime rates, but, essentially, the social upheaval that has occurred in the U.S., more precisely from the decade of 1970s. Furthermore, it is suggested in this study that would be a new trend with a view to overcoming this model, by means of specific policies and programs, that point to the adoption of a new paradigm, not only punitive aspect, but also in the justice system itself, once seen the inefficiency of a retributionist and disabling models.

Keywords: criminal justice system – penal reform – Resocialization – Retribution - Disabling

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPITULO 1.....	22
PANORAMA ATUAL DO MODELO PENAL NORTE-AMERICANO...	22
1.1 Os Índices de Criminalidade nos EUA	22
1.2 Os Índices de Elucidação de Crimes nos EUA	31
1.3 Os Investimentos no Sistema Correicional Norte-Americano	34
1.4 A População Carcerária dos EUA: seletividade, estigmatização e reincidência.....	40
CAPITULO 2.....	50
A CONSTRUÇÃO DO MODELO PENAL DOS EUA.....	50
2.1 Cronologia do Modelo Repressor	50
2.2 As Origens da Política Punitiva e os Principais Movimentos de Reforma Penal.....	51
2.3 O <i>Broken Windows</i> , o Tolerância Zero e o <i>Three-Strikes and You're Out</i> ...	61
2.4 O Contexto Histórico dos EUA e a Construção do Modelo Repressivo.....	71
2.5 O Tabelaento do Castigo: a Origem das <i>Guidelines</i> e da <i>Sentencing</i> <i>Commission</i>	77
2.6 O <i>Committee for the Study of Incarceration</i> e o <i>Doing Justice</i> : o castigo merecido (<i>just desert</i>)	80
2.7 O <i>Crime Control Act</i> (1984), o <i>Anti-Drug Abuse Act</i> (1986) e o <i>Violent</i> <i>Control and Law Enforcement Act</i> (1994).....	90
2.8 As Principais Críticas ao Modelo Repressivo	97
2.9 O Grau Máximo do Modelo Repressivo: A Pena Capital nos EUA	100
2.10 O Posicionamento da Suprema Corte dos EUA em face dos Movimentos de Reforma Penal.....	103
CAPÍTULO 3.....	109
O CASO PARTICULAR DA CALIFÓRNIA	109
3.1 Considerações Gerais: peculiaridades, investimentos e população carcerária.....	109
3.2 Breve Cronologia do Modelo Punitivo Californiano	113
3.3 O Grau Máximo do Modelo Repressivo: A Pena de Morte no Estado da Califórnia.....	119
3.4 O Colapso do Sistema Punitivo da Califórnia	124
3.5 Os Casos Jurisprudenciais Paradigmáticos: Coleman e Plata.....	126
CAPÍTULO 4.....	131

AS TENDÊNCIAS ATUAIS E OS NOVOS NÚMEROS DO SISTEMA PUNITIVO	131
4.1 As Novas Tendências do Modelo Punitivo nos EUA	131
4.2 As Novas Tendências do Modelo Punitivo na Califórnia	140
4.3 Os Números Recentes do Sistema Carcerário e o Impacto das Iniciativas nos Índices de Criminalidade.....	144
4.4 Breves Lições dos Movimentos de Reforma Penal.....	150
CONCLUSÃO	153
REFERÊNCIAS	163
ANEXOS	I
Anexo A – <i>Syllabus</i> - MISTRETTA, v. UNITED STATES.....	I
Anexo B – <i>Syllabus</i> - UNITED STATES v. BOOKER	II
Anexo C – <i>Syllabus</i> - KIMBROUGH v. UNITED STATES	VIII
Anexo D – <i>Syllabus</i> - PEPPER v. UNITED STATES	XIV
Anexo E – <i>Syllabus</i> - JOHNSON v. UNITED STATES.....	XVIII
Anexo F - <i>Prison Overcrowding State of Emergency Proclamation</i>.....	XX
Anexo G – <i>Syllabus</i> - BROWN v. PLATA ET AL	XXVII
Anexo H - <i>Remarks by the President Obama at the NAACP Conference</i> ..	XXXIII

INTRODUÇÃO

O modelo punitivo e penitenciário dos Estados Unidos da América - EUA é uma referência mundial. Muitos governos e estudiosos da área se debruçam sobre as suas iniciativas, tanto para que sirvam de paradigma como para contundentes críticas. Trata-se, em todo caso, de um terreno fértil para pesquisas na medida em que, em maior ou menor grau, influenciaram (e continuam a influenciar) as políticas públicas de diversas nações.

De fato, pondera Wacquant que o modelo punitivo norte-americano se disseminou no mundo inteiro, desde a Europa, principalmente na Inglaterra, a qual o autor denomina de "cavalo-de-troia da americanização do penal", até a América Latina, em um fenômeno que identifica como "difusão transatlântica" ou "tempestade global da lei-e-ordem"⁴. Da mesma forma, Quirós entende que a política punitiva norte-americana e o seu sistema de penas inspirou reformas em diversos países do mundo, que rotineiramente recorrem ao endurecimento penal vivenciado pelos EUA como exemplo ou guia.⁵

O presente estudo, assim, encontra justificativa, primeiramente, na ampla ressonância que o modelo exerce em todo o mundo, desde as nações mais desenvolvidas até aquelas econômica e socialmente mais frágeis. Ademais, a arena política parece mais suscetível a disseminação de seus fundamentos, muitas vezes já ultrapassados, e outras tantas de forma substancialmente deturpada, em consonância com o que se passou a denominar populismo penal e criminologia midiática.⁶

O problema que se coloca, então, consiste em se identificar qual o modelo punitivo de que estamos tratando, uma vez que os movimentos de reforma penal nos EUA proporcionaram uma sequência de correntes por vezes até mesmo antagônicas. A proposta do presente trabalho é, pois, descrever os diversos modelos punitivos que floresceram no território norte-americano, compreendendo os discursos que os embasaram e o contexto histórico em que se formaram, para, ao final, demonstrar a existência de uma nova tendência.

O trabalho, assim, foi desenvolvido mediante uma análise da evolução do modelo punitivo norte-americano, o que implica, evidentemente, o estudo e a compreensão não

⁴ WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 116.

⁵ QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo y determinación de La pena em los Estados Unidos: um estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 77.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

apenas dos institutos mais importantes do seu direito penal, como das respectivas obras-chave, em especial aquelas que forneceram substrato ideológico às respectivas reformas, inclusive do ponto de vista legislativo e jurisprudencial.

Deste modo, em primeiro lugar, é possível identificar nos EUA uma cruzada contra as denominadas “sentenças indeterminadas”, essencialmente ligadas ao projeto reabilitador. O fundamento da crítica consistia, em suma, no excesso de poder nas mãos dos juízes e órgãos administrativos da execução, que tinham a incumbência de proceder à reintegração do condenado à sociedade mediante uma transformação de seu caráter. O ponto central da crítica, de fato, se funda na obra “*Criminal Sentences: law without order*”, publicada em 1973, de autoria do magistrado Marvin Frankel⁷, e que mudou a forma de imposição da pena nos EUA.

Nesta toada, pode-se afirmar que houve uma percepção clara no sentido de que o projeto transformador dos indivíduos, através da pena e da prisão, não teria alcançado o objetivo pretendido. A propósito, o ativista de direitos humanos Robert Martinson concluiu, ainda em 1974, no sentido de que “*nothing works*”, perpetuando esta expressão como símbolo da falência do modelo ressocializador. A obra, “*What works? Questions and answers about prison reform*”⁸, ampliou o campo de críticas ao modelo então vigente.

As idéias de Frankel foram objeto de consideração pelo *Committee for the Study of Incarceration*, grupo criado com o objetivo de apresentar propostas para uma ampla reforma do modelo punitivo norte-americano, sendo composto por diversos estudiosos e expoentes das mais diversas áreas, como, por exemplo, Irving Goffman. As análises resultaram na obra “*Doing Justice: the choice of punishment*”, publicada em 1976⁹. O *Committee* apresentou diversas sugestões, merecendo destaque as idéias de se (i) padronizar, em abstrato, o respectivo apenamento em atenção ao bem jurídico tutelado, (ii) limitar a discricionariedade judicial na imposição das penas, através de um modelo tipo tabelamento (“*sentencing guidelines*”), de forma a guiar o magistrado no respectivo cálculo e, por fim, (iii) criar um órgão autônomo cujas atribuições seriam de acompanhamento e propositura de mudanças na esfera de previsão e fixação das penas privativas de liberdade.

⁷ FRANKEL, Marvin E. *Criminal sentences: law without order*. New York: Hill and Wang, 1973.

⁸ MARTINSON, Robert. *What works? Questions and answers about prison reform*. The Public Interest, 1974, pp. 22-54. Disponível em <http://www.nationalaffairs.com/doclib/20080527_197403502whatworksquestionsandanswersaboutprisonreformrobertmartinson.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

⁹ COMMITTEE FOR THE STUDY OF INCARCERATION. *Doing Justice: the choice of punishment*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1986.

Neste contexto, o primeiro estado norte-americano a adotar parte das sugestões em sua legislação local, ainda em 1976, foi justamente a Califórnia, unidade símbolo do modelo punitivo norte-americano, tendo-se passado a uma previsão de penas fixas para os crimes estaduais. O movimento de reforma penal no estado ficou conhecido como *Determinate Sentencing Law*. E, logo na sequência, o estado de Minnesota adotou parcialmente as sugestões de Frankel e do *Committee*, criando as suas próprias *sentencing guidelines*, que entraram em vigor em 1980.

Em seguida, tem-se a edição de outra obra fundamental na formação do modelo repressivo. Com efeito, os professores James Wilson e George Kelling publicaram, em 1982, um artigo histórico que influenciaria gerações inteiras não apenas nos EUA, denominado “*Broken Windows: the police and neighborhood safety*”¹⁰. Discutia-se, em suma, o papel do policiamento comunitário e o seu impacto na percepção de segurança da comunidade. As conclusões do estudo, contudo, ganharam contornos conservadores e caíram nas graças da classe política, resultando nos programas denominados “tolerância zero”, tendo como foco principal a baixa aceitabilidade de certos grupos e incivildades.

No plano federal, a reforma do modelo punitivo se iniciou, oficialmente, em 1984, no curso do mandato presidencial de Ronald Reagan (1981-1989), que havia já governado o estado da Califórnia, através do *Crime Control Act*, com o endurecimento da legislação criminal, que já agora passava a prever, objetivamente, penas mais altas para a maioria dos delitos, bem como com a criação do órgão autônomo proposto por Frankel e pelo *Committee*: a *United States Sentencing Commission - USSC*. Por sua vez, em 1986, promulgou-se o *Anti-Drug Abuse Act*, com endurecimento da legislação penal especificamente com relação aos delitos de drogas, com especial destaque a uma substância, qual seja, o crack.

Na sequência das mudanças legislativas, em 1987 foi promulgado o *Sentencing Reform Act*, que acolheu a maior parte das sugestões contidas no *Doing Justice*, criando-se, no âmbito dos EUA, as “*Sentencing Guidelines*”, com padronização do procedimento de imposição da pena, mediante a utilização de dois critérios básicos: a gravidade do crime e os antecedentes criminais do infrator. No mais, dificultou-se a obtenção de benefícios penais, como a *probation*, praticamente se extinguindo, outrossim, a *parole*. Finalmente, em setembro de 1994, o então presidente Bill Clinton sancionou a mais abrangente reforma legislativa da

¹⁰ KELLING, George L.; WILSON, James Q. *Broken windows: the police and neighborhood safety*. Disponível em <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>. Acesso em 01. jun. 2015.

criminal da história norte-americana, no que passou a ser conhecido como *Violent Crime Control and Law Enforcement Act*¹¹.

Em suma, a partir daí se implementou no âmbito dos EUA uma cultura punitiva repressiva, com destaque para a neutralização do infrator, mediante penas determinadas, mas longas, impostas pelo judiciário mediante um procedimento aparentemente objetivo e transparente.

Tudo isso culminou em um índice de encarceramento sem paralelo no mundo moderno, tendo os EUA atingido, em 2010, mais de 2 milhões de presos, ou 1 cidadão encarcerado para cada 100 habitantes, como se demonstrará no desenvolver deste trabalho. O novo modelo repressivo, contudo, ensejou debates e discussões acerca das consequências atingidas. Em primeiro lugar, não produziu impactos nos índices de criminalidade. Em segundo lugar, comprometeu a existência de milhões de jovens, pobres e negros, vítimas da seletividade estrutural do sistema. Em terceiro lugar, gerou seguidos déficits no orçamento público, que precisava ampliar cada vez mais as rubricas relativas aos gastos, especialmente com o sistema carcerário. Por fim, aparentemente o alto segregacionismo não aplacou a sensação de insegurança e desconforto reinante na sociedade.

Produziu-se, então, um círculo vicioso: quanto mais “funcionava” o modelo repressor, mais se aprofundavam os gastos com o sistema penitenciário, sem que houvesse qualquer contrapartida positiva para a sociedade em geral. Em resumo, as estatísticas criminais aparentemente não guardavam qualquer correspondência com o endurecimento penal, os índices de reincidência permaneciam elevados e os custos com a manutenção deste novo modelo atingia patamares significativos, comprometendo-se, em alguns estados, o próprio funcionamento da máquina pública.

Ao que se tem, todavia, a demanda por segurança, voltada especialmente para os elementos representantes do perigo e do risco (negros, jovens, moradores de rua, imigrantes, etc), tinha origem não apenas na elevação da taxa de criminalidade observada nos EUA a partir da década de 1970, mas também em fatores macroeconômicos e estruturais da época, como a crescente demanda por direitos civis de minorias, a redefinição de papéis na sociedade e na família e a crise econômica que atingiu substancialmente a economia norte-americana,

¹¹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994*. Washington, 1994. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/txtfiles/billfs.txt>>. Acesso em 01.jul.2015.

produzindo escassez de crédito, aumento do desemprego e alta da inflação. De todo modo, a solução procurada foi o endurecimento da lei penal, mediante a declaração de guerra contra o crime, e em especial contra as drogas, o que paulatinamente foi dando forma ao atual modelo carcerário, cujas principais características são a superpopulação carcerária, os elevados gastos e a negligência para com os internos.

Uma primeira hipótese que se levanta, assim, é que o endurecimento do sistema penal norte-americano, iniciado na década de 1970, corresponde a um contexto histórico peculiar, de convulsão social e grave crise econômica, tudo a condicionar uma difusa sensação de insegurança no seio da sociedade, permitindo, destarte, não apenas a superação do modelo então vigente, reputado ineficaz, mas a adoção de um novo paradigma que garantisse, de forma eficiente, a segurança dos indivíduos. Sob outra óptica, poder-se-ia dizer que os sistemas política justiça incorporaram parcialmente os ruídos do entorno, permitindo-se, outrossim, não uma sucessão de paradigmas, mas sim uma concorrência entre os discursos penais existentes. Deste modo, procurou-se no decorrer do trabalho fazer-se referência, sempre que possível, a acontecimentos históricos que possam ter atuado como pano de fundo para as respectivas reformas penais.

Além disso, uma segunda hipótese é que se encontra em curso uma nova reforma penal substancial no modelo norte-americano, possivelmente ante a constatação do equívoco do modelo eminentemente repressivo até então vigente e amplamente propalado (e importado por diversas nações, ainda que a título de mera retórica política), consistente na superação do pilar reabilitador e com foco, quase exclusivo, na neutralização e na retribuição.

Assim, um minucioso estudo da legislação e da jurisprudência dos EUA, no particular do direito penal e da execução das penas impostas, é extremamente importante também para a desmistificação de certas questões, amplamente disseminadas no senso comum e, muitas vezes, nos próprios meios de comunicação de massa, numa relação que, uma vez estabelecida, se auto-reproduz, dominando inclusive os discursos no campo da política.

Importante, deste modo, estar-se atento às iniciativas e às reviravoltas, acompanhando detidamente os elementos propulsores e as suas consequências, nem sempre condizentes com os objetivos declarados e desejados. Fundamental, ainda, compreender o contexto dos movimentos de reforma levados a efeito, bem como suas peculiaridades, de modo a permitir uma análise crítica acerca da experiência estrangeira e, por conseguinte, da conveniência em se reproduzir, em território diverso, o modelo norte-americano.

O fato é que, diante da realidade produzida pelo modelo repressor, os EUA viram-se condicionados a repensar o seu modelo punitivo e penitenciário. Este novo movimento de reforma penal contou com a efetiva contribuição de todos os poderes constituídos, caracterizando-se numa verdadeira mudança de paradigma. Procedeu-se, assim, a alterações na gestão administrativa, bem como a modificações legislativas e jurisprudenciais acerca do tema. O presente estudo, destarte, tem como objetivo geral demonstrar qual o atual estágio, bem como as novas tendências, do modelo punitivo nos EUA. Como objetivo específico, o presente trabalho pretende demonstrar, à luz das particularidades do maior sistema punitivo do mundo, a ineficiência dos modelos retribucionista e incapacitante.

Para tanto, o trabalho desdobra-se em quatro partes. O primeiro capítulo tem por objetivo descrever o quadro geral do modelo penal norte-americano, com apresentação de alguns dados concretos, ora reputados imprescindíveis a compreensão da realidade do sistema de justiça criminal dos EUA, até mesmo para se constatar se a suposta sensação de insegurança difundida socialmente converge para as estatísticas estatais. Inicia-se, pois, com uma análise dos índices de criminalidade atuais no território norte-americano, uma vez que o endurecimento penal, quase sempre, foi justificado pelas agências oficiais como uma resposta ao incremento no número de delitos.

Importante pontuar que o presente estudo, assim como os dados oficiais, tem como foco a criminalidade denominada violenta, em especial o homicídio, sendo necessário conhecer não apenas as fontes de onde provêm as informações, como sua aparente convergência e fidedignidade. Em seguida, procede-se a uma abordagem sob o aspecto espacial da criminalidade nos EUA, com a demonstração de que a região oeste, que inclui o estado da Califórnia, merece de fato especial destaque, inclusive no particular do significativo uso de armas de fogo.

Passo seguinte, o trabalho avança no trato das taxas de elucidação de crimes, ponto considerado fundamental quanto ao aspecto da confiabilidade nas instituições e na difusa sensação de segurança, que, ademais, não se restringe, neste tanto, sob a óptica da população em geral, apenas aos casos extremos de violência, mas, também, aos delitos rotineiros, como furtos de veículo e invasões de domicílio.

Outro ponto importante em análise no presente capítulo diz respeito aos investimentos estatais na sistema correicional. Em regra, há uma crença no sentido de que o mau funcionamento de um sistema punitivo decorre, em grande parte, da insuficiência de recursos

financeiros e humanos. Neste item, busca-se demonstrar que o investimento no modelo punitivo norte-americano é maciço, merecendo destaque as despesas com a saúde da população prisional, que é um dos pontos críticos do sistema dos EUA. Ademais, imperioso pontuar, ainda sob o viés dos investimentos, que os gastos se tornam ainda mais significativos quando se compreende que o modelo correicional não gira em torno tão-somente da prisão em si, existindo despesas consideráveis também com a manutenção dos programas alternativos ao encarceramento, tais como a *probation* e a *parole*, cuja fiel compreensão se mostra imprescindível não apenas porque foram institutos-chave do modelo reabilitador, como também porque as críticas formuladas pelo modelo repressor a eles se dirigiam de forma substancial.

Por fim, esta primeira parte do trabalho busca descrever a atual realidade do sistema punitivo norte-americano, focando especialmente a simbólica taxa de um preso para cada grupo de cem cidadãos adultos (1:100) ou, ainda, de um indivíduo sob controle penal estatal para cada grupo de trinta e uma pessoas (1:31), patamares atingidos no ano de 2010, como se demonstrará oportunamente. Além disso, explora-se a questão relativa aos índices de reincidência, foco de contundentes críticas ao modelo reabilitador.

Superada, então, a questão relativa à visão geral do sistema norte-americano, o trabalho avança para o segundo capítulo, cujo objetivo é retratar as fases pelas quais passou o modelo punitivo norte-americano. Neste aspecto, a fase embrionária se dá com o surgimento do instituto da prisão e a preocupação em se proceder à desvinculação do modelo monárquico inglês, supostamente norteador por práticas concebidas no período absolutista e que, por esta razão, fundava-se, essencialmente, na imposição do medo aos cidadãos. Mostra-se, pois, fundamental a compreensão dos modelos penitenciários de Auburn (no estado de Nova York) e da Filadélfia (no estado da Pensilvânia), que serviram de inspiração não apenas para a maioria dos estabelecimentos prisionais dos EUA como, também, do mundo, desde sua concepção arquitetônica até suas ideologias.

E, é justamente a partir de ambos os modelos penitenciários, há o surgimento de diversas teorias acerca do tema, como, *ad exemplum*, o *new penology*, por volta de 1870, que emprestava fundamento filosófico ao modelo então vigente, fundado no isolamento, na penitência e na reflexão. Na sequência, surgem, então, as sentenças indeterminadas e os mencionados institutos da *parole* e da *probation*, tudo com foco na reabilitação do infrator. Em uma fase posterior, identifica-se o surgimento de um novo movimento denominado *justice*

model que, ao criticar abertamente os pressupostos ressocializadores, acabou abrindo o caminho para o endurecimento do modelo punitivo, com o surgimento do que passou a se denominar como *just desert*, ou castigo merecido.

A partir de então, desenvolveram-se técnicas de controle social manifestamente descompromissadas com qualquer finalidade atinente ao criminoso em si, superando-se, de vez, a preocupação com a propalada ressocialização. Assim ocorre com a técnica atuarial, a que se veio a batizar como “*new penology*”¹², que, em síntese, partia de uma análise de riscos e perdas aceitáveis, tendo como foco determinados grupos ou categorias sociais. Na mesma toada, surgem técnicas pragmáticas vinculadas à mera neutralização ou incapacitação de certos indivíduos representantes do perigo. O fato, assim, é que tanto a incapacitação como o atuarialismo, ou mesmo o retribucionismo, fulminaram, ao menos no âmbito dos EUA, as premissas do modelo reabilitador e instauraram uma nova ordem penal.

Neste contexto de endurecimento da legislação penal, há, ainda, pelo menos duas políticas públicas, concebidas nos EUA e exportadas para o mundo, que contribuiram decisivamente para o atual quadro crítico: o *broken windows* e o *three-strikes and you're out*. De fato, dada a importância histórica de ambas as políticas, fundamental a sua compreensão até mesmo como forma de entender o ponto em que a “teoria das janelas quebradas” se transmutou, à luz de um populismo político, em “tolerância zero” e, juntamente com o *three-strikes*, caminhou *pari passu* com as técnicas atuariais e incapacitativas. A dimensão de tais políticas pode ser confirmada pelo esgotamento da capacidade dos estados em abrigar tantos presos, apesar do significativo investimento, a tal ponto de se admitir alternativas no mínimo *sui generis*, como a criação de “prisões-barco”. O fundamental, contudo, foi a ampla ressonância que tais técnicas e políticas tiveram no meio social, em aparente comunhão com o sistema político que, com amplo apoio dos meios de comunicação de massa, passou a se auto-reproduzir, culminando no atual quadro.

Ainda no segundo capítulo, explora-se o pano de fundo das reformas penais levadas a efeito, com a descrição do peculiar contexto histórico, social e econômico, pelo qual passava os EUA, a partir da década de 1970, o que indica que tal cenário fomentou a desconfiança para com o modelo ressocializador, potencializando o surgimento dos movimentos de lei-e-ordem, uma vez disseminada a sensação de insegurança na sociedade da época, que exigia das

¹² FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. *The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*. Califórnia, 1992. Disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/718>>. Acesso em 01.jun.2015.

autoridades uma pronta resposta estatal. E este ruído advindo de diversos setores da sociedade não poderia ser simplesmente ignorado, nem pelo sistema da política, nem pelo judiciário e pelos órgãos de persecução penal que, especificamente nos EUA, também dependiam da aprovação popular pelo voto. A resposta, então, acabou vindo por meio do sistema penal, mediante a identificação de certos grupos ou categorias, mapeamento de riscos, incremento do controle e neutralização do perigo, num movimento que durou praticamente quatro décadas.

Ainda no particular do modelo punitivo dos EUA, outro ponto fundamental do presente trabalho diz respeito à pena capital, que faz parte da própria história norte-americana. Quanto ao tema, a própria jurisprudência da Suprema Corte se mostrou vacilante, ora em apoio explícito, ora reconhecendo a sua inconstitucionalidade. Mais recentemente, contudo, vários juízes têm reconhecido a ofensa à Constituição, mais especificamente à proibição de aplicação de penas cruéis, prevista na Oitava Emenda. A posição assim da jurisprudência parece convergir a atuação de diversos estados que têm reduzido o número efetivo de execuções, a despeito do crescimento dos veredictos à morte.

No aspecto das políticas legislativas levadas a efeito no particular do endurecimento penal, destaca-se a reforma que originou o processo de fixação das penas por meio das denominadas *guidelines*, com um tabelamento do castigo a ser imposto, bem como com a criação de um ente regulador denominado *Setencing Commission*, que acabou por modificar substancialmente a forma de imposição de pena nos EUA, em especial pela adoção das sugestões apresentadas por Marvin Frankel e pelo *Committee*.

Por fim, o quadro atual não pode ser bem compreendido sem a exploração de duas políticas criminais do governo norte-americano editados na década de 1980, ambas no mandato do então presidente Ronald Reagan (1981-1989): o *Crime Control Act*, de 1984, e o *Anti-Drug Abuse Act*, de 1986, que produziram um significativo endurecimento da legislação criminal, com aumento significativo de penas e restrição de benefícios, tudo a indicar, pois, uma fundamental importância no quadro de explosão da população carcerária das décadas seguintes.

Diante do novo contexto, muitas críticas foram formuladas ao novo modelo repressivo. Em primeiro lugar, o aumento da severidade que, a princípio, não condizia com os ideais dos movimentos contestatórios e eminentemente garantistas como o *justice model*. Em segundo lugar, a permanência do subjetivismo e da arbitrariedade do novo modelo, precipuamente diante da criação e proliferação da *plea bargaining*, cujo foco de atuação

apenas migrou do juiz para o órgão acusador. E, por fim, pela desproporcionalidade na aplicação das penas através do método de *guidelines*, que impedia a análise conjunta do fato e da pessoa julgada, resultando, inúmeras vezes, em penas desproporcionais à infração cometida.

Deste todo modo, tem-se por fundamental, também, o estudo do posicionamento do poder judiciário norte-americano, especialmente de sua Suprema Corte, frente a estes movimentos de reforma penal, ora chancelando-os, ora estabelecendo importantes diretrizes para as políticas públicas na área como, por exemplo, em casos históricos como *Booker*, *Pepper*, *Furman* e *Coleman*, cujos conteúdos serão objeto de consideração em tópico específico. Por fim, procede-se, ao término do segundo capítulo, a uma abordagem acerca das mais recentes tendências no âmbito da política criminal dos EUA, inclusive com flexibilização da legislação penal em diversos estados.

Em seguida, no capítulo terceiro, o presente trabalho se propõe a um estudo de caso especificamente quanto ao modelo punitivo do estado da Califórnia. E a escolha se justifica por diversas razões. A uma, pela sua importância política, pois se trata do estado mais rico e mais populoso dos EUA; a duas, por ser a unidade-símbolo do modelo punitivo norte-americano. De fato, foi o primeiro estado a aderir ao movimento de reforma que sepultou o modelo reabilitador, editando, ainda em 1976, um conjunto normativo altamente repressivo que ficou conhecido como *Determinate Sentencing Law*. A três, porque possui a maior população carcerária do país e o maior número de presos no corredor da morte, o que a torna, também, a unidade com maior despesa orçamentária neste campo. Ademais, o seu sistema carcerário teve diversos casos apreciados pela Suprema Corte, justamente em razão de graves denúncias de violações aos direitos humanos, o que inclusive ensejou a produção de atos concretos comprometidos com uma substancial reforma penal, como, por exemplo, o *Substance Abuse And Crime Prevent Act* (2001), o *Public Safety Act* (2009), o *Blueprint* (2010), o *Realignment Act* (2011) e as *Propotion* no. 36 (2012) e no. 47 (2014). Observa-se, ainda, ter sido a única unidade a ter declarado, oficialmente, um estado de emergência em seu sistema penitenciário, no ano de 2006. De mais a mais, a convulsão social e econômica vivenciada nos EUA na década de 1970, encontra perfeita ressonância com a situação do estado da Califórnia, palco de diversas manifestações quase sempre reprimidas pela guarda nacional.

Finalmente, após a devida abordagem da construção do modelo punitivo nos EUA e dos diversos movimentos de reforma penal empreendidos, inclusive no seu estado-modelo (Califórnia), o presente trabalho faz, no quarto capítulo, basicamente, uma descrição dos resultados obtidos com a implementação das iniciativas abordadas nos capítulos anteriores. Evidentemente, os achados, conquanto importantes, ainda são em número pequeno, uma vez que essas novas tendências teriam sido colocadas em prática somente após o ano 2000, sendo necessário, portanto, um tempo maior para que se possa observar as respectivas consequências. De todo modo, até momento, neste curso espaço de tempo, há registro de quedas consistentes na taxa de encarceramento, aparentemente arredando o temor no sentido de que menos prisão redundaria, necessariamente, em mais delitos.

Ao final, estão disponibilizados, em forma de anexos, as ementas dos principais julgados da Suprema Corte norte-americana mencionados no decorrer do presente trabalho (anexos A, B, C, D, E, e G), o decreto expedido pelo governador da Califórnia, em 2006, declarando a situação de emergências nas unidades prisionais do estado (anexo F) e, principalmente, o discurso proferido pelo presidente Barack Obama, no dia 14 de julho de 2015, defendendo uma ampla reforma no sistema de justiça criminal do país (anexo H).

No desenvolver do trabalho, três autores foram importantes, servindo de fio condutor: no aspecto descritivo do modelo punitivo norte-americano, fez-se uso substancial das lições de Diego Zysman Quirós, responsável por minuciosas descrições e análises dos movimentos de reforma penal, especificamente no âmbito dos EUA. Por outro lado, sob o viés das críticas criminológicas, o marco teórico converge ao pensamento de Eugênio Zaffaroni, com contundentes críticas ao modelo punitivo que, ao partir dos EUA, atinge não apenas o continente europeu como as nações marginais (latino-americanas), através de uma peculiar proliferação do discurso do medo e da insegurança. Ainda, o presente trabalho examina a hipótese concebida por David Garland, no sentido de que o endurecimento penal decorre, em boa parte, de mudanças sociais, culturais e econômicas e, não apenas, dos índices crescentes de criminalidade em um dado recorte espacial.

Importante consignar que o presente trabalho teve como principais fontes de pesquisa os dados oficiais dos institutos norte-americanos de segurança pública como o *Bureau of Justice Statistics - BJS*, órgão vinculado ao *U.S. Department of Justice*, o *Federal Bureau of Investigation - FBI* e o *National Vital Statistics System - NVSS*, vinculado ao *Centers for Disease Control and Prevention - CDC*. Os dados relativos ao estado da Califórnia foram

obtidos, em sua maioria, junto ao *California Department of Corrections and Rehabilitation – CDCR*. No plano internacional, merecem destaque os dados provenientes do *United Nations Office on Drugs and Crime - UNODC*, vinculado à Organização das Nações Unidas – ONU, e do *International Centre for Prison Studies – ICPS*.

No particular dos dados provenientes de fontes estrangeiras a incorporação ao presente trabalho ocorreu por meio de livre tradução, especialmente do inglês e do espanhol, tendo-se, no entanto, sido preservados os elementos textuais originais, por vezes citados no corpo do próprio texto, mormente quando justificados pela sua importância histórica e pela proximidade linguística. No corpo do trabalho, fez-se constar alguns gráficos, extraídos das respectivas publicações originais, permitindo, desta forma, ao leitor uma rápida compreensão dos fatos, considerando especialmente o inevitável excesso de informações inerentes ao presente estudo.

No aspecto temporal, procurou-se delimitar o estudo aos movimentos de reforma penal e literatura jurídica mais importantes, bem como aos dados da realidade penitenciária dos EUA, a partir da década de 1970. Eventualmente, fez-se menção a períodos anteriores, apenas com o objetivo de contextualizar a construção do modelo até então vigente. Ademais, no plano territorial, o estudo partiu dos EUA como paradigma em matéria de políticas públicas na área de direito penal e política penitenciária, com enfoque no seu modelo punitivo mais emblemático: o estado da Califórnia.

Espera-se, com o presente trabalho, não apenas contribuir para uma fiel compreensão do modelo punitivo e penitenciário norte-americano, como, fundamentalmente, que seja possível extrair desta experiência lições úteis para a particular realidade brasileira.

CAPITULO 1

PANORAMA ATUAL DO MODELO PENAL NORTE-AMERICANO

1.1 Os Índices de Criminalidade nos EUA

Há, na atualidade, uma demanda crescente por segurança. Como pondera Castel, os cidadãos, ao menos dos países mais industrializados, vivem em sociedades que estão entre as mais seguras que já existiram, embora seja cada vez maior a sensação de insegurança¹³. E esta difusa percepção por parte dos indivíduos acaba provocando os governos a implantarem medidas imediatas, quase sempre através dos movimentos de lei e ordem. Neste contexto, Wacquant denomina de “pânico moral” ou “pornografia da segurança” o medo difuso e a crescente invocação do direito punitivo como solução para os mais diversos problemas sociais.¹⁴

No particular do tema, Young e Matthews também identificam uma consistente e histórica queda nos índices de criminalidade, nas últimas décadas, especialmente nos países mais industrializados¹⁵. Zimring, por outro lado, sugere que, especificamente com relação aos EUA, a suposta sensação de insegurança disseminada no seio social com relação aos índices de criminalidade apenas se justifica no que se refere às taxas de homicídio que, mesmo em queda, ainda se encontram acima da média dos países europeus.¹⁶

Quanto a utilização dos índices oficiais de criminalidade para análise das questões atinentes à segurança pública, Tonry adota uma postura mais cautelosa. Em seu entendimento, os estudos acerca do tema quase sempre ignoram a dinâmica social e cultural inerentes, procedendo a recortes temporais muito limitados, como a partir da década de 1990. No seu entender, os índices de criminalidade são cíclicos e impulsionados pela própria demanda reprimida (como nos casos de violência doméstica e sexual, por exemplo), passando o Estado a agir e, a partir daí, a contribuir com a própria produção da criminalidade. Por esta razão, tanto o aumento como o decréscimo das referidas taxas estariam condicionados pelo grau de

¹³ CASTEL, Robert. *La inseguridad social: Qué és estar protegido?* Buenos Aires: Manantial, 2013, p. 11.

¹⁴ WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 405.

¹⁵ YOUNG, Jock; MATTHEWS, Roger. *New Labour, crime control and social exclusio*. In *The new politics of crime and punishment*. Portland: Willan Publishing, 2003.

¹⁶ ZIMRING, Franklin E. *Crime is not the problem: lethal violence in America*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.

tolerância da sociedade e da vítima diante do fato-crime.¹⁷

De todo modo, até mesmo para se confirmar a premissa de que vivemos em sociedades cada vez mais seguras, considerado o recorte espacial estabelecido (EUA), recomendável a análise das estatísticas de criminalidade. E esta taxa é determinada, ao menos oficialmente, pelas estatísticas em torno do delito de homicídio. Em primeiro lugar, porque se trata do bem jurídico mais importante, ao menos na maioria dos ordenamentos vigentes, e o seu sacrifício intencional permite inferir o grau de importância que uma determinada nação efetivamente lhe confere, ao passo em que demonstra a animosidade latente em um dado recorte social. E, em segundo lugar, porque se caracteriza como uma infração que deixa vestígios, possibilitando, em tese, que se proceda a uma investigação pelos respectivos órgãos policiais e/ou judiciais. De fato, relativamente ao delito de homicídio, a subnotificação tende a ser, pela própria natureza do delito, significativamente menor quando comparada a outros crimes, como, por exemplo, os patrimoniais e sexuais.

Estabelecido, pois, o delito que servirá de base para aferição dos índices de criminalidade (homicídio), e considerando o recorte espacial já escolhido (EUA), devem ser investigadas as fontes de dados a serem objeto de análise. Neste particular, seguindo a mesma metodologia utilizada por Zimring¹⁸ no estudo do fenômeno da criminalidade nos EUA e, conseqüentemente, do encarceramento, fundamental compreender de onde provém os dados a serem considerados, ao menos no particular da taxa de homicídios: o *Federal Bureau of Investigation's Supplementary Homicide Reports* e o *Centers for Disease Control and Prevention's Fatal Injury Reports*.

No primeiro caso, os dados fazem parte de um programa especial denominado *Uniform Crime Reporting Program - UCR*, concebido em 1929, pela Associação Internacional de Chefes de Polícia, com o objetivo de processar estatísticas criminais uniformes e confiáveis, fornecendo, assim, subsídios para o desenvolvimento e implementação de políticas públicas na área de segurança¹⁹. A atribuição de manter o *UCR* coletando, publicando e arquivando os dados estatísticos passou a ser do órgão federal de investigação norte-americano (*Federal Bureau of Investigation - FBI*), logo em 1930, através de sua Divisão de Informações Criminais (*Criminal Justice Information Services*).

¹⁷ TONRY, Michael. *Why crime rates are falling throughout the western world*. In *Crime and Justice: why crime rates fall and why they don't*. Chicago: The University of Chicago Press, 2014, vol. 43.

¹⁸ ZIMRING, Franklin E. *The Great American Crime Decline*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

¹⁹ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Uniform Crime Reporting*. Washington. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr>>. Acesso em 01.jun.2015.

Estes dados, por sua vez, advêm das informações repassadas pelos diversos órgãos policiais locais, sendo preservada a classificação até então dada à infração pela autoridade policial. Trata-se, portanto, de uma fonte que apenas recebe e processa os dados que lhe são remetidos, preservando, por conseguinte, a classificação jurídica atribuída pelos órgãos policiais relativamente aos eventos criminais oficialmente registrados.

No segundo caso, o órgão responsável pela catalogação e arquivamento encontra-se vinculado ao *National Vital Statistics System - NVSS*, mantido pelo *National Center for Health Statistics - NCHS* do *Centers for Disease Control and Prevention - CDC*. O NVSS é um órgão público intergovernamental responsável pela coleta e processamento de diversos dados estatísticos, especialmente quando relacionados a questões de saúde pública, como, por exemplo, os nascimentos, óbitos e mortalidade infantil.

Estes dados são coletados junto aos cinquenta estados norte-americanos, além dos cinco territórios mantidos pelos EUA ao redor do mundo (como no caso de Porto Rico), mediante convênios oficiais estabelecidos, uma vez preservada a atribuição de cada ente para a emissão e o registro dos respectivos eventos, como ocorre, por exemplo, com as certidões de óbito e suas respectivas causas, em regra lavrado pelos institutos de perícia médica.²⁰

Deste modo, diversamente do que ocorre com os dados armazenados pelo *Federal Bureau of Investigation*, que tem como fonte a tipificação atribuída pelos órgãos policiais, os processados pela *National Vital Statistics System* têm como parâmetro as informações prestadas, em última análise, pelos profissionais da área de saúde. As conclusões, apesar de convergentes, parecem indicar que a discrepância diz respeito mais à terminologia legal de classificação (médica ou jurídica) que, propriamente, a equívocos metodológicos.²¹

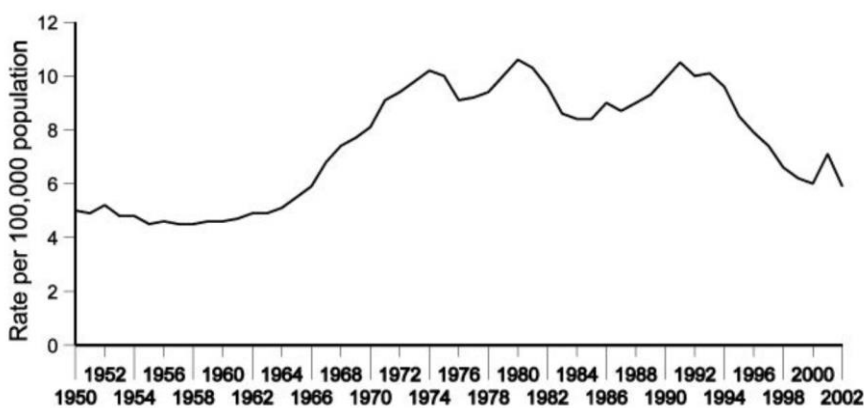
Ao que se tem do último relatório oficial disponibilizado pelo *Federal Bureau of Investigation - FBI*, tendo como fonte de dados o *Supplementary Homicide Reports - SHR*, houve nos EUA, no ano de 2013, exatamente 14.196 homicídios, o que corresponde a uma

²⁰ CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. *National Vital Statistics System*. Washington. Disponível em: <http://www.cdc.gov/nchs/nvss/about_nvss.htm>. Acesso em 01.jun.2015.

²¹ No Brasil, ocorre fenômeno semelhante. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública - FBSP divulga anualmente o seu "Anuário de Segurança Pública", que tem como base de informações os dados coletados junto ao Sistema Nacional de Informações sobre Segurança Pública – SINESP, um portal de informações integradas, administrado pelo governo federal, através da Secretaria Nacional de Segurança Pública, vinculada ao Ministério da Justiça, alimentado pelos institutos policiais locais. Por outro lado, a Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – FLACSO publica periodicamente o seu "Mapa da Violência", cujos dados são coletados junto ao Subsistema de Informações sobre Mortalidade – SIM, gerido pelo Ministério da Saúde, com fundamento nas informações prestadas pelas respectivas secretarias estaduais de saúde, à luz do teor das certidões de óbito lavradas pelos médicos nos atestados de óbito.

taxa de 4,5 homicídios por grupo de 100 mil habitantes. O panorama atual demonstra, segundo este relatório, que houve um decréscimo no número absoluto de casos. De fato, tendo como marco temporal o ano de 2013, pode-se confirmar uma diminuição de aproximadamente 4% relativamente a 2012 e de mais de 12% se considerado o ano de 2004.²²

Ainda, se ampliarmos o espectro de análise, é possível dividir a taxa de criminalidade, relativamente ao homicídio, de forma didática, como sugerida por Zimring²³, em dois claros períodos: uma alta substancial a partir de 1964 e um decréscimo consistente a partir de 1991, como sugere o gráfico abaixo, extraído de sua obra:



Como se constata, as taxas mais recentes correspondem aos índices de criminalidade da década de 1960, a partir de quando se observou um aumento superior a 100%, até o decréscimo na década de 1990. Ademais, importante o registro no sentido de que a queda nas taxas de criminalidade não se restringe ao delito em questão, englobando também os demais crimes contra a pessoa e patrimônio.²⁴

A título exemplificativo, as estatísticas em torno dos delitos de estupro noticiam uma queda de 85.141 ocorrências em 2012 para 79.770 registros no ano de 2013, atingindo-se, assim, no ano mais recente, uma taxa de 25,2 para um grupo de 100.000 mulheres. Com

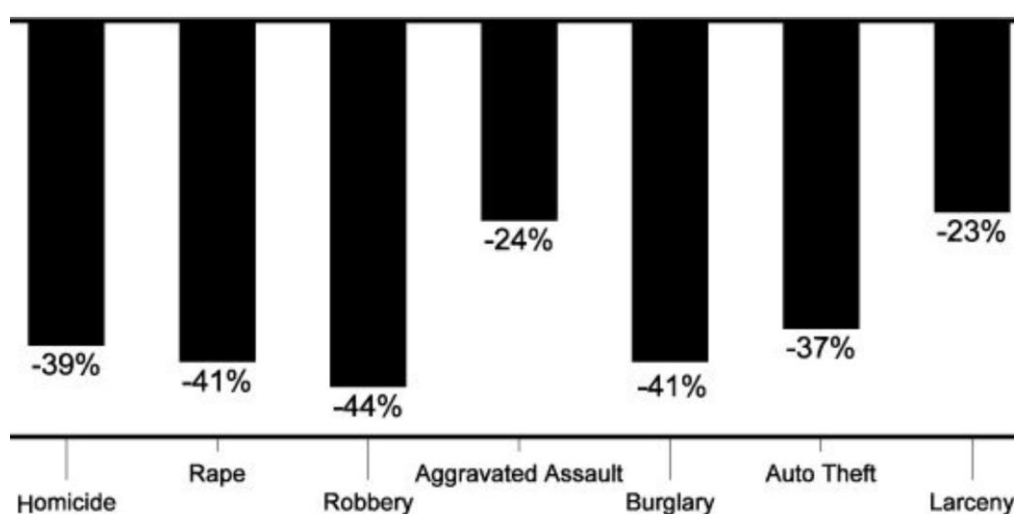
²² FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Crime in the United States in 2013*. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/violent-crime/murder-topic-page/murdermain_final>. Acesso em 01. jun. 2015.

²³ ZIMRING, Franklin E. *The Great American Crime Decline*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

²⁴ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Crime in the United States in 2013*. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/tables/1tabledatadeoverviewpdf/table_1_crime_in_the_united_states_by_volume_and_rate_per_100000_inhabitants_1994-2013.xls>. Acesso em 01. jun. 2015.

relação ao crime de roubo simples, as estatísticas demonstram uma queda de 355.051, no ano de 2012, para 345.031 em 2013. E, com relação ao roubo com emprego de violência à pessoa, foram registradas 762.009 ocorrências em 2012 e 724.149 casos em 2013.²⁵

A mesma conclusão foi observada por Zimring²⁶, que apontou uma queda consistente na criminalidade em todo o território norte-americano, já a partir da década de 1990, não apenas referente aos crimes violentos, como homicídio, estupro e roubo, mas, também, em relação a delitos mais simples como furto de veículos, o que pode ser observado no gráfico abaixo, intitulado pelo próprio autor como “*Everything goes down in the 1990s*”:



Em suma, os EUA vem registrando uma queda consistente e acentuada em todas as suas taxas de crimes e não apenas em relação ao delito de homicídio, especialmente a partir da década de 1990, chegando a atingir, a partir do ano 2000, índices equivalentes a década de 1960, como, aliás, ponderado por diversos estudiosos.²⁷

No que concerne a distribuição espacial da criminalidade, os dados oficiais demonstram que enquanto a região sul concentrou 43,8% dos assassinatos, as regiões central, oeste e nordeste registraram percentuais significativamente menores, quais sejam, respectivamente, 21,4%, 21% e 13,8%. Tem-se, assim, no aspecto da criminalidade violenta, uma especial concentração de casos em determinados estados. Outrossim, quanto ao meio

²⁵ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Crime in the United States in 2013*. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/tables/1tabledatadeoverviewpdf/table_1_crime_in_the_united_states_by_volume_and_rate_per_100000_inhabitants_1994-2013.xls>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁶ ZIMRING, Franklin E. *The Great American Crime Decline*. Ob. Cit.

²⁷ Ibidem.

empregado, o mesmo estudo constatou que, em 69% dos casos, foi utilizada uma arma de fogo para a prática do homicídio²⁸, assim distribuída por região²⁹:

Murder, Types of Weapons Used					
Percent Distribution by Region, 2013 ¹					
Download Excel					
Region	Total all weapons ²	Firearms	Knives or cutting instruments	Unknown or other dangerous weapons	Personal weapons (hands, fists, feet, etc.) ³
Total	100.0	69.0	12.2	13.3	5.6
Northeast	100.0	65.2	15.1	13.8	6.0
Midwest	100.0	72.1	9.3	13.6	4.9
South	100.0	71.4	10.8	12.0	5.8
West	100.0	64.7	15.1	14.6	5.7

Por outro lado, tendo como referência as informações lançadas nas respectivas certidões de óbito, à luz da classificação internacional de doenças (CID), o *National Vital Statistics System - NVSS* estimou, para o ano de 2011 (último relatório disponível), a existência de 16.238 homicídios, o que corresponde a uma taxa de **5,2 homicídios por grupo de 100.000 habitantes**.³⁰

No que se refere aos óbitos por região, o relatório produzido pela NVSS confirma que a maior parte dos homicídios encontram-se registrados na parte sul, como, por exemplo, nos estados da Florida (1.143 ocorrências e taxa de 6 por grupo de 100 mil habitantes), Louisiana (549 ocorrências e taxa de 12 por grupo de 100 mil habitantes), Texas (1.266 ocorrências e taxa de 4,9 por grupo de 100 mil habitantes), Tennessee (444 ocorrências e taxa de 6,9 por grupo de 100 mil habitantes), Alabama (392 ocorrências e taxa de 8,2 por grupo de 100 mil habitantes), Mississippi (312 ocorrências e taxa de 10,8 por grupo de 100 mil habitantes), e no próprio Distrito de Columbia, onde está localizada a capital Washington (109 ocorrências e taxa de 17,6 por grupo de 100 mil habitantes). Na região oeste, merecem destaque os estados da **Califórnia** (1.916 ocorrências e taxa de 5,1 por grupo de 100 mil habitantes) e Novo

²⁸ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Crime in the United States in 2013*. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/offenses-known-to-law-enforcement/expanded-homicide/expanded_homicide_data_table_7_murder_types_of_weapons_used_percent_distribution_by_region_2013.xls>. Acesso em 01.jun.2015.

²⁹ Ibidem.

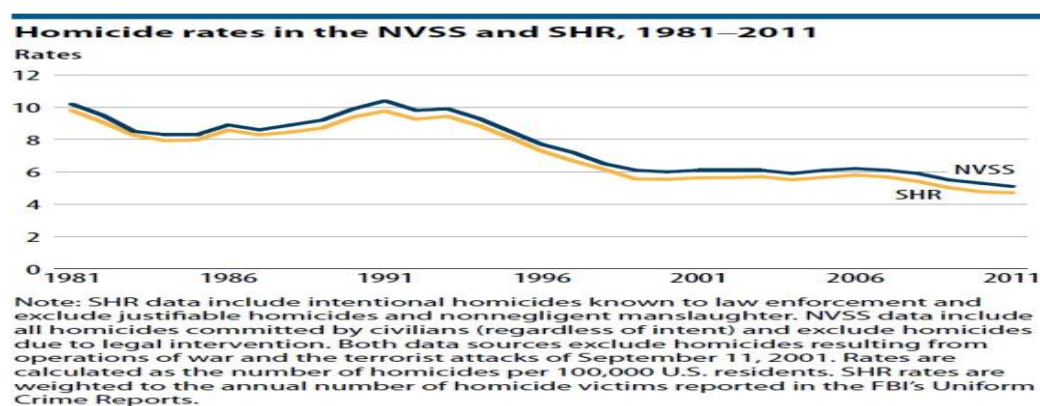
³⁰ CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. *National Vital Statistics System. Assault or Homicide*. Washington, 2011. Disponível em: <<http://www.cdc.gov/nchs/fastats/homicide.htm>>. Acesso em 01. jun. 2015.

México (148 ocorrências e taxa de 7,1 por grupo de 100 mil habitantes); na região nordeste, os estados de Nova York (830 ocorrências e taxa de 4,3 por grupo de 100 mil habitantes), Nova Jersey (413 ocorrências e taxa de 4,7 por grupo de 100 mil habitantes) e Pennsylvania (681 ocorrências e taxa de 5,3 por grupo de 100 mil habitantes), e, na região central, os estados de Missouri (419 ocorrências e taxa de 7,0 por grupo de 100 mil habitantes), Ohio (618 ocorrências e taxa de 5,4 por grupo de 100 mil habitantes) e Illinois (812 ocorrências e taxa de 6,3 por grupo de 100 mil habitantes).

E, segundo os dados obtidos, do total de homicídios, o meio utilizado para a sua consumação teria sido arma de fogo em 11.068 casos, correspondendo a mais de 68% das ocorrências, o que vai ao encontro das informações divulgadas pelo *Federal Bureau of Investigation (FBI)*.

Ao que se extrai da comparação entre o resultado de ambos os estudos (*SHR* e *NVSS*), as taxas encontradas estão relativamente próximas (4,5 e 5,2 por grupo de 100.000 habitantes), embora os dados provenientes da área de saúde estejam ligeiramente maiores, provavelmente por diferirem do critério adotado para classificar um fato como homicídio, não lhes sendo possível, por exemplo, distinguir um evento doloso e outro culposos.

De todo modo, os resultados vêm mostrando uma equivalência histórica, como constatado pelo próprio *Bureau of Justice Statistics - BJS*³¹, órgão vinculado ao *US Department of Justice*, cuja missão principal é coletar, analisar, publicar e disseminar informações sobre o crime, os criminosos, as vítimas de crime, bem como o funcionamento dos sistemas de justiça em todos os níveis de governo³²:



³¹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. *The Nation's Two Measures Of Homicide*. Washington, 2014. Disponível em: <http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pb_detail&iid=5068>. Acesso em 01. jun. 2015.

³² THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Agencies. Washington. Disponível em: <<http://www.justice.gov/agencies>>. Acesso em 01. jun. 2015.

Como facilmente se constata, tendo como marco temporal o ano de 2011, os índices são bem próximos, possibilitando uma análise bem próxima da realidade, independentemente da fonte utilizada (*SHR* e *NVSS*), para fins de desenvolvimento de políticas públicas na área ou simples estudo acerca do tema da criminalidade.

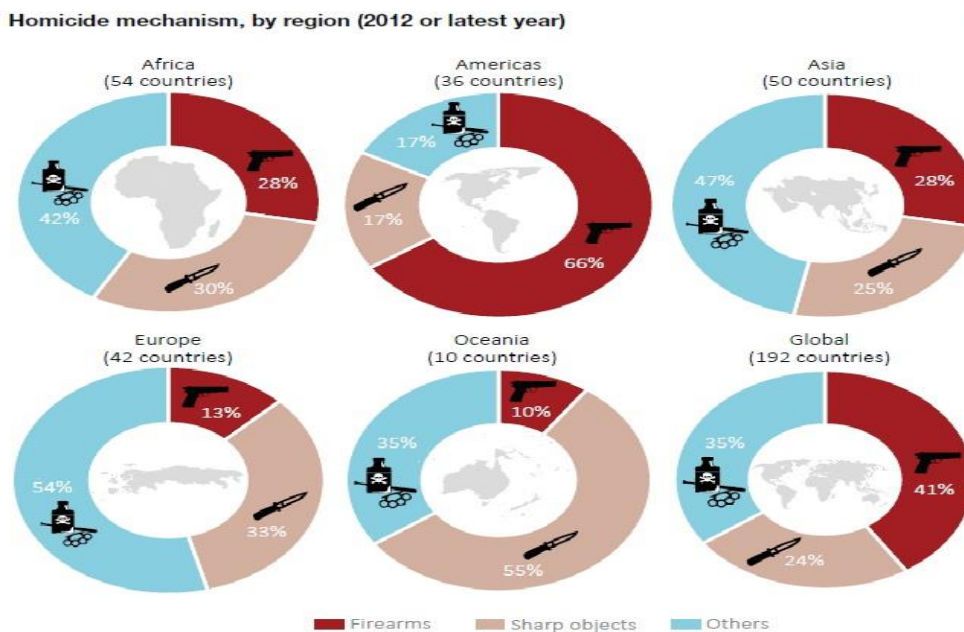
Por oportuno, e apenas para fins comparativos, vale à pena o registro de um minucioso trabalho desenvolvido pela *United Nations Office on Drugs and Crime - UNODC*, órgão vinculado à Organização das Nações Unidas - ONU, denominado *Global Study on Homicide*³³. Segundo o mencionado relatório, divulgado em 2013, com dados referentes ao ano de 2012, teriam ocorrido no mundo cerca de 437.000 homicídios, sendo 36% no continente americano, 31% na África e 28% na Ásia. Segundo o UNODC, a taxa média de homicídios no mundo é de 6,2 por grupo de 100 mil habitantes.

Em uma perspectiva global, o continente americano possui uma taxa de 16,3 homicídios por grupo de 100 mil habitantes, muito superior, por exemplo, às médias europeia (3,0) e asiática (2,9). O estudo aponta, contudo, uma disparidade relevante dentro do continente, uma vez que as partes sul (composta, por exemplo, por Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai, Chile, Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, Venezuela, Suriname, Guiana Francesa) e central (composta, por exemplo, pelo México) registram, respectivamente, taxas superiores a 20,0 e 25,0 assassinatos por 100 mil habitantes, enquanto a parte norte (composta por EUA e Canadá) possui uma taxa inferior a 5,0.

Ainda segundo o mesmo estudo, dentro da própria região sul, as discrepâncias são significantes, pois enquanto países como Venezuela e Colômbia possuem, respectivamente, taxas da ordem de 53,7 e 30,8 mortes por 100 mil habitantes, o Chile, por exemplo, registra apenas 3,1 homicídios por grupo equivalente.

Outra variável importante diz respeito às mortes em decorrência do uso de arma de fogo. De fato, enquanto no continente americano aproximadamente 66% dos assassinatos foram levados a efeito por meio do uso de armas de fogo, na Ásia, na África e na Europa os casos não ultrapassaram 28%, 28% e 13%, respectivamente, como demonstrado no quadro a seguir, extraído do estudo em questão:

³³ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Global Study on Homicide - 2013*. Disponível em: <<https://www.unodc.org/gsh/en/index.html>>. Acesso em 01. jun. 2015.



Source: UNODC Homicide Statistics (2013) and IHME (2010).

Como se vê, a deficiência relativamente ao controle quanto à distribuição, comercialização e circulação de armas de fogo indica uma contribuição relevante para os elevados índices de criminalidade na região, sendo razoável inferir que o acesso às armas de fogo por parte da sociedade civil, longe de conferir segurança, acaba, na verdade, contribuindo para o aumento da mortalidade, proporcionando uma espiral de violência. Neste tanto, nem mesmo os EUA escapam desta conclusão, uma vez que, apesar de contar com taxas médias significativamente inferiores a do continente como um todo, tanto o *FBI* como o *NVSS* convergem no sentido de que em mais de 68% das ocorrências criminais de homicídio, o meio empregado foi uma arma de fogo, como já relatado acima.

Em síntese, os EUA possuem um índice de criminalidade atual, baseado nas estatísticas de homicídio, na ordem de 4,5 ou 5,2 por grupo de 100 mil habitantes, a depender da fonte utilizada (*SHR* e *NVSS*), sendo preocupante o significativo uso de armas de fogo para sua consecução (em mais de 68% das ocorrências). Em todo caso, ambas as fontes de dados encontram-se aptas a subsidiar as políticas de segurança pública adotadas pelo governo norte-americano. Ademais, após um período de incremento nos índices de criminalidade a partir de 1964, os EUA vêm observando um decréscimo substancial nas referidas taxas, especialmente a partir de 1991, inclusive quanto aos delitos com violência a pessoa, aproximando-se das médias europeias.

1.2 Os Índices de Elucidação de Crimes nos EUA

O aspecto da elucidação dos crimes mostra-se fundamental à presente abordagem na medida em que, a partir do confisco dos conflitos pelo Estado, com a monopolização do *ius puniendi*, ocorreu a canalização das demandas infracionais para o sistema de justiça criminal, no que Foucault passou a denominar de “forma ritual da guerra”³⁴, transformando-se o direito punitivo em um poder-dever. De fato, se por um lado o monopólio da persecução penal e da imposição do castigo foram avocadas pelo Estado, por outro os indivíduos passaram a exigir deste uma resposta (efetiva) para as respectivas demandas que afligem o corpo social. Assim, tudo indica que, paralelamente a centralização do poder de punir, há o surgimento de uma gama de expectativas por parte da população.

Fundamental pontuar, por oportuno, que o esclarecimento da infração e a identificação do respectivo autor não demandam, necessariamente, a incidência de uma pena privativa de liberdade, mormente em se mostrando viável a aplicação de outros instrumentos e institutos alternativos. O cerne da questão, todavia, está em que o esclarecimento do crime passou a ser um ponto fundamental nas políticas de segurança pública, ainda mais quanto aos delitos com violência contra a pessoa, como o homicídio.

E, quanto ao tema, especificamente com relação ao índice de elucidação de infrações penais (“*clearances*”), nos EUA a compilação é realizada pela agência federal de investigação (*Federal Bureau of Investigation – FBI*), que anualmente divulga as respectivas taxas através do mencionado *Uniform Crime Reporting - UCR*³⁵. Para fins estatísticos, o programa considera como elucidado ou encerrado (“*cleared*” ou “*closed*”) os casos que resultem na prisão do autor ou, ainda, em hipóteses tidas como excepcionais, como a morte do agente em confronto com a polícia. Há, ainda, casos como a elucidação do crime pela autoria, mas sem efetivação da prisão, por se encontrar foragido ou por questões de caráter pessoal como as causas de inimizabilidade.

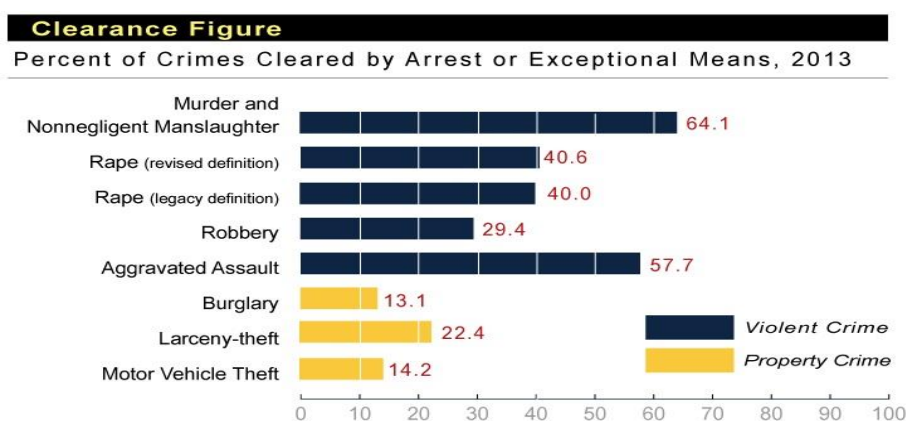
De todo modo, tendo como referência o delito de homicídio, segundo os dados divulgados pelo *FBI*, constantes no *UCR*, a taxa de elucidação, com a efetiva identificação

³⁴ FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2011, p. 57.

³⁵ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Crime in the United States in 2013*. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/offenses-known-to-law-enforcement/clearances/clearancetopic_final>. Acesso em 01. jun. 2015.

e/ou prisão do autor do delito, relativamente às ocorrências criminais do ano de 2013, é de 64,1% dos casos registrados³⁶, permitindo, assim, o devido encaminhamento à Justiça. Trata-se da mais alta taxa de elucidação, dentre os delitos com violência ou grave ameaça a pessoa. A título comparativo, tendo o mesmo ano de 2013 como referência, o *UCR* registrou um índice de esclarecimento de aproximadamente 40% relativamente aos crimes sexuais, 30% quanto aos roubos (“*robbery*”) e 58% em relação aos roubos qualificados (“*aggravated assault*”³⁷).

Tendo por referência os delitos não violentos, por exemplo, é possível constatar um índice de esclarecimento significativamente inferior. Exemplificativamente, a elucidação de infrações como violação de domicílio, furtos em geral e de veículos não atingiu, no ano de 2013, sequer 23% dos casos registrados. A tabela a seguir resume a taxa de elucidação dos crimes nos EUA, com base no referido relatório do ano-base 2013, relativamente aos delitos ora abordados:



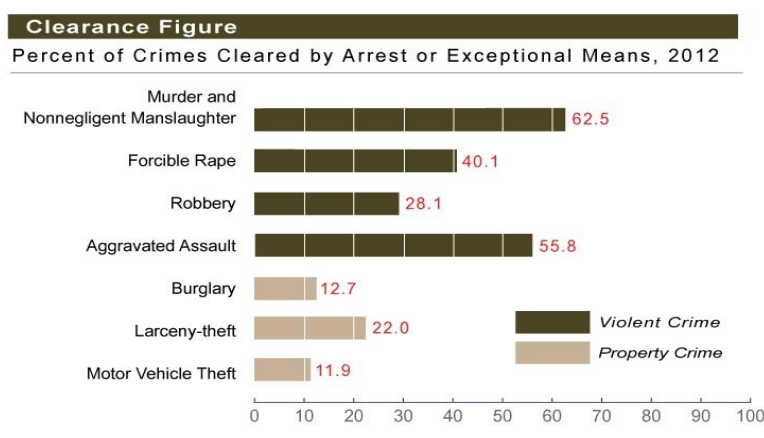
Como facilmente se constata, os crimes cometidos com violência e/ou grave ameaça à pessoa possuem os mais elevados índices de esclarecimentos e, dentre estes, o delito de homicídio é o que detém a taxa mais elevada.

Do ponto de vista temporal, os índices refletem uma estabilidade quanto ao ano anterior (2012), tendo a taxa de elucidação quanto aos crimes violentos ficado em 46,8%, assim distribuída: homicídios (62,5%), crimes sexuais (40,1%), roubo/“*robbery*” (28,1%) e

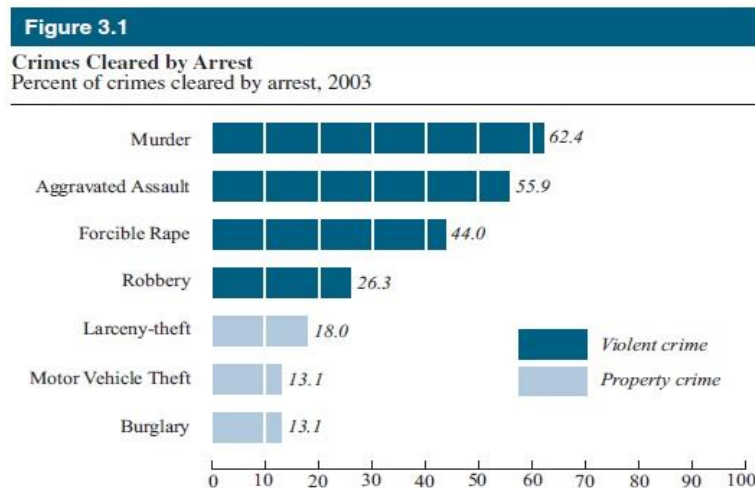
³⁶ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Crime in the United States in 2013*. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/offenses-known-to-law-enforcement/clearances/clearancetopic_final>. Acesso em 01. jun. 2015.

³⁷ Trata-se de uma definição que se aproxima do delito de roubo com emprego de arma, na legislação brasileira, tangenciando, na legislação norte-americana o latrocínio. O FBI possui uma lista de definições para os delitos previstos na legislação americana, disponível, por exemplo, em <<http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2011/crime-in-the-u.s.-2011/offense-definitions>>. Acesso em 01. jun. 2015.

roubos qualificados/“*aggravated assault*” (55,8%), como demonstrado na tabela abaixo reproduzida³⁸:



Ainda que se amplie o aspecto temporal da pesquisa, é possível aferir que os índices se mantêm equivalentes. Assim, considerando a taxa de elucidação da última década (ano-base 2003), teríamos a elucidação de 62,4% dos homicídios, 44,0% dos crimes sexuais, 26,3% dos roubos/“*robbery*” e 55,9% dos roubos qualificados/“*aggravated assault*”, como demonstrado na tabela abaixo reproduzida:



No que concerne ao aspecto espacial, pode-se verificar que as regiões nordeste (61,7%), sul (67,9%) e oeste (67,7%) possuem taxas de esclarecimentos semelhantes e próximas da média nacional (64,1%), relativamente à criminalidade envolvendo homicídios, enquanto a região central possui um índice significativamente menor (51,7%)³⁹. A título

³⁸ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Crime in the United States in 2012*. Washington, 2012. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2012/crime-in-the-u.s.-2012/offenses-known-to-law-enforcement/clearances>>. Acesso em 01. jun. 2015.

³⁹ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Crime in the United States in 2013*. Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.->

comparativo, tendo como base o ano de 2003, os índices de esclarecimento de infrações penais, por região, mostravam-se mais equilibrados, embora a média nacional tenha se mantido constante, como visto acima, registrando os seguintes patamares: nordeste (67,5%), sul (64,4%), centro (63,1%) e oeste (56,3%).⁴⁰

Tem-se, assim, no período analisado (2003-2013) e nas regiões pesquisadas, uma taxa de elucidação de crimes equivalente e constante nos EUA, ao menos com referência aos delitos violentos, em especial o crime de homicídio, superior a 60% dos casos registrados oficialmente.

1.3 Os Investimentos no Sistema Correicional Norte-Americano

A questão relativa aos investimentos no sistema punitivo constitui, no entender de Wilson, uma grande ironia⁴¹. Isso porque paradoxalmente à propalada crise do modelo punitivo, tem-se observado em diversos países do mundo, especialmente nos EUA e no Reino Unido, um aumento não apenas dos índices de encarceramento, mas especialmente das despesas orçamentárias com a sua manutenção.

De fato, no particular dos investimentos, os estudos demonstram que as despesas orçamentárias com o sistema punitivo, mais especificamente com o sistema correicional norte-americano, são significativas. O *Bureau of Justice Statistics*, por exemplo, órgão vinculado ao *US Department of Justice*, divulgou, em 30 de abril de 2014, um estudo contendo dados relativos às despesas orçamentárias com o custeio da máquina prisional.⁴²

O referido estudo revelou que o orçamento destinado à manutenção do sistema carcerário saltou de U\$ 15 bilhões, no ano fiscal de 1982, para U\$ 44,8 bilhões, no ano fiscal

2013/tables/table-26/table_26_percent_of_offenses_cleared_by_arrest_by_geographic_region_and_division_2013.xls>. Acesso em 01.jun.2015.

⁴⁰ *FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. Crime in the United States in 2003*. Washington, 2003. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2003>>. Acesso em 01. jun. 2015.

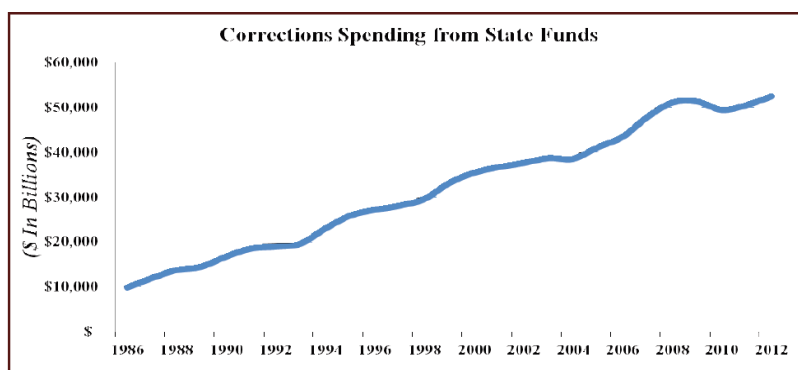
⁴¹ WILSON, David. *Pain and retribution: a short history of british prisons, 1066 to the present*. Londres: Reaktion Books, 2014, p. 7.

⁴² *U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. State Corrections Expenditures, FY 1982-2010*. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bjs.gov%2Fcontent%2Fpub%2Fpdf%2Fscfy8210.pdf&ei=6BjIVOXhI8G1sQSh74DIDw&usg=AFQjCNG7vI-m-40LuZSCuwuQ12j-WDUIA&bvm=bv.84349003,d.cWc>>. Acesso em 01. jun. 2015.

de 2010. Esta quantia equivale a aproximadamente 3,3% de toda a despesa orçamentária anual do país. Os gastos incluem, evidentemente, segundo o próprio estudo, desde a alimentação e vestuário até a remuneração pelos cargos públicos necessários para a manutenção da estrutura.

O *Pew Charitable Trusts*, entidade não-governamental que se dedica à compilação e estudo de dados de diversas áreas de interesse público, dentre elas a segurança pública, publicou recentemente um resumo acerca dos gastos públicos, apenas considerando o sistema correicional. Constatou-se que os gastos haviam saltado de U\$ 12 bilhões em 1987 para U\$ 52 bilhões em 2013. Neste particular, estima-se que em 2007, ano fiscal em que se deu o pico proporcional de investimento no sistema, 1 em cada 15 dólares tenha sido destinado apenas à manutenção do sistema carcerário⁴³, o que, aliás, foi confirmado pelo poder executivo federal, tendo sido inclusive emitido comunicado oficial pela *White House*, com referência à necessidade de uma reforma penal ampla.⁴⁴

Outra entidade que se debruçou sobre os gastos estatais na área, o *National Association of State Budget Officers – NASBO*, pontuou que do ano fiscal de 1986 ao de 2012, os gastos orçamentários com o sistema correicional cresceram 427%, sem considerar a inflação, saltando de U\$ 9,9 bilhões para U\$ 52,4 bilhões, como demonstrado na tabela a seguir⁴⁵:



Source: NASBO State Expenditure Report 1988-2011

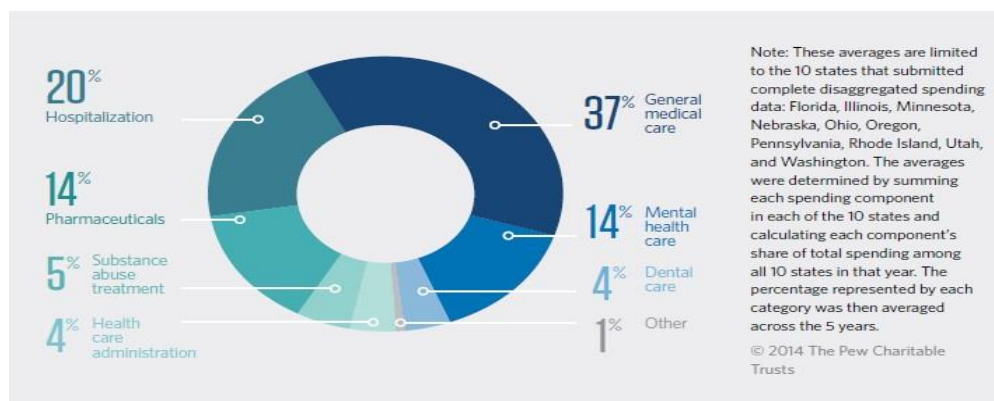
⁴³ *THE PEW CHARITABLE TRUSTS. Research and analysis. One in 100: behind bars in America.* Washington, 2008. Disponível em: <http://www.pewtrusts.org/~media/Imported-and-Legacy/uploadedfiles/pcs_assets/2008/one20in20100pdf.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

⁴⁴ *WHITE HOUSE. The Administration. Office of National Drug Control Policy. Criminal Justice Reform.* Washington, 2014. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/ondcp/criminal-justice-reform>>. Acesso em 05. jul. 2015.

⁴⁵ *NATIONAL ASSOCIATION OF STATE BUDGET OFFICERS. State Spending for Corrections: Long-Term Trends and Recent Criminal Justice Policy Reform.* Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.nasbo.org/sites/default/files/State%20Spending%20for%20Corrections.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

Como se infere, independentemente da fonte de consulta, o aumento dos gastos públicos com o sistema carcerário é substancial, tendo, outrossim, experimentado um crescimento significativos nas últimas décadas. E, dentro das despesas com a área penitenciária, uma das variáveis que mais condiciona o destino da verba orçamentária são os gastos com a saúde das pessoas encarceradas.

Com efeito, em outro estudo elaborado pela PEW, denominado *The State Health Care Spending Project*, divulgado em julho de 2014, evidenciou-se que os gastos apenas com a saúde básica dos internos do sistema penitenciário chegou a atingir U\$ 8,2 bilhões no exercício fiscal de 2009, tendo custado outros U\$ 7,7 bilhões em 2011⁴⁶. Considerando os estados que prestaram as informações, o quadro de despesas, segundo o referido estudo, tem a seguinte representação:

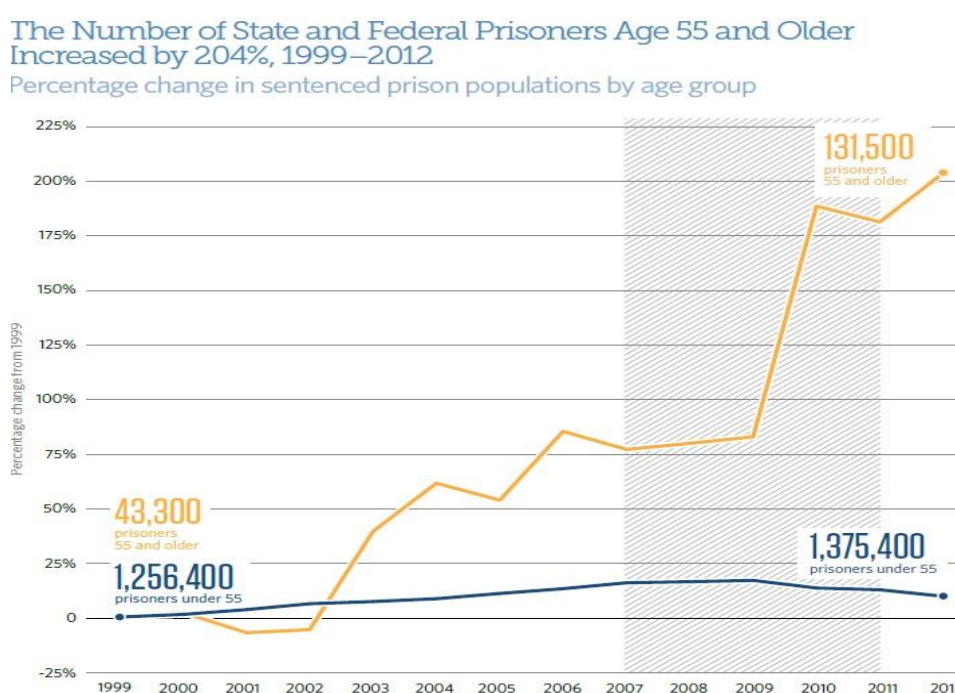


Com se constata, os maiores gastos são com assistência médica em geral (37%), internações (20%), medicamentos (14%) e saúde mental (14%), respectivamente. Ainda segundo o estudo, a situação orçamentária se agravou não apenas em razão do considerável aumento no número de pessoas presas nas últimas três décadas, mas, também, por conta de alguns outros fatores relevantes como a considerável distância das penitenciárias para os respectivos hospitais e clínicas de referência, o alto índice de doenças infecciosas nas prisões, o desenvolvimento de doença mental (agravado pela reclusão) e o abuso de substâncias entorpecentes entre os reclusos. A título exemplificativo, enquanto aproximadamente 1% da população norte-americana encontra-se diagnosticada com Hepatite C (crônica), dentre os internos do seu sistema penitenciário a taxa atinge 17%, o que sugere que o ambiente

⁴⁶ THE PEW CHARITABLE TRUSTS. *Research and analysis. State Prison Health Care Spending*. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/reports/2014/07/08/state-prison-health-care-spending>>. Acesso em 01. jun. 2015.

penitenciário favorece o adoecimento das pessoas encarceradas e, conseqüentemente, o incremento das despesas.

Além disso, fundamental o registro no sentido de que o estudo identificou que as políticas públicas vinculadas ao movimento lei-e-ordem – tema a ser abordado na sequência - hoje cobram um alto preço, uma vez que as sentenças de longa duração produziram um quantitativo de presos idosos, que, naturalmente, já necessitariam de uma atenção médica especial, agravando-se a situação em razão do encarceramento. O crescimento da população carcerária, no particular da idade, pode ser constatado no gráfico abaixo, constante no estudo:



Como se pode observar, enquanto o quantitativo de presos com idade inferior a 55 anos manteve-se constante, considerados os anos 2000-2012, o número de reclusos com mais de 55 anos em regular cumprimento de pena cresceu mais de 200%, saltando de 43.300 para 131.500, no período sob análise.

Além disso, importante pontuar que há despesas não apenas com o sistema prisional em si, mas com o correicional como um todo, englobando, por exemplo, os institutos da *probation*⁴⁷ e da *parole*⁴⁸. Tais instrumentos de política criminal, aliás, foram fundamentais na história do modelo punitivo norte-americano. De fato, estes não apenas se transformaram em

⁴⁷ Trata-se de um instituto semelhante, no ordenamento jurídico brasileiro, a suspensão condicional da pena (art. 77 e segs, CP) ou da suspensão condicional do processo (art. 89, Lei no. 9.099/95).

⁴⁸ Trata-se de um instituto semelhante, no ordenamento jurídico brasileiro, ao livramento condicional (art. 83 e seguintes, CP)

pilares do modelo reabilitador, como se tornaram, sob a óptica do modelo repressivo, em alvos de contundentes críticas.

Do ponto de vista histórico da política penal norte-americana, é lugar comum reputar a criação da *probation* a um habitante da cidade de Boston (capital do estado de Massachusetts), chamado John Augustus, que por acreditar na recuperação de um indivíduo que havia sido condenado por crime de pequeno potencial ofensivo, conseguiu da Corte de Justiça local autorização para atuar em sua fiscalização como medida alternativa à prisão. A iniciativa, aparentemente bem sucedida, fez com que, entre os anos de 1841 e 1859, fossem encaminhados mais de dois mil condenados pela Justiça para acompanhamento em liberdade como medida primeira ao invés da custódia. Do ponto de vista legal, foi justamente o estado de Massachusetts o primeiro estado norte-americano a adotar formalmente o instituto, em 1878, até então uma solução criada pela sociedade civil, com anuência do Poder Judiciário. Em 1925, todos os cinquenta estados dos EUA passaram a prever o benefício para jovens infratores, como medida de evitar o seu encarceramento precoce. E, em 1967, todas as unidades já haviam estendido o instituto para os adultos condenados por infrações consideradas de menor potencial ofensivo.⁴⁹

Assim, atualmente, a *probation* consiste em um instrumento legal posto à disposição do Poder Judiciário, destinado a indivíduos que tenham incidido em pequenas infrações. O benefício consiste na suspensão da aplicação da pena de prisão ou na interrupção de sua execução, por um certo tempo, sob o qual o *probationer* se submete a certas condições que lhe são impostas. Em regra, os estatutos penais dos diversos estados norte-americanos estipulam algumas condições comuns como, por exemplo, a proibição de portar armas, de fazer uso de substâncias entorpecentes e de andar acompanhado de outros sentenciados. Em alguns casos, estipula-se horário para recolhimento à residência e prazo para inserção no mercado formal de trabalho.

Em caso de violação das condições, atestadas por um fiscal do Estado (*probation officer*), o juiz responsável pelo caso pode, alternativamente, impor um incremento nas condições a que se encontra submetido o beneficiário ou revogar-lhe o benefício, restabelecendo a pena de prisão, oportunidade em que o indivíduo é encaminhado a uma unidade prisional para resgate de sua pena.

⁴⁹ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: genealogía de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 220.

Já com relação ao instituto da *parole*, estima-se que sua criação, em território norte-americano, tenha ocorrido no estado de Nova York, em 1876, sendo que por volta do ano de 1925 a maioria dos estados norte-americanos já dispunha acerca do tema em suas legislações. Há relatos históricos, outrossim, que o modelo esteja inspirado no programa irlandês denominado *tickets-of-leave* ou de experiências semelhantes na Austrália, mais especificamente em Norkfolk. Trata-se de um benefício destinado a condenados por crimes mais graves, após o cumprimento de certo período de sua pena. Na maioria dos estados, prevê-se a exigência de resgate de um terço da reprimenda imposta antes de se pleitear o benefício, que não é analisado pelo Poder Judiciário, mas sim por uma comissão especial (*perole board*). Em casos de cometimento de crimes mais graves, algumas legislações estipulam um mínimo de 85% de cumprimento da pena, antes de se ter o direito de requerer o benefício, enquanto em outros há, inclusive, proibição de sua concessão.⁵⁰

No período de teste, assim, o beneficiado deve cumprir certas condições, como recolhimento noturno e manter-se empregado, além de sujeitar-se a fiscalização pelo *parole officer*. Neste período, alguns estados cobram do ex-interno o custo operacional do programa. A violação das condições pode ensejar a revogação da benesse e o conseqüente retorno ao cárcere.

Assim compreendidos os institutos, em números absolutos, segundo os dados oficiais do *Bureau of Justice Statistics - BJU*, publicado em dezembro de 2014, tendo por referência o ano-base de 2013, além da população carcerária em si, atualmente na ordem de 2.220.300 presos, há outros 853.200 em *parole* e 3.910.600 em *probation*, perfazendo uma população total sob controle penal estatal de 6.899.000 cidadãos, perfazendo uma taxa de 1 para cada grupo de 35 adultos.⁵¹

Evidentemente, a manutenção desta população sob controle penal estatal demanda elevados gastos públicos. Segundo estudos da *Pew Charitable Trusts*⁵², considerando, por exemplo, o ano fiscal de 2008, enquanto cerca de 88% do orçamento de segurança pública era destinado à manutenção do sistema prisional em si, outros 12% destinavam-se aos programas citados (*parole* e *probation*):

⁵⁰ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo*. Ob. Cit, pp. 220-221.

⁵¹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Correctional Populations In The United States, 2013*. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=5177>>. Acesso em 01. jun. 2015.

⁵² THE PEW CHARITABLE TRUSTS. *Research and analysis. One in 31: the long reach of american corrections*. Washington, 2009. Disponível em: <<http://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/reports/0001/01/01/one-in-31>>. Acesso em 01. jun. 2015.



Como se constata, os números demonstram que os gastos públicos com a manutenção do sistema penitenciário são significativos, ainda mais quando somados aos programas alternativos, como a *probation* e a *parole*. Nada obstante, como advertido por Zimring, o impressionante investimento no modelo punitivo, com aumento substancial no número de encarceramentos, não teve o condão de aplacar os ânimos da população norte-americana nem de alterar os índices oficiais de criminalidade.⁵³

1.4 A População Carcerária dos EUA: seletividade, estigmatização e reincidência

Durante as últimas quatro décadas, os EUA observaram um crescimento significativo de sua população carcerária, tendo atingido um quantitativo de presos, em números absolutos ou proporcionais, sem comparativo no mundo ocidental, no que alguns estudiosos sobre o tema vêm denominando de “*mass incarceration*”⁵⁴. De fato, em fevereiro de 2008, a *Pew Charitable Trusts* divulgou um estudo demonstrado que a população carcerária nos EUA tinha atingido, ao final de 2007, o quantitativo de 2.319.258 prisioneiros, para uma população total de cerca de 230.000.000. Em síntese, os EUA tinham atingido a proporção de uma pessoa encarcerada para cada grupo de 100 habitantes (1:100).⁵⁵

Mas os números se mostraram ainda mais surpreendentes quando se constatam outras discrepâncias, como, por exemplo, a proporção de encarceramento entre homens adultos e

⁵³ ZIMRING, Franklin E. *Crime is not the problem: Ob. Cit*, p. 48.

⁵⁴ SIMON, Jonathan; FRAMPTON, Mary L; LOPEZ, Ian H. *After the war on crime: race, democracy and a new reconstruction*. Nova Iorque: New York University Press, 2008.

⁵⁵ THE PEW CHARITABLE TRUSTS. *Research and analysis. One in 100: behind bars in America*. Washington, 2008. Disponível em: <http://www.pewtrusts.org/~media/Imported-and-Legacy/uploadedfiles/pes_assets/2008/one20in20100pdf.pdf>. Acesso em 01.jun.2015.

brancos (1:106) e homens adultos e negros (1: 15). Se inseridas variantes como idade, o grupo de homens, negros e jovens (20 a 34 anos) presos atinge a impressionante proporção de 1:9. Essas percepções constam em alguns estudos sobre o tema, como bem destaca Quirós:

A estas circunstancias debe agregarse un hecho especialmente significativo que pone de relieve la importancia que revierte en este país la discriminación en el castigo. Entre los encarcelados existe una marcada desproporción racial (o, mejor dicho, étnica), en la que sobresalen los afroamericanos y los hispanos. Esta tendencia se hizo mucho más marcada durante la década de los noventa, y aún se sostiene.

De hecho, hay más afroamericanos en las cárceles estadounidenses que en la universidad.⁵⁶

E, de fato, a seletividade estrutural existente no modelo punitivo norte-americano tem despertado a atenção de diversos setores acadêmicos. Zimring, por exemplo, aponta uma histórica coincidência entre o reconhecimento dos direitos civis nos EUA e o endurecimento da legislação penal. Neste sentido, pondera o autor que, em 2 de julho de 1964, o então presidente Lyndon Johnson sancionou o *Civil Rights Act*, projeto concebido pelo então presidente John Kennedy, assassinado em 22 de novembro de 1963, cujo texto reconhecia a igualdade de direitos entre os cidadãos norte-americanos, proibindo qualquer forma de tratamento discriminatório em espaços públicos, escolas, locais de trabalho, por exemplo. No ano anterior, já havia sido aprovada a proibição relativamente às mulheres, no que ficou conhecido como *Equal Pay Act*, de 10 de junho de 1963. Em seguida, em 6 de agosto de 1965, foi sancionado pelo presidente Lyndon Johnson o *Voting Right Act*, que, em suma, estabelecia a igualdade de direitos relativamente ao direito ao voto, concretizando a campanha nacional consubstanciada no slogan “*one man, one vote*”. Paradoxalmente, contudo, ao reconhecimento da igualdade de direito e deveres, nascia o estado repressor norte-americano. Com efeito, é justamente a partir do início da década de 1970 que se dá a edição de diversas leis de endurecimento da legislação penal e, conseqüentemente, a substancial expansão do encarceramento.

A propósito do tema, Wacquant sugere que na história dos EUA teriam sido criados pelo menos quatro peculiares instituições de controle da população. Em primeiro lugar, a escravidão, até 1820; em seguida, o denominado sistema “*jim crow*”; em uma terceira etapa, a segregação através dos guetos urbanos; e, por fim, o atual sistema de justiça criminal. No seu entender, todas estas instituições, em maior ou menor grau, tinham como finalidade manter os

⁵⁶ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castig. Ob. Cit*, p. 78.

indesejados no seu devido lugar, físico e social, numa sucessão de instituições a cada queda de modelo vigente.⁵⁷

A sugestiva relação existente entre a exclusão social exemplificada pelos guetos norte-americanos e as prisões, como forma de controle daqueles socialmente indesejados, também é bem explorada por Bauman:

A guetificação é paralela e complementar à criminalização da pobreza; há uma troca constante de população entre os guetos e as penitenciárias, um servindo como grande e crescente fonte para a outra. Guetos e prisões são dois tipos de estratégia de prender os indesejáveis ao chão, de confinamento e imobilização [...]

Pode-se dizer que as prisões são guetos com muros e os guetos são prisões sem muros. Diferem entre si principalmente no método pelo qual são mantidos no lugar e impedidos de fugir – mas eles são imobilizados, têm suas rotas de fugas bloqueadas e mantidos firmemente no lugar nos dois casos.⁵⁸

Na mesma toada, outros autores sugerem que, na prática, o que ocorreu foi uma canalização do controle social para o sistema de justiça criminal, através da contenção dos indivíduos reputados perigosos, especialmente os negros que acabavam de ter seus direitos civis básicos reconhecidos. Alexander⁵⁹, por exemplo, sugere que cada geração de negros norte-americanos esteve sujeita a novas estratégias de discriminação e controle, desde a escravidão e o sistema “*jim crow*” até o moderno sistema de justiça criminal. A autora enfatiza que, na atualidade, um em cada nove negros tem seus direitos civis restringidos, não podendo ter acesso a programas governamentais, de moradia e educação, nem ao voto e ao júri, por possuírem alguma forma de anotação criminal.

Conclui a autora, destarte, que nunca se pôs fim ao sistema de castas nos EUA, tendo havido apenas uma constante reengenharia do sistema de controle social dos grupos marginalizados. Deste modo, mesmo após a libertação do cárcere, os selecionados permanecem à margem da sociedade, sem acesso ao trabalho formal e aos direitos civis básicos, numa verdadeira situação de exclusão social, em típica condição de cidadania de segunda classe ou mesmo “*underclass*”. Em sua concepção, o modelo punitivo eminentemente repressivo surgido na década de 1970 se transformou em um sistema de controle formal sem paralelo na história. Assim, a seu ver, o fenômeno denominado como

⁵⁷ WACQUANT, Loic. *America's New Peculiar Institution: on the prison as surrogate ghetto*. In *Theoretical Criminology* 4, no. 3, 2000. Disponível em: <<http://loicwacquant.net/assets/Papers/PRISONSURROGHETTO.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca de segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 109.

⁵⁹ ALEXANDER, Michele. *The new jim crow: mass incarceration in the age of colorblindness*. Nova Iorque: The New Press, 2011.

“*mass incarceration*”, seria a maior ameaça ao reconhecimento dos direitos civis, inclusive no particular das ações afirmativas, o que se dá não apenas através do elevado índice de reclusão, como, também e especialmente, por meio da estigmatização. Em suma, a autora estabelece, em sua obra, um paralelo entre três instituições de controle racial na história dos EUA: a escravidão, o *jim crow*⁶⁰ e o sistema penal.

E, com uma abordagem um tanto distinta, mas também discorrendo acerca da seletividade estrutural do sistema penal, Matthews e Young identificam a categoria “*underclass*” como foco de atuação do sistema de justiça criminal, entendendo que tal decorre da exclusão social, que deve ser compreendida num contexto de privação de direitos básicos de cidadania. Em síntese, concluem os autores no sentido de que “*crime is a product of exclusion*”. Daí porque sugerem que uma política eficiente seria a prevenção não ao ato criminoso em si, mas a situações de exclusão social, o que não se confunde, por exemplo, com a inserção no mercado informal de trabalho e/ou em simples programas governamentais assistenciais, que apenas perpetuam a situação de exclusão e de dependência. A solução, desta forma, passa pela concessão de uma cidadania plena aos indivíduos.⁶¹

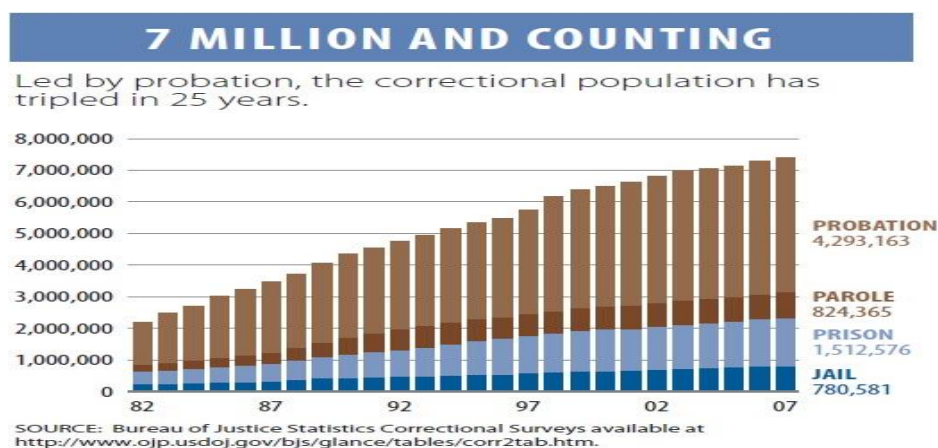
A seletividade do sistema, contudo, não se mostra evidente apenas no que se refere ao perfil do criminoso, mas também ao delito que se transforma em foco da atuação estatal. Neste aspecto, o *Bureau of Justice Statistics* divulgou em seu boletim os dados referentes ao ano de 2012, tendo-se demonstrado que dos novos ingressos no sistema prisional americano, apenas 2% diziam respeito a homicídios sendo a maior parte proveniente de delitos contra o patrimônio sem violência (29%), relacionados ao combate às drogas (25%), contra patrimônio

⁶⁰ O denominado sistema “Jim Crow” consistiu em um conjunto de leis editadas por diversos estados norte-americanos, por volta de 1870, que legitimavam tratamentos discriminatórios, com separação física obrigatória de pessoas brancas e negras em escolas, hospitais, espaços e transportes públicos. A Suprema Corte norte-americana, a princípio, ao examinar o caso *Plessy v. Ferguson*, em 1896, confirmou a constitucionalidade destas leis, sob o fundamento de que a igualdade não pressupunha a convivência, doutrina que na época era conhecida como “*separate but equal*” (Anexo). Apenas em 1954, a Corte revisou a sua jurisprudência, ao analisar o caso *Brown v. Board of Education*, entendendo que o tratamento imposto nos estabelecimentos educacionais violava o princípio da igualdade, previsto na 14a Emenda (Anexo). As demais leis discriminatórias do regime conhecido como Jim Crow, inclusive os denominados *Black Codes*, que restringiam outros direitos como o voto, a participação em júrias e a aquisição de propriedades por negros, foram revogados apenas depois, pelo Civil Rights Act (1964) e pelo Voting Rights Act (1965). In *American Nightmare: the history of jim crow*. PACKARD, Jerrold M. New York: St. Martins Griffin, 2002.

⁶¹ MATTHEWS, Roger; YOUNG, Jock. *The new politics of crime and punishment*. Portland: Willan Publishing, 2003.

com violência (18%) e outros delitos contra a ordem pública, como embriaguez e desobediências à Justiça (15%).⁶²

A situação se torna ainda mais crítica quando os estudos abrangem institutos penais diversos do cárcere como, por exemplo, a *probation* e a *parole*, demonstrando a significativa quantidade de pessoas submetidas ao controle social. Quanto a este aspecto, a *Pew Charitable Trusts* publicou, em março de 2009, um outro estudo⁶³, considerando, já agora, todos os indivíduos submetidos a controle penal, o que incluiria aqueles agraciados com benefícios como *parole* e *probation*, além, evidentemente, dos reclusos. Em resumo, além dos mais de 2 milhões em cumprimento regular de pena, os EUA possuíam outros mais de 4 milhões de cidadãos em regime de *probation* e outros 800 mil em situação de *parole*, perfazendo um contingente superior a 7 milhões de indivíduos submetidos a controle penal, considerando os dados de 2007, como bem demonstrado no gráfico abaixo, constante do mencionado estudo:

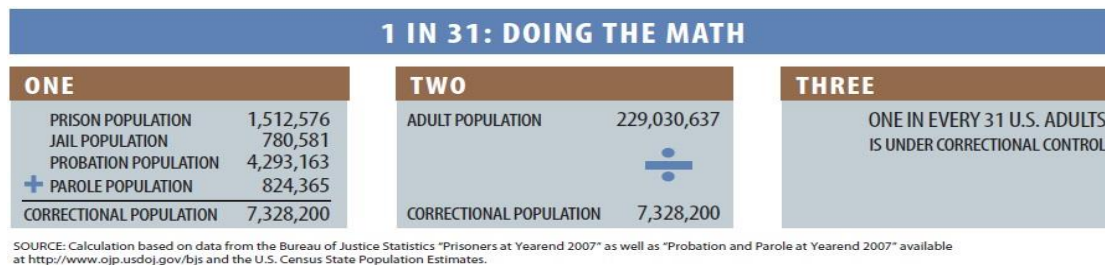


O resultado, então, foi que os EUA haviam atingido a proporção de 1 cidadão submetido a controle penal (prisão, *parole* ou *probation*) para cada grupo de 31 habitantes, confirmando a hipótese proposta por Simon no sentido de que a alternância do modelo retributivo para o gerencial, com o uso de novas tecnologias como as tornozeleiras

⁶² U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. *Recidivism of Prisoners Released in 30 States in 2005: patterns from 2005 to 2010*. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4986>>. Acesso em 30. jun. 2014.

⁶³ THE PEW CHARITABLE TRUSTS. *Research and analysis. One in 31: the long reach of american corrections*. Washington, 2009. Disponível em: <http://www.pewtrusts.org/~media/Imported-and-Legacy/uploadedfiles/pcs_assets/2009/PSPP1in31reportFINALWEB32609pdf.pdf>. Acesso em 29. jun. 2014.

eletrônicas, apenas ampliavam o espectro de controle social e, provavelmente, acabariam resultando em uma explosão do sistema carcerário⁶⁴, o que se pode constatar na síntese a seguir, extraída do mesmo informe acima mencionado:



O quadro que se delineou, então, no decorrer das últimas décadas correspondia a um consistente endurecimento da atuação estatal no campo penal, tanto legislativo como executivo, além de um preocupante e consistente aumento dos investimentos financeiros no sistema de controle penal, mais especialmente com a manutenção do sistema penitenciário.

De fato, esta conjuntura de endurecimento penal, tanto do ponto de vista legislativo, como judicial e acadêmico, restou bem sintetizada por Quirós, como se extrai da explanação abaixo:

En todo caso, entre estas últimas explicaciones, las críticas se han dirigido especialmente a políticas penales muito diferentes con alto impacto material o simbólico. Así, principalmente, las políticas policiales de tolerancia cero, en los últimos años extendidas a muchas ciudades, la guerra contra las drogas y leyes como las de three strikes you're out, a las que nos referiremos nuevamente más adelante. Es necesario remarcar que también se ha dado gran importancia en estos razonamientos a la migración ilegal de muchos estados y el ordenamiento federal, desde el sistema de penas indeterminadas a un sistema de penas fijas; por cierto, un sistema en el cual la tolerancia cero frente a ciertos delitos y, claramente, la guerra contra el delito y las drogas, también puede traducirse en un uso de la cárcel.⁶⁵

Voltando os olhos para a realidade atual, importante o registro de que, as agências norte-americanas qualificam como reincidência o regresso de um indivíduo para uma unidade prisional, o que pode ocorrer por dois motivos: cometimento de um novo crime (*committing a new crime*) ou violação das condições impostas em liberdade (*for technical violation*).⁶⁶

De todo modo, segundo recentes estudos, dentre os egressos do sistema prisional americano no ano de 1994, 51% retornaram ao cárcere em um período de apenas 3 anos, seja

⁶⁴ SIMON, Jonathan. *Poor discipline: parole and the social control of the underclass, 1890-1990*. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

⁶⁵ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo*. Ob. Cit., p. 77.

⁶⁶ Neste particular, interessante o enfoque técnico diferente conferido pela legislação americana que leva em consideração a nova entrada do indivíduo no sistema prisional e, não, como a brasileira, pela prática de um fato definido como crime, após o trânsito em julgado de outro.

pelo cometimento de novo delito ou por violação das regras de liberdade. Este índice foi de 45% para os sentenciados liberados em 1999 e de 43% para os soltos no ano de 2004. Os dados oficiais mais recentes revelam que dentre aqueles indivíduos soltos no ano de 2005, 67,8% foram presos novamente por novo crime em menos de 3 anos. Passados 5 anos, o índice subia para 76,6%⁶⁷. A *Pew Charitable Trusts*, à luz dos dados fornecidos pela agência oficial, elaborou o seguinte quadro-resumo da reincidência nos EUA⁶⁸:

State Prison Releases and Recidivism Rates

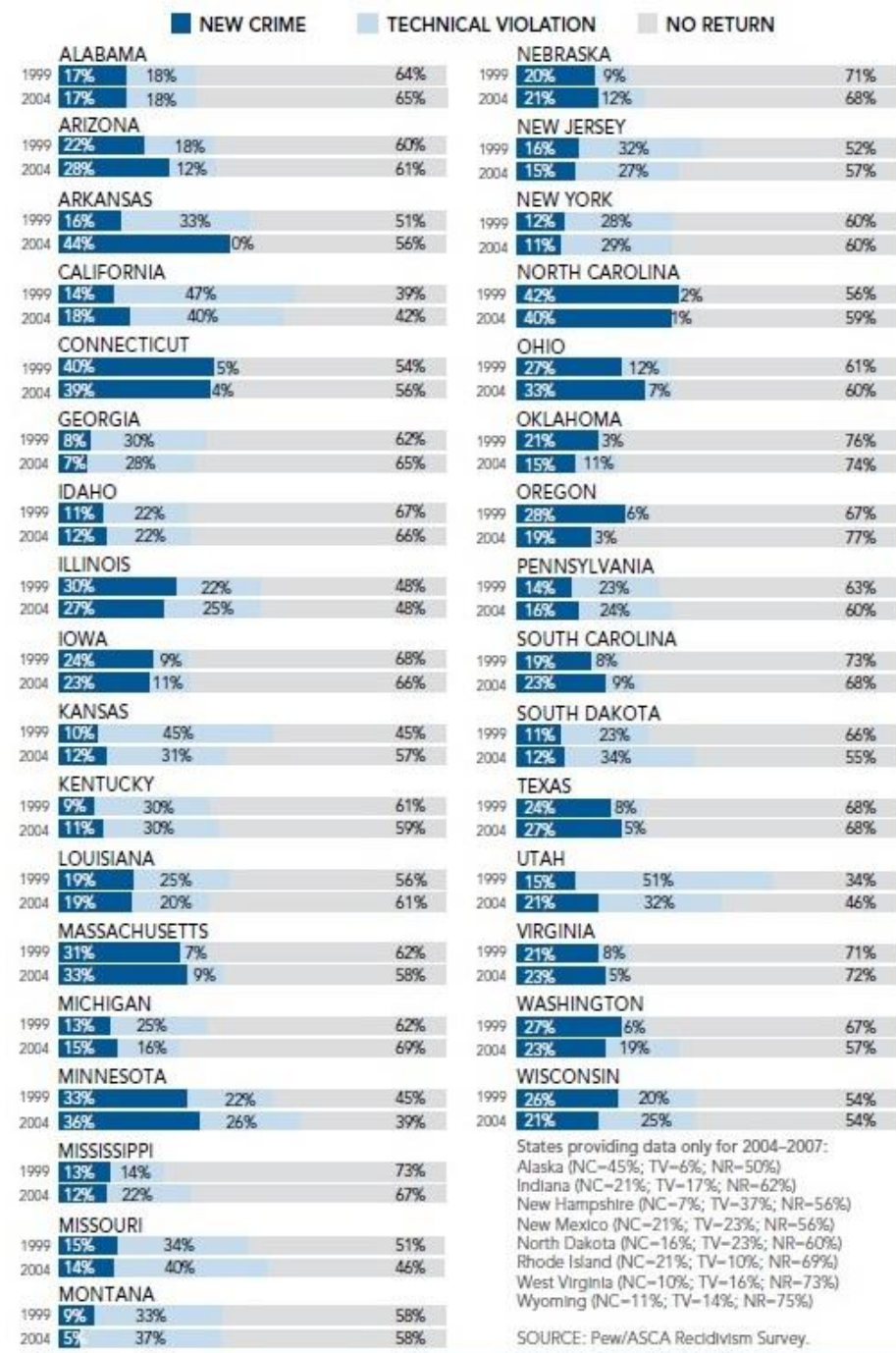
	1999–2002		2004–2007	
	Releases	Recidivism	Releases	Recidivism
Alabama	8,771	36.0%	10,880	35.1%
Alaska*	N/A	N/A	11,619	50.4%
Arizona	13,091	39.6%	15,795	39.1%
Arkansas*	5,663	49.0%	6,244	44.4%
California	126,456	61.1%	118,189	57.8%
Colorado	N/A	N/A	N/A	N/A
Connecticut*	13,950	45.8%	16,100	43.7%
Delaware	N/A	N/A	N/A	N/A
Florida	N/A	N/A	N/A	N/A
Georgia*	16,951	38.0%	18,972	34.8%
Hawaii	N/A	N/A	N/A	N/A
Idaho	1,071	33.0%	1,574	33.6%
Illinois	25,025	51.8%	35,606	51.7%
Indiana	N/A	N/A	13,651	37.8%
Iowa*	2,953	32.4%	3,533	33.9%
Kansas*	5,088	55.1%	5,178	42.9%
Kentucky	7,622	38.8%	10,743	41.0%
Louisiana	12,787	43.9%	13,391	39.3%
Maine	N/A	N/A	N/A	N/A
Maryland	N/A	N/A	N/A	N/A
Massachusetts*	2,860	38.1%	2,299	42.2%
Michigan	10,985	38.0%	14,217	31.0%
Minnesota	3,940	55.1%	5,189	61.2%
Mississippi	5,742	26.6%	8,428	33.3%
Missouri	12,974	48.7%	18,637	54.4%
Montana	906	41.8%	1,253	42.1%
Nebraska	1,612	28.8%	1,846	32.3%
Nevada	N/A	N/A	N/A	N/A

⁶⁷ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. *Recidivism of Prisoners Released in 30 States in 2005: patters from 2005 to 2010*. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4986>>. Acesso em 30. jun. 2014.

⁶⁸ THE PEW CHARITABLE TRUSTS. *Research and analysis. State of recidivism: the revolving door os America's prisons*. Washington, 2011. Disponível em: <<http://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/reports/2011/04/12/state-of-recidivism-the-revolving-door-of-americas-prisons>>. Acesso em 30. jun. 2014.

New Hampshire*	N/A	N/A	1,082	44.2%
New Jersey	14,034	48.2%	14,039	42.7%
New Mexico	N/A	N/A	3,615	43.8%
New York	25,592	39.9%	24,921	39.9%
North Carolina	23,445	43.8%	22,406	41.1%
North Dakota	N/A	N/A	845	39.6%
Ohio	22,128	39.0%	26,695	39.6%
Oklahoma	7,802	24.1%	8,159	26.4%
Oregon	2,769	33.4%	4,202	22.8%
Pennsylvania	6,844	36.6%	8,750	39.6%
Rhode Island	N/A	N/A	770	30.8%
South Carolina	9,299	26.8%	11,211	31.8%
South Dakota	1,231	33.7%	2,034	45.5%
Tennessee	N/A	N/A	N/A	N/A
Texas*	56,571	32.1%	72,130	31.9%
Utah	2,563	65.8%	3,056	53.7%
Vermont	N/A	N/A	N/A	N/A
Virginia	8,997	29.0%	11,999	28.3%
Washington	5,738	32.8%	8,093	42.9%
West Virginia	N/A	N/A	1,346	26.8%
Wisconsin*	5,206	46.1%	8,501	46.0%
Wyoming	N/A	N/A	705	24.8%
Total	470,666	45.4%	567,903	43.3%

Especificamente com relação aos fundamentos do retorno ao cárcere, um quadro comparativo, constante no mesmo estudo acima mencionado, identifica as razões, indicando que a reincidência ora depende do endurecimento das agências estatais (legislativo, policial e judicial) ora da flexibilização no cumprimento das regras em liberdade:



O rigorismo penal, contudo, não produziu os efeitos desejados, ao menos sob o aspecto do instituto da reincidência. Esta análise, de fato, mostra-se importante uma vez que a caracterização da reincidência vai de encontro a maioria dos discursos legitimadores da atuação penal. Assim, sob o discurso ressocializador, falha o sistema ao não produzir o efeito de transformar o indivíduo nem dissuadi-lo da prática do crime; e, sob o enfoque retributivo ou incapacitante, porque não se conseguiu proteger a sociedade ou o Estado, tendo o

indivíduo, quando de sua reinserção, voltado a delinquir. De outro lado, sob o viés econômico ou atuarial, certamente os gastos com sua manutenção no cárcere se mostraram não apenas elevados como também desperdiçados, mormente quando não produziram qualquer efeito intimidatório, para o infrator ou para terceiros, uma vez que as taxas de criminalidade, ao que tudo indica, mesmo com o massivo encarceramento, não se alteraram significativamente.

Em suma, diversos estudos comprovaram que o índice de reincidência daqueles indivíduos que (re)ingressam no sistema penal é elevado, o que arreda os ideais de ressocialização e/ou dissuasão geral ou especial. Neste tanto, não há, em verdade, nenhuma novidade, uma vez já anotado por Foucault as principais críticas formuladas ao sistema prisional europeu, entre 1820 e 1845:

- a. As prisões não diminuem a taxa de criminalidade;
- b. A detenção provoca reincidência;
- c. A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes;
- d. A prisão favorece a organização criminosa entre os internos;
- e. A prisão faz cair na miséria a família do infrator.⁶⁹

Todos estes dados sugerem, destarte, não apenas uma incapacidade do sistema em corresponder às expectativas fundadas nos diversos discursos legitimadores do modelo punitivo, como, essencialmente, uma estigmatização do indivíduo selecionável que, por diversos motivos, não consegue evitar o retorno ao cárcere, mediante uma reinserção na sociedade, praticamente inviabilizada por mecanismos estatais de controle e punição extramuros, como impedimentos a direitos civis básicos como o voto e a participação em júris, como até mesmo acesso a programas sociais, como, aliás, anteriormente mencionado por Matthews e Young.

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhe. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, pp. 234-235.

CAPITULO 2

A CONSTRUÇÃO DO MODELO PENAL DOS EUA

2.1 Cronologia do Modelo Repressor

O modelo punitivo norte-americano é uma referência em termos de políticas na área de segurança, primordialmente para os adeptos do movimento de lei e ordem. Wacquant, por exemplo, entende que o modelo dos EUA acabou servindo de paradigma para diversas nações desde a Inglaterra, a que chama de "cavalo-de-troia da americanização do penal", até a América Latina, no que denominou de "difusão transatlântica" ou "tempestade global da lei-e-ordem"⁷⁰. Outros autores, como Quirós, têm a mesma percepção no sentido de que a política punitiva norte-americana e o seu sistema de penas inspirou reformas em diversos países do mundo, que rotineiramente recorrem ao endurecimento penal dos EUA como exemplo ou guia.⁷¹

E, de fato, o país tem o maior e mais caro sistema punitivo do mundo. Segundo dados do *US Department of Justice*, são ao todo 2.220.300 pessoas encarceradas, tendo-se por referência o ano-base de 2013. Se considerados todos os cidadãos submetidos ao controle penal estatal, incluindo, assim, aqueles submetidos a *probation* e *parole*, atinge-se o montante de 6.899.000 de pessoas.⁷²

O *International Centre for Prison Studies – ICPS*⁷³, organização não-governamental, fundada em 1997, que tem como objeto o estudo e o planejamento relativamente a questões penitenciárias, tem oferecido no decorrer dos últimos anos importantes subsídios para a adoção de políticas públicas na área. Em recente estudo, o ICPS divulgou uma análise global acerca do encarceramento, tendo constatado que os EUA tem proporcionalmente 716 presos por 100 mil habitantes, o maior índice do mundo. Para fins comparativos, a China possui 121 presos por 100 mil habitantes e a Rússia possui 475 presos por 100 mil habitantes. Outros países, segundo esse mesmo estudo, estão significativamente distantes deste patamar, como a Itália (106 presos/100 mil habitantes), a Espanha (147 presos/100 mil habitantes), a França

⁷⁰ WACQUANT, Lööc. *As prisões da miséria*. *Ob. Cit.*, p. 116.

⁷¹ QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo y determinación de La pena em los Estados Unidos*: *Ob. Cit.*, p. 77.

⁷² U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Correctional Populations In The United States, 2013*. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=5177>>. Acesso em 01. jun. 2015.

⁷³ INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. *What's new. World Prison Population List. Tenth ed. Londres, 2013*. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/news/more-102-million-prisoners-world-new-icps-report-shows>>. Acesso em 01. jun. 2015.

(98 presos/100 mil habitantes), a Alemanha (79 presos/100 mil habitantes), a Holanda (82 presos/100 mil habitantes), a Dinamarca (73 presos/100 mil habitantes) e a Finlândia (58 presos/100 mil habitantes).⁷⁴

Para atingir essa condição, o sistema penal americano adotou uma cultura punitiva extremamente repressiva, especialmente no decorrer das últimas três décadas. Por esta razão, não há como se compreender a atual realidade do modelo punitivo norte-americano sem se considerar os diversos discursos que moldaram as políticas públicas na área. Fundamental, deste modo, um estudo, ainda que breve, acerca das teorias que, em maior ou menor grau, contribuíram para a explosão do sistema carcerário, em especial, a *new penology*, a *justice model* e a *just desert*, em cujo bojo se desenvolveram a *broken windows* - e sua variante do *zero tolerance* - e a *three strikes and you're out*.

2.2 As Origens da Política Punitiva e os Principais Movimentos de Reforma Penal

O surgimento da prisão nos EUA promoveu um grande paradoxo. Isso porque no momento em que se cultuava a liberdade no novo continente, concebiam-se os pilares do encarceramento como sendo o isolamento total, a obediência e um severo programa de disciplina⁷⁵. À época, segundo descrevem Rothman e Morris, vigia a premissa no sentido de que o crime era um acontecimento natural próprio da natureza humana. De fato, ainda nos tempos da colônia, a prisão era concebida apenas de forma instrumental, utilizada, por exemplo, para a custódia até o julgamento quando, então, seriam aplicadas as penas tradicionais como, por exemplo, as multas, os castigos corporais, a humilhação pública, o banimento e a forca.⁷⁶

Na verdade, pretendiam os norte-americanos garantir certa autonomia em face dos ingleses, cujo modelo de justiça ainda estaria moldado pelos ideais de poder absoluto e medo, típicos da monarquia, com uso indiscriminado da pena capital. Assim, aos poucos se foi

⁷⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. *What's new. World Prison Population List. Tenth ed. Londres, 2013.* Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/news/more-102-million-prisoners-world-new-icps-report-shows>>. Acesso em 01. jun. 2015.

⁷⁵ ROTHMAN, David J.; MORRIS, Norval. *The Oxford History of the Prison: the practice of punishment in western society.* New York: Oxford University Press, 1998, p. 100.

⁷⁶ Ibidem, p. 101.

abolindo ou restringindo a pena de morte, ao passo em que se aumentava o encarceramento, mas sem qualquer finalidade específica como a reabilitação.⁷⁷

As primeiras penitenciárias começaram a surgir, então, em 1796, em Nova York, e em 1797, em Nova Jersey. A expectativa era que o novo modelo punitivo iniciasse uma nova era, funcionando ao menos de modo intimidatório, mediante uma prevenção pessoal e geral⁷⁸. Nada obstante, o que se seguiu foi uma deterioração da condição dos cárceres nos EUA, não tendo se mostrado exitosa a experiência, havendo relatos históricos de abandono, depredação, violência e constantes fugas, o que ensejou a busca por um novo modelo.⁷⁹

Este novo modelo, então, surgiu, a princípio, da constatação do impacto da nova economia na família. De fato, nesta perspectiva, como os pais se viram obrigados a trabalhar em excesso, teriam negligenciando a criação e a disciplina dos filhos. Do mesmo modo, a Igreja também estava perdendo seus fiéis e, conseqüentemente, a ascendência sobre a população em geral. Por outro lado, as escolas não conseguiam suprir as deficiências da família e da Igreja. Reputava-se, pois, que a liberdade reconhecida aos homens no novo continente havia se transformado em um grande problema, sendo responsável por significativa parte dos problemas sociais, dentre os quais a criminalidade. Teve início, então, o debate acerca do papel da prisão frente aos problemas sociais.⁸⁰

Procedeu-se, então, a uma reforma conceitual nas instituições educacionais, que deveriam, na medida do possível, empreender estratégias para preencher esta lacuna de ordem moral na formação dos jovens, deixada pela família. No período, inclusive, tornaram-se comuns na literatura norte-americana obras de cunho moral e educacional dedicadas à família. A partir desta iniciativa, onde é possível averiguar o embrião da idéia da reabilitação, ao menos em solo norte-americano, o projeto foi transportado para as prisões, que deveriam, através da ordem e da disciplina, promover a reforma do infrator.⁸¹

A partir daí, pode-se afirmar que a história da política penitenciária nos EUA se desenvolveu com fundamento em dois modelos penitenciários: o de Auburn, localizado em Nova York, e o da Filadélfia, no estado da Pensilvânia. O sistema penitenciário de Auburn, construído em 1816, possuía como características fundamentais o rigor disciplinar, o trabalho

⁷⁷ ROTHMAN, David J.; MORRIS, Norval. *Ob. Cit.*, pp. 102-103.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 103.

⁷⁹ *Ibidem*. pp. 103-104.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 104.

⁸¹ *Ibidem*, p. 105.

obrigatório e coletivo e o isolamento noturno, sendo proibida qualquer forma de integração ou comunicação entre os internos.⁸²

Por outro lado, o sistema adotado em 1829, inicialmente na cidade da Filadélfia, também denominado *pennsylvania system*, tinha como pressuposto o isolamento total como forma de permitir ao sentenciado a transformação por meio da penitência. O próprio trabalho, aliás, deveria ser realizado no interior de cada cela, sendo proibidos os contatos entre os segregados. O modelo foi proposto pela *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons*, cujos membros pertenciam a uma facção religiosa conhecida como “*quakers*”.⁸³

Em comum, ambas as propostas partiam do pressuposto de que a convivência entre pessoas condenadas seria deletéria à formação de caráter, sendo certo que tinham por objetivo a reforma moral do condenado que, retirado da desordem social, poderia ser recuperado com vistas a sua futura reinserção. Daí a obsessiva idéia fundada no isolamento quase total e na rígida disciplina. A princípio, tais iniciativas encontravam-se muito próximas das idéias da Escola Positivista, especialmente no particular do tratamento a ser dispensado ao criminoso.⁸⁴

Ambos os modelos não diferiam tanto em suas concepções básicas, fundadas na necessidade da ordem, na disciplina e no trabalho, mas sim na relação entre os internos. Isso porque, o modelo auburniano permitia o trabalho e as refeições conjuntas, ainda que vedada qualquer forma de comunicação entre os presos, enquanto o modelo da Filadélfia fundava-se no isolamento absoluto, inclusive nos momentos de labor e alimentação, que deveriam ocorrer no interior da cela. A premissa básica de ambos, assim, consistia em que a rotina de ordem e disciplina propiciaria, com o passar do tempo, a transformação dos indivíduos. Em suma, a prisão atuaria onde as demais instituições de controle informal haviam falhado.⁸⁵

A disciplina penitenciária, aos poucos, acabou se aproximando do modelo militar, com sua organização, formação, disciplina e punição. Os internos, por exemplo, passaram a ser identificados e despersonalizados, regidos por normas internas, enquanto o corpo de funcionários passou a se profissionalizar a semelhança do meio militar, inclusive com

⁸² *ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. Penology. Auburn system.* Disponível em: <<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/42435/Auburn-system>>. Acesso em 01. jun. 2015.

⁸³ *Idem. Pennsylvania system.* Disponível em: <<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/450186/Pennsylvania-system>>. Acesso em 01.jun.2015.

⁸⁴ QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo y determinación de la pena em los Estados Unidos: Ob. Cit.*, p. 27.

⁸⁵ ROTHMAN, David J.; MORRIS, Norval.. *Ob. Cit.*, pp. 105-106

uniformes, armamento e símbolos⁸⁶. Outrossim, do ponto de vista da arquitetura prisional, alguns historiadores identificam que o desenho das prisões norte-americanas coincidiam com muitas fábricas que começavam a surgir, autorizando a conclusão de que a disciplina intramuros nos presídios acabava preparando o sentenciado para o mercado de trabalho.⁸⁷

Esta concepção convergiu para um movimento surgido na década de 1870, conhecido como *new penology*, com nítidas características progressistas e reformadoras, relativamente ao modelo até então adotado. Em síntese, propunha uma transformação do sujeito por meio da instrução formal, do trabalho e da reflexão religiosa. Os pontos fundamentais, contudo, foram a criação de diversos institutos como a *probation*, a *parole* e as denominadas “*indeterminate sentencing*”, que consistiam basicamente no estabelecimento de amplos limites máximos de pena, dentro do qual o juiz e os órgãos administrativos trabalhariam o condenado.⁸⁸

O estado de Nova Iorque, por exemplo, editou sua primeira lei de sentenças indeterminadas em 1877 e já em 1901 havia ampliado a sua aplicação para toda e qualquer condenação cujo infrator fosse primário. Com estas diretrizes, concebeu-se, por exemplo, no próprio estado, em 1876, um modelo penitenciário denominado *Elmira System*, que se transformou no reformatório modelo dos EUA, a partir do qual se construíram outros em Michigan, Massachusetts, Minnesota, Pennsylvania, Illinois, Ohio e Indiana. Estruturalmente, sua arquitetura se assemelhava aos colégios ou hospitais e não a uma prisão propriamente dita. Os internos, em sua maioria condenados primários por crimes graves, deveriam permanecer enclausurados até a completa reabilitação, num modelo característico de penas indeterminadas. As estatísticas oficiais pareciam confirmar o sucesso da proposta com os mais de 8.100 presos que passaram pelo sistema, com índice de reabilitação em torno de 81%, segundo a direção do estabelecimento, até que uma série de denúncias de maus tratos, torturas e abusos sexuais culminou em diversas investigações criminais e, em seguida, no encerramento do programa em 1896.⁸⁹

O modelo ressocializador, fundado essencialmente nas penas indeterminadas também foi largamente utilizado pelo estado da Califórnia desde 1917. Já a partir de 1944, o estado consolidou a proposta criando um órgão administrativo (*California Adult Authority*) com a especial incumbência de certificar a recuperação dos infratores, autorizando a continuidade da

⁸⁶ ROTHMAN, David J.; MORRIS, Norval. *Ob. Cit*, p. 110.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 111.

⁸⁸ QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo y determinación de La pena em los Estados Unidos: Ob. Cit*, p. 27.

⁸⁹ *Idem. Sociologia del castigo: Ob. Cit*, pp. 207-211.

pena ou a inserção do condenado em *parole*, inexistindo, outrossim, possibilidade de recurso ou controle por parte do poder judiciário.⁹⁰

Como registra Quirós, em um momento posterior, a pretensão de reforma da personalidade do infrator foi colocada em xeque, inclusive por setores da sociedade civil defensores dos direitos individuais e críticos da excessiva ingerência do Estado. Ademais, diversas práticas com foco na recuperação dos indivíduos vieram à tona, contribuindo para a superação do modelo. De fato, tornaram-se de conhecimento público a utilização de eletrochoques em presos como terapia destinada a suposta cura. Com efeito, durante os choques eram apresentadas fotos de crianças nuas, àqueles condenados por abuso sexual de menores, ou de dinheiro aos sentenciados por roubo, numa técnica conhecida como “*behavior modifiers*”. Eram comuns, ainda, a administração forçada de substâncias químicas aos condenados por delito sexual, no que se passou a ser conhecido como “castração química”.⁹¹

No estado da Califórnia, por exemplo, há registros de medicamentos ministrados forçosamente na *California Medical Facility* com vistas a induzir o estado de apneia, fazendo cessar, momentaneamente, a respiração do paciente. Este tratamento era indicado para sentenciados por crimes graves e internos com faltas disciplinares recorrentes, supostamente mais propensos à desobediência civil e às regras da vida em sociedade. Tal procedimento se alastrou nos EUA, tendo-se chegado a utilização em, pelo menos, 63 instituições correicionais em 1968.⁹²

A Suprema Corte dos EUA, por exemplo, chegou a analisar, em 23 de fevereiro de 1966, o caso *Baxstrom v. Herold*, relativamente a internos do sistema penitenciário de Nova Iorque. No julgado, entendeu-se pela fragilidade dos diagnósticos de periculosidade envolvendo os sentenciados alocados compulsoriamente no hospital psiquiátrico do condado de Baxstrom. De fato, à luz das provas apresentadas, concluiu-se que haveria falsas estimativas acerca da possibilidade de reincidência criminal. Em síntese, a determinação judicial consistiu na transferência imediata de todos os reclusos para unidades civis de tratamento psiquiátrico, fora da ingerência do *New York Department of Correction*⁹³. Em 1979, um estudo apontou que dos 967 pacientes com diagnóstico de “forte tendência

⁹⁰ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: genealogía de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, pp. 217-218.

⁹¹ Ibidem, p. 245.

⁹² Ibidem, p. 246.

⁹³ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Baxstrom v. Herold*, 383 U.S. 107. Washington, 1966. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/107>>. Acesso em 01. jun. 2015.

criminal” apenas 21 efetivamente voltaram a praticar alguma espécie de delito após serem colocados em liberdade.⁹⁴

Todos estes acontecimentos serviram para enfraquecer o modelo reabilitador e, como sugere Christie, para abrir as portas para o retributismo penal. De fato, a partir de então a questão não era mais ajudar ou curar, mas impor sofrimento por meio de um castigo merecido. Assim, as regras legais passaram a calcular a razoável quantidade de pena a se aplicar, por um prazo certo, transmudando-se pois a punição em uma dor intencionalmente provocada pelo Estado em desfavor do autor da infração.⁹⁵

E, neste contexto, merece destaque a posição de Wilson, consagrada na obra *Thinking About Crime*, originalmente publicada em 1975, que acabou fornecendo subsídios para políticas de enrijecimento que se seguiram. De fato, defendia o autor que era imprescindível ser rigoroso com o crime através de severas punições, que deveriam ser efetivamente aplicadas, sendo certo que retóricas acadêmicas não proporcionariam segurança à sociedade. No seu entender, tornava-se imprescindível focar a atenção no que efetivamente preocupava as pessoas, ou seja, a denominada criminalidade de rua ou “*predatory street crime*”, que, em última análise, promovia a violação do contrato social⁹⁶. O referido autor retomou sua posição favoravelmente ao endurecimento do modelo punitivo em 1995, ao tratar do tema da criminalidade juvenil, projetando que até o ano 2000, haveria cerca de 1 milhão de jovens a mais na sociedade, sendo certo que 6% destes se tornariam criminosos perigosos, como assaltantes e assassinos, razão pela qual advertia a população: “*Get Ready!*”⁹⁷

Enfim, surgiu um movimento contestatório das premissas do *new penology* que passou a ser conhecido como *justice model*. Este novo modelo possuía um viés mais garantista, no sentido de defesa mais firme dos direitos individuais e de princípios penais e processuais. Por outro lado, dentre as suas premissas estavam o livre arbítrio do indivíduo com relação à prática do crime e, por consequência necessária, a pena como resposta da sociedade. A propósito, Quirós assim resume as principais propostas dessa tendência:

Podemos sintetizar las propuestas esencialmente compartidas del justice model en un entramado de seis puntos, estrechamente relacionados:

1) proporcionalidad entre castigo y delito;

⁹⁴ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit.*, p. 244.

⁹⁵ CHRISTIE, Nils. *Limits to pain: the role of punishment in penal policy*. Oregon: Wipf & Stock Publishers, 2007, p. 36.

⁹⁶ WILSON, James Q. *Thinking about crime: revised edition*. Nova Iorque: Basic Books, 2013.

⁹⁷ Idem. *Crime and public policy*. California: Institute for Contemporary Studies, 1995, p. 507.

- 2) penas determinadas;
- 3) crítica a la discrecionalidad judicial y penitenciaria;
- 4) critica a la disparidad em la determinación de las penas;
- 5) sustancial reducción de las penas de prisión. Privación únicamente Del derecho a la libertad y tratamiento resocializador como opción exclusivamente voluntaria;
- 6) afianzamiento de la conción del debido proceso legal (due process)⁹⁸.

Nada obstante, o que se seguiu da implementação das novas idéias, foi um modelo ultraconservador, com resgate de muitos fundamentos que remetiam à escola clássica italiana. Em síntese, o movimento abriu as portas para um endurecimento da legislação penal e para os adeptos da lei-e-ordem, como mais uma vez pondera o mencionado autor:

Ahora bien, no obstante muchos autores reconocen que los puntos mencionados probablemente fueron las verdaderas metas de los promotores del modelo em comentario, también se há considerado que estos debates, sinceros o estratégicos, solo servieron para que los Estados Unidos terminaran desarrollando políticas penales más severas o rescataran los elementos más punitivos de la propuesta original, haciendo posible El encarcelamiento masivo de la década de los ochenta. Algunos afirman, incluso, que, en la práctica, el deseo de um castigo justo y merecido murió al poco tiempo y que las políticas de ley y ordem ocuparon rápidamente su lugar.⁹⁹

Logo na sequência, na política norte-americana do castigo, surgiu um movimento conhecido por *just desert*, que tinha fundamento no retribucionismo, fundado no merecido juízo de censura imposto ao infrator. Para esta teoria, o criminoso teria obtido uma vantagem injusta em relação à vítima e à própria sociedade, razão pela qual se tornava merecedor do castigo pela conduta indevida (“*wrongdoing*”). A propósito, esclarece Quirós:

[...] quien infringe el derecho de los demás merece ser culpado por su conducta y, por ello, puede ser sometido a un sufrimiento, única forma de expressar reprobación moral y cuantificar, con certa exactitud, dicha reprobación. De este modo, culpar a quienes cometen un acto incorrecto (*wrongdoing*), se convierte en una forma de reafirmar los valores morales que se infringen, una condena simbólica del hecho¹⁰⁰.

O que facilmente se percebe, é que o foco na teoria *just desert* não se voltava mais à emenda ou à reforma do indivíduo, mas sim à punição em si que encontra, já agora, um fundamento filosófico, na medida em que através do “merecimento” conseguia-se a pena justa, ou seja, aquela bem dosada e imposta proporcionalmente ao dano. Em suma, propunha-se que os delitos deveriam estar devidamente hierarquizados segundo o grau de ofensa ao bem

⁹⁸ WILSON, James Q. *Crime and public policy*. California: Institute for Contemporary Studies, 1995, p. 33.

⁹⁹ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit.*, p. 33.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 38.

jurídico, demonstrando o nível de reprovação merecido. Ademais, pretendia-se objetivar o critério de imposição das penas, minimizando a discricionariedade na sua individualização.¹⁰¹

A partir destes fundamentos consubstanciados no *just desert*, cujas penas deveriam ser menos arbitrárias, tanto do ponto de vista judicial como legislativo, bem como através do abandono definitivo da pretensão ressocializadora, surgiu nos EUA uma visão mais próxima do campo econômico, conhecida como análise econômica do direito. Em seu viés criminal, pretendia fazer uso de ferramentas e estratégias próprias para análise da conduta humana delitiva, atentando-se, precipuamente, para a análise do custo-benefício.

O juiz Richard Posner, efetivamente, defendeu, na origem da teoria (1985), com fundamento nas ideias de Beccaria, Bentham e Becker, que a teoria econômica poderia conferir diretrizes para a formulação de políticas públicas eficientes no campo do controle da criminalidade. Quanto ao tema, sustentava que a prisão é um instrumento imprescindível de castigo, uma vez que o infrator, em regra, não tem outros meios de resgatar seu débito, que precisava, por outro lado, superar o dano proporcionado. Neste aspecto, defendia que a pena seria o preço que a sociedade cobraria diante da conduta criminosa. Deste modo, a severidade da pena naturalmente desencorajaria o infrator a praticar o delito.¹⁰²

Mais recentemente, Cooter e Ulen, por exemplo, propõem uma análise econômica para os delitos, a partir das leis e dos princípios básicos da teoria econômica, tendo-se por objeto um suposto “criminoso racional”. Neste aspecto, entendem que o infrator age em atenção às mudanças na probabilidade e na severidade da pena, bem como às oportunidades de cometimento. Este, de fato, um resumo de suas lições:

A hipótese de que a seriedade e frequência do crime diminui à medida que a pena esperada aumenta corresponde à hipótese de que a curva de demanda por bens de consumo declina. Os economistas confiam bastante nessa previsão. [...]

A hipótese de que o número de crimes diminui à medida que a pena esperada aumenta corresponde a de que a curva de demanda dos consumidores declina. [...] Um aumento na pena esperada causa uma redução na quantidade de crimes, pois alguns criminosos reduzem o número de crimes que cometem, enquanto indivíduos que se tornariam criminosos em outras situações decidem não cometer crime algum.

A hipótese de que as pessoas procuram menos os bens quando seus preços aumentam tem um título altissonante: ‘Primeira Lei da Demanda’. Do mesmo modo, a ideia de que as pessoas cometem menos um crime quando a pena esperada aumenta pode ser chamada de ‘Primeira Lei da Dissuasão’. Talvez você acredite que a Primeira Lei da Dissuasão é falsa, pois as pessoas cometem crimes por paixão, irracionalidade ou ignorância, mas estudos estatísticos dão aos economistas bastante

¹⁰¹ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit*, p. 41.

¹⁰² POSNER, Richard A. *An economic theory of the criminal law*. *Columbia Law Review*. Chicago, out.1985. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1828/>. Acesso em 01. jul. 2015.

confiança na curva da demanda e sua inclinação. Em experimentos de laboratório, até os ratos obedecem a Primeira Lei da Dissuasão, e até o pior ser humano ainda é mais racional do que um rato [...]

A breve revisão da literatura pode ser resumida da seguinte maneira: o aumento na probabilidade de prisão, condenação e punição e o aumento na severidade da pena tem um efeito dissuasivo significativo sobre a população em geral e sobre a pequena parcela da população com maior probabilidade de cometer crimes [...].¹⁰³

De forma ainda mais polêmica, registram os autores estudos em análise econômica do direito que sugerem que a redução da criminalidade, observada nos EUA a partir da década de 1990, tem como causa direta a legalização do aborto através da decisão da Suprema Corte norte-americana em 1973, no Caso *Roe v. Wade*, na medida em que os mais de 1,5 milhão de abortos realizados naquele ano impediram o nascimento de potenciais delinquentes a partir da década de 1990.¹⁰⁴

Quanto à análise econômica, discorre Quirós:

En el análisis económico, la actividad delictiva se disocia de las patologías a la que la había llevado la explicación positivista (aunque ciertos de sus aportes puedan reingresar como variables específicas), y se reubica en el mundo de las acciones racionales, guiadas por las preferencias individuales, las oportunidades los costos e los beneficios [...] Una persona comete un delito porque los beneficios que espera de éste exceden los costos esperados [...] En todo caso el objetivo principal del castigo es buscar la sanción óptima, es decir, aquella que permita minimizar los costos que acreea su imposición en el conjunto de la sociedad.¹⁰⁵

A definição da quantidade ideal de pena, assim, passaria pela consideração instrumental, sob o seu aspecto intimidatório e persuasivo, deixando de lado qualquer consideração de cunho ético ou moral. E, ao lado da análise econômica, surge também no século XX, as teorias do atuarialismo e da incapacitação/neutralização. A imposição da sanção, já agora, se justificaria pela mera neutralização de um indivíduo que viesse a ser considerado perigoso, o que acabou ampliando a seletividade estrutural do sistema punitivo, como bem pondera De Giorgi:

El control no se ejerce ya tanto sobre individuos concretos desviados (actuales o potenciales), cuanto sobre sujetos sociales colectivos que son institucionalmente tratados como grupos productores de riesgo. Los dispositivos del poder, utilizando metodologías de cuantificación y tratamiento del riesgo de desviación que recuerdan las que son propias de los seguros, parecen apuntar a la gestión de categorías enteras de individuos. La meta es redistribuir un riesgo de criminalidad que se considera socialmente inevitable.

De ello deriva la expresión «control actuarial», que alumbra la semejanza entre las nuevas estrategias de control y los procedimientos típicos de la matemática de los seguros. Estas estrategias - de hecho, exactamente igual a como proceden los seguros respecto a los riesgos de un accidente - consideran normal el riesgo; un

¹⁰³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 479-506.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 509.

¹⁰⁵ Ibidem, pp. 50-51.

riesgo que sólo puede ser gestionado a través de una intervención sobre el ambiente, sobre los comportamientos exteriores de los grupos sociales.¹⁰⁶

Feeley e Simon, por exemplo, também identificaram esta tendência de superação da visão eminentemente retribucionista para um modelo de gestão de riscos e probabilidades, com difusão de técnicas de mapeamento de lugares e de grupos representativos do perigo. Deste modo, a questão da pena, na visão dos autores, havia se transformado em uma estratégia gerencial. O endurecimento da legislação, por isso, tornava-se uma alternativa perfeitamente justificável, na medida em que se destinava a controlar os índices de criminalidade, mantendo-os em padrões aceitáveis, com objetiva análise dos riscos e das perdas. Ademais, variáveis como a reincidência passavam a ser avaliadas de forma diferente, não mais como uma falha do sistema penal – como no modelo reabilitador – mas como um indicativo de sucesso do programa gerencial, que já agora podia dispor de todo um aparato tecnológico como programas de computador e tornozeleiras eletrônicas. Esta nova forma de lidar com o tema possui, na visão dos autores, um viés tipicamente utilitário, numa combinação de racionalidade administrativa com a convicção generalizada de mau funcionamento do projeto ressocializador.¹⁰⁷

O acolhimento desta nova forma de gestão do crime foi significativo, tendo Quirós concluído que a incapacitação havia se convertido no principal fundamento de justificação da pena de prisão¹⁰⁸. A mudança de foco do modelo punitivo, da pretensa ressocialização pura incapacitação de grupos considerados perigosos, significou, assim, uma verdadeira alternância de paradigma.¹⁰⁹

E, de fato, em grande parte, a propalada mudança de paradigma encontra raízes na própria percepção de que, relativamente ao modelo anterior de recuperação do infrator, os objetivos pretendidos não teriam sido atingidos. Em relação a esta questão, merece destaque o posicionamento de De Giorgi, que ao enfatizar a crise do modelo anterior (reabilitador), demonstra a nova e preocupante tendência do modelo atuarial, fundado na análise dos riscos de determinadas categorias perigosas.¹¹⁰

¹⁰⁶ DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y practicas de la sociedad de control*. Barcelona: Virus Editorial, 2005, p. 38.

¹⁰⁷ FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. *The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*. Califórnia, 1992. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/718>>. Acesso em 01. jun. 2015.

¹⁰⁸ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit*, p. 58.

¹⁰⁹ Ibidem, pp. 66-67.

¹¹⁰ DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: Ob. Cit*, pp. 46-60.

Neste contexto, merece referência a obra de Robert Martinson, intitulada “*What works? Questions and answers about prison reform*”¹¹¹. O autor foi um defensor dos direitos fundamentais, em especial com relação à política racial norte-americana, o que lhe rendeu inclusive um período de encarceramento nos anos 1960. O seu estudo tinha como objeto de análise diversos projetos de ressocialização e os respectivos índices de reincidência criminal entre os anos de 1945 e 1967, em vários estados norte-americanos. Em suma, a conclusão foi de que os projetos de ressocialização se mostravam pouco efetivos, se consideradas as taxas de reincidência.

Dentre os poucos pontos positivos dos programas, mereceram destaque tão-somente aqueles fundados nos institutos da *probation* e da *parole*, que teriam produzidos níveis de reintegração harmônica superiores ao encarceramento. E, de fato, a conclusão do estudo foi no sentido de que o encarceramento se mostrava altamente prejudicial aos condenados e, de forma mediata, à sociedade como um todo, razão pela qual seria razoável centrar os esforços na minimização dos efeitos deletérios do aprisionamento dos indivíduos.

O desencantamento com o modelo reabilitador, como visto, acabou conduzindo a política norte-americana para um nível de endurecimento penal, desapegado de pretensões éticas ou morais e adstrito ao viés pragmático da neutralização, como advertido por Anítua¹¹² e Giorgi¹¹³. As teorias estudadas, enfim, em maior ou menor grau, mostram-se fundamentais para a compreensão do fato dos EUA terem atingido a maior taxa carcerária do mundo. E, no bojo de seus fundamentos, duas políticas fortemente incorporadas às legislações de diversos estados norte-americanos merecem destaque: *broken windows* e *three strikes and you're out*.

2.3 O Broken Windows, o Tolerância Zero e o Three-Strikes and You're Out

Em 1º de março de 1982, dois professores universitários, James Q. Wilson e George L. Kelling, produziram e divulgaram um estudo intitulado “*Broken Windows: the police and neighborhood safety*”¹¹⁴. Este estudo noticiava uma política de segurança pública levada a

¹¹¹ MARTINSON, Robert. *Ob. Cit.*

¹¹² ANITUA, Gabriel Ignacio. *Tolerancia cero: una genealogía de la criminología de la intolerancia*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.17, n.76, p.210-231, fev. 2009.

¹¹³ DE GIORGI, Alessandro. *Op.cit.*, p. 68.

¹¹⁴ KELLING, George L.; WILSON, James Q. *Ob. Cit.*

efeito pelas autoridades do estado de Nova Jersey, por volta de 1970, denominada “*Safe and Clean Neighborhoods Program*”. Uma das bases do referido programa consistia na substituição da patrulha policial motorizada pelo policiamento ostensivo a pé. Ao fim de cinco anos, procedeu-se a uma avaliação do programa, tendo-se constatado que embora os índices de criminalidade não tivessem sido alterados, as pessoas pertencentes às respectivas comunidades haviam relatado que se sentiam mais seguras, tendo melhorado inclusive a opinião pública a respeito da atividade policial.

Diante de tal constatação, os autores concluíram que, paralelamente ao medo potencial de crimes violentos, as pessoas tinham, efetivamente, receio de certas desordens, muito comuns no ambiente em análise. E, quanto a tais distúrbios, o policiamento havia adotado estratégias de identificar as pessoas e os pequenos incidentes, como estranhos/suspeitos vagando nas ruas, prostituição, embriaguez e pichação. Os policiais passaram, efetivamente, a deter os pequenos infratores por “vadiagem”, seja com base na lei penal propriamente dita ou mesmo nos costumes locais, aos quais as pessoas teriam passado a respeitar, em um autêntico sentimento de “*enforcing the law*”.

Os autores, então, observaram que a desordem e o crime estariam de algum modo interligados, obedecendo a uma escalada preocupante. A seu ver, então, a questão crucial, independentemente do local e da comunidade a ser observada, seria que a sensação de insegurança e a progressão criminosa advêm da percepção difundida de que “*no one cares*”. Esta percepção, extremamente subjetiva, indicou, por meio de pesquisas, que as pessoas, por exemplo, temiam lugares com muitos jovens, bebidas e música alta, ainda que não houvesse notícia de qualquer crime nestas circunstâncias. Ocorre que, relativamente a essas pequenas desordens, que se revelaram as maiores preocupações da comunidade local, o patrulhamento motorizado não conseguia dar uma resposta tão efetiva quanto o policiamento pessoal, em contato direto com os indivíduos e seus problemas rotineiros.

Neste particular, discorreram os pesquisadores que, do ponto de vista histórico, a polícia acabou substituindo a sua função original, atrelada ao controle da ordem, pela investigação criminal. Essa mudança de perspectiva, em última análise, alterou a sua própria relação com a comunidade, na medida em que deixou de atuar preventivamente na solução dos conflitos rotineiros não-graves, mas fundamentais para os cidadãos, e passou a funcionar apenas reativamente.

Semelhando conclusão é hoje adotada, também, por estudiosos da área, como Dias Neto:

Partindo desta premissa, nos novos modelos do policiamento comunitário e orientado ao problema, a polícia tem as suas funções e estruturas decisórias redefinidas para estar em condições de dividir com outras organizações, públicas e privadas, a responsabilidade pelo processo de identificação, análise e solução dos problemas locais. Na qualidade de ator necessário, mas não suficiente, para a produção de segurança, a polícia passa por profundas transformações organizacionais, operacionais e culturais voltadas a torná-la mais apta a compreender a realidade em que atua e a prestar bons serviços.¹¹⁵

A crítica constante no estudo é, pois, no sentido de que a relação existente entre a manutenção da ordem e a prevenção do crime teria sido desconsiderada pelas políticas de segurança pública. Além disso, uma política que se pretenda eficiente quanto ao tema não poderia prescindir do controle informal realizado pela própria vizinhança, razão pela qual a polícia não poderia deles se distanciar.

De todo modo, como admitido pelos próprios autores do referido estudo, uma polícia mais próxima à comunidade, apesar de conferir uma sensação maior de segurança aos indivíduos, passa a gozar de uma maior discricionariedade em sua atuação preventiva. E isto poderia se transformar em um grave problema, pois a depender da atuação policial, conflitos sociais e raciais certamente viriam à tona.

Nada obstante, insistem os autores no sentido de que seria preciso restabelecer a atuação preventiva da polícia até mesmo porque o modelo reativo não conseguia mais oferecer respostas adequadas à população, limitando a sua atuação, assim, ao acontecimento do crime, ou seja, quando o mal já teria ocorrido. Em síntese, pelo modelo de policiamento atual, a única solução que se oferece para a sociedade é a prisão, o que, com o tempo, frustra não apenas os indivíduos como, também, a própria polícia.

Esta percepção é a mesma, por exemplo, de Rolim:

O que ninguém percebeu durante as décadas em que essas transformações foram se consolidando é que os novos recursos tecnológicos, que passavam a ser empregados maciçamente pelas forças policiais em todo o mundo, estavam criando, também, um modelo de policiamento cuja principal característica seria a de responder às ocorrências criminais após a comunicação do fato pelas vítimas ou por testemunhas. Um modelo substancialmente distinto do anterior, que não teria mais chance de agir proativamente e que estaria marcado pelo afastamento entre os policiais e a comunidade. [...]

¹¹⁵ DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 115.

O resultado, que se reproduziu em todas as nações contemporâneas, foi a afirmação de um modelo ‘reativo’ de policiamento que haveria de introduzir novas e, possivelmente, mais graves distorções.¹¹⁶

E, assim, concluem os referidos autores no sentido de que, da mesma forma que os médicos teriam descoberto que prevenir a doença é mais eficiente que tentar a cura, uma política de segurança pública deveria buscar o modelo preventivo em detrimento do reativo. Aliás, a importância do estudo no contexto do modelo punitivo no âmbito dos EUA pode ser confirmada por diversos estudiosos, dentre os quais Anítua.¹¹⁷

E é justamente este estudo que dá origem a mundialmente conhecida política do “tolerância zero”, o que ocorre, evidentemente, através de uma interpretação ultraconservadora do modelo preventivo de policiamento, como adverte, uma vez mais, Anítua¹¹⁸. Com efeito, o estudo em si tem como pano de fundo uma análise da atividade policial, sob viés comunitário, tendo como crítica fundamental o seu desvirtuamento, ou seja, sua transmutação do preventivo ao reativo. Ademais, o estudo tratava da percepção da atividade policial sob a óptica da comunidade, para quem os pequenos delitos seriam os mais perturbadores da tranquilidade, como bem pondera Young:

O pano de fundo do artigo é a desilusão com a eficácia dos métodos normais de policiamento, em parte baseada no estudo pioneiro de George Kelling sobre Newark, Nova Jersey e numerosos outros estudos de caso em todos os Estados Unidos, que sugeriam que a atividade policial só tinha um efeito imitado sobre a criminalidade. [...]

O insight de Wilson e Kelling foi perceber que o controle de pequenos infratores e de comportamentos desordeiros não criminosos era tão importante para a comunidade quanto o controle da criminalidade. Incivildades, crimes correlatos à qualidade de vida causam a maior parte do sentimento de desconforto dos cidadãos na cidade. E a estes dois insights absolutamente pertinentes eles acrescentaram duas proposições mais contenciosas. A saber, que a polícia que era ineficaz no controle de crimes graves seria facilmente eficaz contra comportamentos desordeiros. Que este era, com efeito, o seu papel original. E que o controle das incivildades seria, por assim dizer, uma partida rápida no sentido da superação da desesperança e da desintegração da comunidade, e que assim revitalizada, mediante controles informais e vigilância dos cidadãos, a comunidade reverteria a tempo a espiral de decadência e reduziria a incidência de crimes graves. [...]

Trata-se de uma teoria mais sutil, que prevê um papel mais marginal para a polícia e situa a fonte da ordem social em partes mais fundamentais da estrutura social. Finalmente, não se fala ali do tolerância zero.¹¹⁹

¹¹⁶ ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006, pp. 30-31.

¹¹⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Tolerancia cero: Ob. Cit.*

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 188.

Em suma, foi necessário um grande esforço metodológico e interpretativo para que se partisse da *broken windows* para a “tolerância zero”. E, de fato, a tese do policiamento preventivo a pequenas infrações, contida no *broken windows*, foi repensada e adaptada por William Bratton, chefe de polícia da cidade de Nova York, entre os anos de 1994 a 1996, uma vez nomeado para o cargo por Rudolph Giuliani, prefeito da cidade de Nova York entre os anos 1994 a 2001, e que havia construído sua carreira à luz do combate à máfia italiana na década de 1980, na condição de *federal attorey*, nomeado pelo presidente Ronald Reagan.

A nova estratégia se transformou, contudo, em uma política de intolerância contra os socialmente excluídos, ao tempo em que representou um aumento considerável dos custos e recursos humanos. O tema, aliás, não passou despercebido por diversos estudiosos do tema, como, por exemplo, Wacquant:

O segundo trunfo de Bratton é a extraordinária expansão dos recursos que Nova York destina à manutenção da ordem, uma vez que em cinco anos a cidade aumentou seu orçamento para a polícia em 40% para atingir 2,6 bilhões de dólares (ou seja quatro vezes mais do que as verbas dos hospitais públicos, por exemplo), ostentando um verdadeiro exército de 12.000 policiais para um efetivo total de 46.000 empregados em 1999, dos quais 38.600 são agentes uniformizados [...]

Abraçando a doutrina da tolerância zero, Bratton vira as costas à polícia comunitária, derivado americano da polícia de proximidade britânica [...].¹²⁰

A política conhecida como tolerância zero, então, identificou os inimigos a serem combatidos pelo novo modelo – pequenos traficantes, usuários, prostitutas, mendigos, moradores de rua e etc -, implicando, outrossim, numa série de abordagens pessoais que, evidentemente, não escondiam a seletividade, como bem observa Anítua:

El "enemigo" sería, de acuerdo a las tesis de Wilson y Kelling, aquella fuente de miedo que los habitantes identifican con aquella gente que catalogan como desordenada. El jefe de la policía Bratton señalaba como desordenados a los squeegee-men (quienes limpian los parabrisas de los autos), las prostitutas, los pequeños revendedores de droga, los mendigos, los vagabundos y los graffiti boys.

La medida más emblemática de la "tolerancia cero" contra estas personas fue la técnica stop and frisk (detención y requisa) mediante la cual se permite detener discrecionalmente a los "razonablemente sospechosos".¹²¹

E o programa, de fato, produziu tanto encarceramento que o estado teve que inovar em sua política penitenciária, tendo criado uma nova espécie de unidade prisional, quais sejam, as “prisões-barco”. Com efeito, em 1988 entraram em operação as duas primeiras espécies: *Bibby Resolitione Bibby Venture*, tendo funcionado até 1994. Já em 1992, o estado inaugurou

¹²⁰ WACQUANT, Lóic. **As prisões da miséria**. *Ob. Cit*, p. 35.

¹²¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Tolerancia cero: Ob. Cit*.

o seu terceiro barco-prisão - *Vernon C. Bain Maritime Facility* -, com capacidade para 800 presos, ainda em operação.¹²²

Nesta época de populismo midiático, as estratégias utilizadas em Nova York rapidamente se disseminaram na grande mídia, valendo citar, por todos, o jornalista Malcolm Gladwell, entusiasta do novo modelo repressor, cuja obra intitulada *O Ponto da Virada* vendeu mais de 5 milhões de cópias, com ampla defesa do modelo adotado:

Quando Rudolph Giuliani foi eleito prefeito de Nova York, em 1994, Bratton foi nomeado chefe do Departamento de polícia da Cidade de Nova York e aplicou as mesmas estratégias ao município em grande escala. Instruiu os policiais a agir com rigor nos casos de crimes contra a qualidade de vida. Por exemplo, eles deviam reprimir a ação dos ‘caras do rodinho’, que abordavam os carros nos cruzamentos e exigiam dinheiro para lavar o pára-brisa, e de qualquer um que apresentasse nas calçadas um comportamento equivalente aos saltadores de roletas e pichadores do metrô. Na administração anterior, uma série de restrições tinha deixado a polícia ‘algemada’, diz Bratton. ‘Tiramos as algemas. Reforçamos as leis contra a embriaguez em áreas públicas e contra aqueles que urinavam nas ruas e passamos a prender os reincidentes. Isso incluiu os que jogavam garrafas vazias nas calçadas ou se envolviam até mesmo em danos insignificantes à propriedade. [...]

A teoria da janela quebrada e o Poder do Contexto são a mesma coisa. Ambos se baseiam na premissa de que uma epidemia pode ser revertida, pode dar uma guinada, consertando-se detalhes mínimos do ambiente imediato. [...]

O poder do contexto é um argumento ambiental. Ele afirma que o comportamento é uma função do contexto social. [...] O poder do contexto, no entanto, sustenta que o importante são as pequenas coisas. [...]

O poder do contexto estabelece que não precisamos resolver grandes problemas para encontrar a solução para a criminalidade. Podemos prevenir a ocorrência de delitos apenas limpando a sujeira das paredes e prendendo os caloteiros: a epidemia de crimes tem pontos de virada tão simples e objetivos quanto a de sífilis em Baltimore e a moda dos Hush Puppies. Isso era o que eu pretendia dizer quando chamei o poder do contexto de teoria radical. Giuliani e Bratton – longe de serem conservadores, como costumam ser classificados – representam, no que concerne aos crimes, a posição mais liberal que se possa imaginar. [...].¹²³

Ainda no particular da política de tolerância zero, uma das estratégias de policiamento idealizadas na época foi a “*stop-and-frisk*”, segundo a qual qualquer autoridade poderia proceder a abordagem, condução e interrogatório de cidadãos, a título de cautela, requisitando-lhe documentos e explicações. A tática policial, por exemplo, chegou ao ápice no ano de 2011, com 685.724 procedimentos devidamente documentados¹²⁴. Quanto ao tema, pondera Anítua:

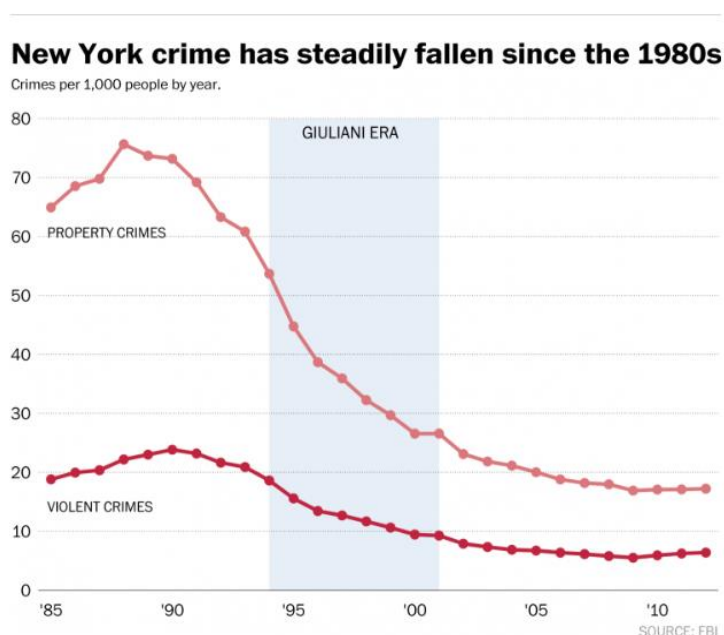
¹²² *BRONX JAIL BARGE TO OPEN, THOUGH THE COST IS STEEP*. **New York Times**, Nova Iorque, 27.jan.1992. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1992/01/27/nyregion/bronx-jail-barge-to-open-though-the-cost-is-steep.html>>. Acesso em: 18.jun.2015.

¹²³ GLADWELL, Malcolm. **O ponto da virada: como pequenas coisas podem fazer uma grande diferença**. Rio de Janeiro: Sextante, 2009, pp. 143-147.

¹²⁴ *NEW YORK HAS ESSENTIALLY ELIMINATED STOP-AND-FRISK AND CRIME IS STILL DOWN*. **The Washington Post**. Washington, 03.dez.2014. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/the->

*En los dos primeros años desde que Bratton y Giuliani lanzaran su "tolerancia cero" se detuvieron a 45.000 personas por sospechas basadas en su ropa, aspecto, comportamiento y por sobre todas las cosas: su color de piel. Cerca del ochenta por ciento de los jóvenes negros y latinos de la ciudad de Nueva York fueron arrestados y registrados al menos una vez por las fuerzas de seguridad.*¹²⁵

Ocorre que, embora Bratton e o então prefeito Giuliani tenham passado a propalar o acerto do programa denominado “tolerância zero”, com significativo destaque na mídia norte-americana, o fato é que os índices de criminalidade na cidade de Nova Iorque já estavam em queda há anos, como se infere da tabela a seguir¹²⁶:



A respeito destes fatos, adverte Wacquant:

É a esta nova política que as autoridades da cidade, além da mídia nacional e internacional, atribuem precipitadamente a queda da criminalidade em Nova York nos últimos anos. E o fazem mesmo com a dita queda tendo precedido em três anos a implementação dessa tática policial e sendo observada também em cidades que não a aplicam, como Boston, Chicago ou San Diego.¹²⁷

A própria estratégia conhecida como “*stop-and-frisk*” se demonstrou absolutamente desinfluyente ante os índices oficiais de criminalidade, como se extrai dos dados mais recentes¹²⁸:

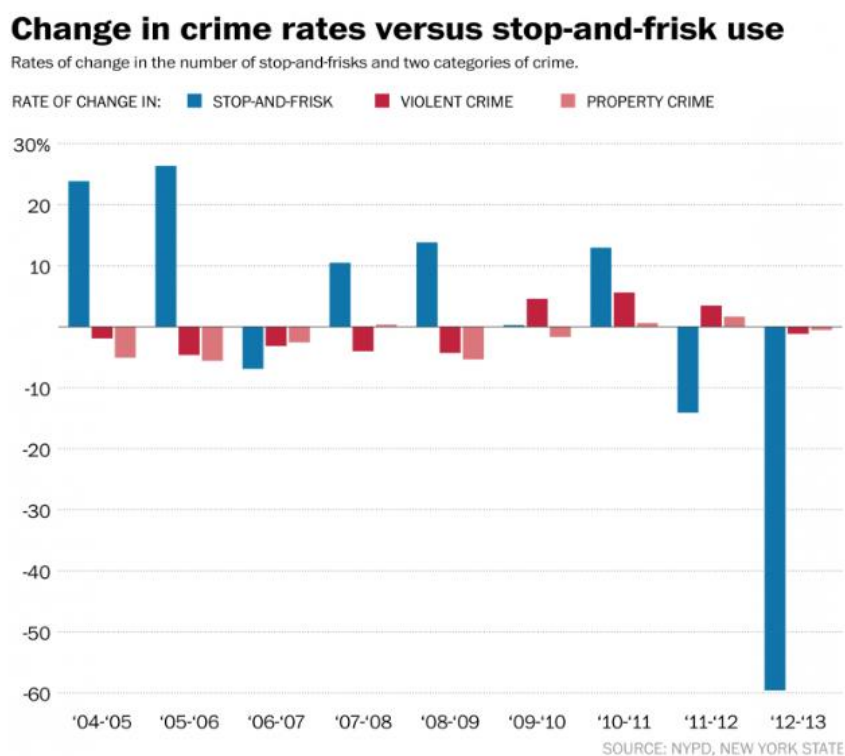
fix/wp/2014/12/03/new-york-has-essentially-eliminated-stop-and-frisk-and-crime-is-still-down>. Acesso em: 01. jun. 2015.

¹²⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Tolerancia cero: Ob. Cit.*

¹²⁶ NEW YORK HAS ESSENTIALLY ELIMINATED STOP-AND-FRISK AND CRIME IS STILL DOWN. Op.cit.

¹²⁷ WACQUANT, Lóic. *As prisões da miséria. Ob. Cit.*, p. 37.

¹²⁸ NEW YORK HAS ESSENTIALLY ELIMINATED STOP-AND-FRISK AND CRIME IS STILL DOWN. **The Washington Post**. Washington, 03.dez.2014. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/the->



O sucesso do movimento denominado tolerância zero, assim, não resistiu às mais criteriosas análises, ajustando-se muito mais a um populismo político-penal que garantiu não apenas a reeleição de Giuliani, na qualidade de prefeito de Nova York, bem como a nomeação de Bratton para o cargo de chefe-de-polícia do estado da Califórnia, que ocupou de 2001 a 2009.

A estratégia inserta no tolerância zero, deste modo, não passava de conceitos moldados para a legitimação política de medidas de controle social penal, através de processos de exclusão de supostos representantes do perigo e do medo disseminado (imigrantes, mendigos, dependentes químicos e minorias raciais). Trata-se, portanto, de uma “leitura criminológica da exclusão”, como sustenta Dias Neto.¹²⁹

A propósito do tema, pondera De Giorgi que o programa concebido como *broken windows* sequer seria factível numa cidade da dimensão de Nova York. Sugere o autor, de fato, que, ao lado da já decrescente taxa de criminalidade em todas as grandes cidades norte-americanas, o que ocorreu na cidade de Nova York foi uma reestruturação logística e

fix/wp/2014/12/03/new-york-has-essentially-eliminated-stop-and-frisk-and-crime-is-still-down>. Acesso em: 01. jun. 2015.

¹²⁹ DIAS NETO, Theodomiro. *Ob. Cit.*, p. 141.

burocrática das atividades da polícia, inclusive à margem das diretrizes do estudo original¹³⁰, compreensão, aliás, que não discrepa das ponderações de Young.¹³¹

Em um minucioso estudo sobre a questão, Zimring identificou, de fato, um período consistente de redução da criminalidade não apenas em Nova York, previamente à implementação do tolerância zero, como também no restante do país. Ademais, sugere o autor que a explicação para o aparente sucesso do programa, mais especificamente com relação ao controle dos índices de criminalidade, não se deve, efetivamente, à midiática política decorrente da teoria *broken windows*. No seu entender, a experiência nova-iorquina deixou como lição a ineficácia da prisão como instrumento de controle das taxas de crimes, mostrando-se a atuação estatal significativamente mais eficiente quando adotada uma estratégia de policiamento visível e preventivo. Além disso, entende recomendável que a inteligência policial proceda a identificação das áreas sensíveis, como ocorreu na cidade de Nova York, com eliminação dos “mercados públicos de ilicitudes”, como, por exemplo, o tráfico de drogas, a partir do qual derivariam desde o descrédito da população para com as instituições, com difusão da sensação de insegurança, até os conflitos interpessoais mais graves, como homicídios e lesões corporais. Daí porque sugere, outrossim, que a estratégia policial deve ter como foco, principalmente, o desarmamento da população, muito mais que o combate a pequenas infrações ou meras incivildades, como sugerido no estudo original.¹³²

Nada obstante, o fato é que tais constatações não impediram a difusão da teoria, e de seu aparente sucesso, para outras nações que a importaram, adaptando-a às condições locais e/ou interesses dominantes. Ademais, ao lado do *broken windows*, e de sua ultraconservadora variante denominada *zero tolerance*, surgiu em diversos estados a regra “*three strikes and you're out*”. Trata-se de uma referência a uma regra do jogo de beisebol, que determina a exclusão do jogador que venha a cometer uma terceira falta.

De fato, o programa se proliferou, havendo registro de que, apenas entre os anos de 1993 e 1997, as diretrizes do *three-strikes and you're out* passou a fazer parte da maioria dos estados norte-americanos, como adverte Quirós:

Muchos consideran que una de las manifestaciones más difundidas de aquellas en el presente son las leys de “three stikes”, [...]

¹³⁰ DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: Ob. Cit*, p. 167.

¹³¹ YOUNG, Jock. *Ob. Cit*, p. 185.

¹³² ZIMRING, Franklin E. *The city that became safe: New York lessons for urban crime and its control*. NovaIorque: Oxford University Press, 2012.

En efecto, en los últimos años, 26 de los 50 estados norteamericanos, junto a la legislación federal, han sancionado leyes desarrolladas bajo el slogan (con claras reminiscências beisbolísticas) de los ‘three strikes and you’re out’ (al tercer golpe estás fuera). Estas leyes dicen pretender asegurarse que los delincuentes habituales o persistentes reciban la pena más alta posible, a excepción de la capital, esto es, prisión por vida, sin la posibilidad de una reducción por libertad condicional o parole.¹³³

A relação dos estados que incorporaram o programa as suas legislações, com registro do ano de implementação, pode ser conferida na tabela abaixo¹³⁴:

State	Year Passed (Amended)	Law
Alaska	2006	Stat. § 12.55.125
Arkansas	1995	S 123
California	1994	A 971 and Proposition 184
Colorado	1994	S 196
Connecticut	1994	H 5385
Florida	1995	S 168
Georgia	1994	S 441
Indiana	1994	H 1063
Kansas	1994	H 2788
Louisiana	1994 (1995)	H 18
Maryland	1994	H 1112
Montana	1995	S 66
Nevada	1995	A 317
New Jersey	1995	A 318
New Mexico	1994	S 73 and 742, Chapter 24
North Carolina	1994	H 39, Part 6, Chapter 22
North Dakota	1995	H 1218
Pennsylvania	1995	H 93
South Carolina	1995	H 3096
Tennessee	1994 (1995)	H 2759
Utah	1995	H 46
Vermont	1995	S 51
Virginia	1994 (1995)	H 273
Washington	1993	Initiative 593
Wisconsin	1994	1993 S 781, Act 289

Do ponto de vista penal, o mencionado programa tinha como essência uma baixa tolerância a reincidências criminais, impondo longas sentenças (que poderiam ir de 25 anos a prisão perpétua) a infratores “habituais”, ou seja, a partir do segundo ou terceiro delito, a depender do rigor adotado pelo legislador local. Nada obstante, considerando a autonomia de cada unidade federativa para dispor sobre legislação penal, houve graves discrepâncias quanto ao regramento adotado. Isso porque os Estados passaram a disciplinar não apenas o que seria habitualidade criminosa (dois ou três crimes), bem como a gravidade do delito que ensejaria a sua aplicação. Neste contexto, em alguns estados americanos, a regra do *three strikes and you're out*, na verdade, foi flexibilizada para uma intolerância estatal até em relação a dois delitos. Da mesma forma, em algumas unidades políticas apenas delitos contra a vida atrairiam a aplicação da regra, enquanto em outros, até mesmo crimes contra o patrimônio justificariam a aplicação.

¹³³ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit*, pp. 112-113.

¹³⁴ CHEN, Elsa Y. *Impacts of Three Strikes and You're Out on Crime Trends in California and Throughout the United States*. Disponível em: <<http://ccj.sagepub.com/content/24/4/345>>. Acesso em 01. jun. 2015.

A título exemplificativo, no Estado da Califórnia existem 21 tipos penais que prevêm violência contra a pessoa, além de outros 42 delitos “graves” que poderiam ensejar a aplicação da medida, o que resultou na condenação, apenas no ano de 1998, de 40.511 criminosos com base no novo regramento, criado em 1994, sendo 36.043 com base em um segundo delito (*second strike*). No Estado de Washington, por outro lado, a primeira unidade a aplicar a regra (1993), houve a condenação de 120 infratores, no período equivalente, com fundamento no *three-strikes*, e outros três, com base no *second-strike*.¹³⁵

Enfim, o programa *three-strikes*, que tinha por objetivo segregar, por longo tempo, criminosos violentos e habituais, acabou sendo banalizado e aplicado em casos rotineiros do dia-a-dia, como, por exemplo, a criminalidade tosca e/ou de rua, basicamente adstrita a crimes patrimoniais e relacionados a drogas. No particular do *broken windows*, os dados demonstram que os índices de crimes já estavam em decadência, não guardando pois relação com o enrijecimento do modelo punitivo, em especialmente sob a vertente denominada tolerância zero. Paralelamente, a aplicação dos programas resultou em significativos custos fiscais e sociais, especialmente quanto ao efeito da estigmatização do recluso e de sua família. Este rigorismo penal, em muito fundado nas políticas e teorias acima delineadas, como visto, contribuiu para que os EUA se tornassem o país com a maior população carcerária do mundo.

2.4 O Contexto Histórico dos EUA e a Construção do Modelo Repressivo

Para uma fiel compreensão das políticas penais levadas a efeito nos EUA, fundamental contextualizar o seu desenvolvimento histórico e cultural. Em primeiro lugar, é possível identificar que a mudança na orientação do modelo punitivo ocorreu a partir da segunda metade da década de 1970. Neste momento, os EUA atingiam o ápice dos índices de criminalidade, desde os delitos contra o patrimônio até as infrações mais violentas, como assassinatos e estupros.

A título exemplificativo, o número absoluto de crimes violentos (homicídios, assaltos e estupro), que em 1960 correspondia a 288.460 casos, atinge, no ano de 1975, o total de 1.039.710 registros oficiais. Quanto aos delitos contra o patrimônio, sem violência a pessoa, há também um acréscimo substancial, havendo o registro de 3.095.700 de casos em 1960 e, já

¹³⁵ CHEN, Elsa Y. *Ob. Cit.*

em 1975, a quantidade ultrapassa 10 milhões e 200 mil ocorrências¹³⁶. Ao lado da crescente criminalidade dita “comum”, o período compreendido de 1961 e 1972 ficou conhecido como a era de ouro dos sequestros de aviões (“*golden age of hijacking*”), com 159 casos oficialmente registrados. E o ápice deste tipo de criminalidade foi atingido em 1972 com uma média de 3 sequestros por mês, com motivações as mais variadas, desde protestos políticos, em defesa do regime cubano ou pelo fim da guerra no Vietnã, ou simplesmente para obtenção de resgates.¹³⁷

Trata-se, portanto, de um contexto histórico de grande clamor público por segurança, o que, inevitavelmente, pressionou o sistema político a oferecer uma pronta resposta à sociedade, quase sempre na sua forma mais simples, qual seja, o endurecimento da legislação penal. E, de fato, coube ao presidente Lyndon Johnson (1963-1969), atendendo às pressões políticas e populares, declarar que os EUA estavam em guerra contra o crime, em uma mensagem enviada ao Congresso Nacional no dia 9 de março de 1966, cujo primeiro item da pauta sugeria justamente o endurecimento da legislação criminal e o aumento do uso da prisão como instrumento de controle.¹³⁸

Em contrapartida, o mandato do presidente Johnson coincide com uma gama considerável de recursos aplicados em programas assistenciais, o que levou diversos segmentos liberais a concluir que este tipo de política governamental não tinha o condão de conter a criminalidade, inexistindo outra alternativa exceto a aplicação do castigo e da neutralização do infrator. Em algumas hipóteses, defendeu-se, inclusive, que os referidos programas incentivavam a prática de crimes, pois condicionavam negativamente os beneficiários a não buscarem emprego, perpetuando, assim, a sua situação de vulnerabilidade.¹³⁹

Na sequência, em 17 de junho de 1971, o presidente Richard Nixon (1969-1974), em uma mensagem especial ao Congresso Nacional, intitulada *Drug Abuse Prevention and Control*, declarou que os EUA estavam em guerra contra as drogas (“*war on drug*”), sendo este o inimigo público número um, tendo-se destinando significativos subsídios à política de

¹³⁶ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Uniform Crime Reporting Statistics*. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.ucrdatatool.gov/Search/Crime/Crime.cfm>>. Acesso em 01. jun. 2015.

¹³⁷ KOERNER, Brenda I. *The skies belong to us: love and terror in the golden age of hijacking*. Nova Iorque: Crown, 2013.

¹³⁸ THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT. *Special Message to the Congress on Crime and Law Enforcement*. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=27478>>. Acesso em 01. jun. 2015.

¹³⁹ NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *The growth of incarceration in the United States: exploring causes and consequences*. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.nap.edu/catalog/18613/the-growth-of-incarceration-in-the-united-states-exploring-causes>>. Acesso em 01. jun. 2015.

combate às drogas. Nesta toada, o presidente Ronald Reagan (1981-1989) reafirmou no curso de seu mandato a guerra contra as drogas, inclusive mediante o apoio a um rigoroso arcabouço jurídico denominado *Anti-Drug Abuse Act*, que foi aprovado pelo Congresso norte-americano em 1986.¹⁴⁰

Ainda no contexto da guerra à criminalidade, surgiram nos EUA as denominadas “*super-maximum security*” (“*supermax*”). A princípio, as unidades se destinavam a criminosos de alta periculosidade, razão pela qual a questão da segurança é considerada prioritária, com vigilância permanente e isolamento total, sem limite prévio estabelecido para a custódia. Além disso, os reclusos devem permanecer pelo menos 23 horas por dia em suas respectivas celas, onde inclusive fazem suas refeições. A primeira unidade foi inaugurada no estado de Illinois, em 1984. Até o ano 2000, era contabilizadas 57 “*supermax*” em pelo menos 34 estados norte-americanos, com lotação aproximada de 20.000 internos.¹⁴¹

Lado outro, as mudanças observadas não se restringiram aos índices de criminalidade. No campo social, político e econômico havia, de fato, uma convulsão social nos EUA. Em primeiro lugar, vislumbra-se uma importante mudança no concernente aos papéis sociais e familiares. De fato, diversos grupos até então excluídos e/ou minoritários, como mulheres, negros e jovens, reivindicaram uma maior inclusão social, inclusive no aspecto do reconhecimento de seus direitos civis fundamentais. Foi, por exemplo, apenas em 22 de março de 1972 que se editou o *Equal Rights Amendment – ERA*, prevendo em nível constitucional a igualdade de direitos entre homens e mulheres.¹⁴²

Em segundo lugar, pode-se observar um movimento significativo por alterações nas leis penais, com especial destaque para as tentativas de descriminalização das drogas e do aborto, judicialmente reconhecido em janeiro de 1973 pela Suprema Corte dos EUA¹⁴³, o que divergia do pensamento inerente às correntes mais conservadoras da sociedade norte-americana, adeptos da política nacional de guerra ao crime.

¹⁴⁰ *THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT. Special Message to the Congress on Drug Abuse Prevention and Control*. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3048>>. Acesso em 01. jun. 2015.

¹⁴¹ KURKI, Leena; MORRIS, Norval. *The Purposes, practices and problems of supermax prisons*. In *Crime and Justice*, Chicago, 2001. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1147678?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 01. jul. 2015.

¹⁴² *EQUAL RIGHTS AMENDMENT FOR WOMEN PASSED BY CONGRESS*. *New York Times*, Nova York, 22.mar.2012. Disponível em: <http://learning.blogs.nytimes.com/2012/03/22/march-22-1972-equal-right-amendment-for-women-passed-by-congress/?_r=0>. Acesso em: 01. jun. 2015.

¹⁴³ *SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Roe v. Wade*, 410 U.S. 113. Washington, 1973. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em 01. jun. 2015.

Em terceiro lugar, a época também corresponde à insurreição de boa parte da sociedade norte-americana contra a guerra do Vietnã (1955-1975), sendo rotineiras as manifestações públicas contrárias à política externa do governo, com reunião de milhões de pessoas, como a ocorrida em 15 de outubro de 1969, denominada *Vietnam Moratorium*, tendo-se estimado um público presente na ordem de duas milhões de pessoas¹⁴⁴. A repressão às manifestações, por sua vez, eram quase sempre violentas, feita inclusive pela Guarda Nacional dos EUA, não sendo incomuns a morte de protestantes.¹⁴⁵

Em quarto lugar, os EUA foram substancialmente atingidos pela crise externa ligada em parte à indústria do petróleo, o que inverteu a tendência positiva de crescimento da década anterior, produzindo não apenas um período de estagnação da economia (1973-1975), com alta inflação (9,1%, em 1975, 11,3% em 1979 e 13,5% em 1980)¹⁴⁶, bem como significativas taxas de desemprego (9,8% em maio de 1975 e 10,8% em novembro e dezembro de 1982).¹⁴⁷

Em quinto lugar, mostra-se razoável supor que a época produziu uma importante mudança na mentalidade e no comportamento das pessoas, no que muitos passaram a identificar como o embrião da sociedade de consumo, com uma demanda sempre crescente por bens de produção, a que, já agora, nem todos podiam ter acesso, ora pela sua própria escassez ora por falta de recursos financeiros.¹⁴⁸

Especificamente com relação aos EUA, haveria ainda uma outra questão estrutural. De fato, estudos sugerem que o modelo penal conservador se disseminou no bojo do Poder Judiciário e do Ministério Público até mesmo pela peculiar forma de seleção dos seus integrantes, que ocorre através do voto popular. Isso porque, diferentemente do que ocorre em outros países, em que o ingresso ocorre de forma permanente, nos EUA os órgãos de Justiça estariam mais suscetíveis à opinião pública, que por sua vez nem sempre responde racionalmente aos problemas sociais apresentados. Assim, não raro a atuação de juízes e

¹⁴⁴ *MILLIONS MARCH IN US VIETNAM MORATORIUM*. **BBC News**, 15.out.1969. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/october/15/newsid_2533000/2533131.stm>. Acesso em 01. jun. 2015.

¹⁴⁵ *4 KENT STATE STUDENTS KILLED BY TROOPS: 8 HURT AS SHOOTING FOLLOWS REPORTED SNIPING AT RALLY*. **New York Times**, New York, 4. mai. 1970. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/learning/general/onthisday/big/0504.html#article>>. Acesso em 01.jun.2015.

¹⁴⁶ *FEDERAL RESERVE. History. The great inflation: 1965-1982*. Disponível em <<http://www.federalreservehistory.org/Period/Essay/13>>. Acesso em 01.jun.2015.

¹⁴⁷ *FEDERAL RESERVE. History. Recession of 1981-82*. Disponível em: <<http://www.federalreservehistory.org/Events/DetailView/44>>. Acesso em 01.jun.2015.

¹⁴⁸ *NATIONAL RESEARCH COUNCIL. The growth of incarceration in the United States: exploring causes and consequences*. Washington, 2014. Disponível em <<http://www.nap.edu/catalog/18613/the-growth-of-incarceration-in-the-united-states-exploring-causes>>. Acesso em 01. jun. 2015.

promotores mostra-se comprometida com a expectativa da sociedade nos casos concretos, em detrimento, por vezes, da melhor solução do ponto de vista racional.¹⁴⁹

A questão fundamental, então, é que o período histórico correspondente ao endurecimento da legislação penal e, conseguintemente, à explosão da população carcerária nas últimas décadas, coincidia, no plano interno a uma série de alterações na estrutura básica da sociedade, tanto do ponto de vista cultural como social, além de uma grave crise econômica decorrente, em parte, de fatores externos. Além disso, os EUA vivenciavam um exponencial aumento dos seus índices de criminalidade, tanto dos crimes violentos como patrimoniais.¹⁵⁰

Neste sentido, Quirós exemplifica os componentes históricos e sociais que ajudaram a criar o clima de insegurança nos EUA, desde os mencionados movimentos por igualdade de direitos, à guerra do Vietnã e à grave crise econômica. O autor, inclusive, relembra que os mencionados protestos acabaram projetando líderes pacifistas, como Martin Luther King, mas também permitiram o surgimento de uma dissidência mais radical, como o *Black Muslims* e os *Black Panthers*¹⁵¹, cujo último dos seus principais membros, Albert Woodfox, foi libertado em julho de 2015, aos 68 anos, após cumprir 43 anos de prisão em regime de isolamento na *Louisiana State Penitentiary*, pela morte de um policial em 1972. O co-autor do crime, Herman Wallace, já havia sido colocado em liberdade em 2013, por razões humanitárias, falecendo de câncer aos 71 anos, dois dias após a sua saída da prisão.¹⁵²

Diante destas circunstâncias, é razoável supor que os sistemas da política e do direito acabaram incorporando seletivamente os ruídos produzidos pelo seu entorno, permitindo, outrossim, não propriamente uma sucessão de paradigmas, mas sim uma concorrência entre os discursos penais existentes, à luz do tema crime-criminoso. Neste sentido, pondera Machado, sob a perspectiva sistêmica:

A influência dos discursos da ciência e da criminologia no sistema jurídico não é direta e sequer inequívoca. A forma como o sistema jurídico incorpora os saberes é complexa (Nelken, 2006, pp. 598-602; Van Krieken, 2006, pp. 574-590). As comunicações reproduzidas pelas disciplinas criminológicas (subsistemas) geram respostas distintas nos sistemas sociais, pois a irritação relaciona-se a processos

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, pp. 181-221.

¹⁵¹ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo*. Ob. Cit, pp. 242-243.

¹⁵² *US PRISONER TO BE RELEASED FROM JAIL AFTER 43 YEARS OF 'TORTURE' IN SOLITARY CONFINEMENT. The Independent*, Londres, 09.jun.2015. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-prisoner-to-be-released-from-jail-after-43-years-of-torture-in-solitary-confinement-10307220.html>>. Acesso em: 01. jul. 2015.

internos (evolutivos). Além disso, os discursos científicos também concorrem com o senso comum nos processos operativos do direito (sistema jurídico). Valverde sugere hipótese explicativa: a lógica pragmática do direito admite a co-existência de diferentes epistemologias, segundo a arena legal (Valverde, 2003, p. 15). As diferentes mensagens sobre o crime e o criminoso não apenas concorrem entre si, mas também com outros saberes. O sistema jurídico faz uso dos fatos como evidências e investe na construção de verdades (estruturas semânticas) que permitem a sua autopoiese. [...]

A abordagem autopoietica sugere novas possibilidades de observação de temas de interesse das ciências penais, rompendo a visão de paradigmas sucessivos no campo criminológico; a diferenciação interna entre as disciplinas não gera, em processos evolutivos, invariavelmente, a completa superação dos modelos.

Propomos nesta análise que existem sistemas concorrentes, subsistemas da criminologia, que comunicam sobre o crime e o criminoso. Cada um destes sistemas estabilizou estruturas e acoplamentos estruturais com a política e com o sistema jurídico-penal. Assim, o direito penal (positivado), programa do sistema jurídico-penal, pode ser interpretado como acoplamento estrutural com significados distintos (policontextual) segundo o subsistema observado (criminologia). Ao contrário da visão que aposta em saberes comprometidos com interesses sociais e políticos do contexto analisado, o modelo sugere que as irritações do entorno possibilitam processos evolutivos e mais complexidade aos subsistemas (disciplinas), não gerando a desdiferenciação funcional do sistema ciência.¹⁵³

De todo modo, a resposta a todos estes problemas foi justamente a adaptação do modelo punitivo e penitenciário, de modo a permitir-se a neutralização das minorias representativas do perigo, em regra negros e imigrantes, jovens e pobres, que se tornaram os alvos naturais e acabaram por abarrotar o sistema carcerário norte-americano nas últimas três décadas.

2.5 O Tabelamento do Castigo: a Origem das Guidelines e da *Sentencing Commission*

Inicialmente, é importante registrar que até o início da década de 1970, o modelo punitivo norte-americano encontrava-se fundado, ainda, na pretensão ressocializadora, correspondendo, portanto, a um critério de penas naturalmente “indeterminado”. Em suma, aplicava-se uma sanção penal cuja importância centrava-se na suposta recuperação do indivíduo, o que certamente conferia uma enorme discricionariedade aos operadores do sistema penitenciário que deveriam decidir, caso a caso, quando o condenado poderia reconquistar a sua liberdade e, por conseguinte, o retorno ao convívio social, como observa Quirós:

¹⁵³ MACHADO, Bruno Amaral. Discursos Criminológicos sobre o Crime e o Direito Penal: Comunicação e Diferenciação Funcional. **Revista de Estudos Criminais**, v. 45, p. 41-82, abr/jun 2012.

En este sistema los jueces tenían una enorme discreción para determinar si una persona sería, o no, condenada a prisión y el máximo (y algunas veces el mínimo) de la pena que allí cumpliría. Por otra parte, las parole boards (autoridades de libertad condicional) poseían, asimismo, una amplia discreción, no sujeta a instancia recurrente alguna, para establecer cuándo efectivamente en libertad los condenados.¹⁵⁴

A partir de então, houve um intenso movimento por reforma do modelo penal, a princípio apoiado por diversos grupos com pretensões manifestamente antagônicas, como abolicionistas, humanistas e liberais, que defendiam, em síntese, critérios mais objetivos na imposição e execução das penas:

[...] al poco de comenzar la década de los setenta, se gestó un potente reclamo en favor de una drástica reforma penal. Este reclamo estuvo apoyado por abolicionistas, humanistas e liberales, con la finalidad de reducir las penas, y de muchos funcionarios del sistema penal, agrupaciones de víctimas y sectores penales conservadores, para agravarlas. Los académicos y los abogados especialistas en litigios reclamaron penas más justas y una reducción de las disparidades entre las penas existentes, relacionadas con cuestiones de raza, género y otras razones no justificables mediante criterios racionales.¹⁵⁵

Neste contexto, possui fundamental importância a posição crítica do juiz Marvin Frankel que, em 1972, publicou o livro *Criminal Sentences: law without order*¹⁵⁶. Em sua obra, o magistrado fez uma defesa categórica de uma reforma penal, mais especificamente no particular da aplicabilidade das penas de prisão, sugerindo a adoção de um modelo de sentenciamento mais transparente, por meio de tabelas, em que fosse possível a consideração objetiva de, pelo menos, duas variáveis: a gravidade do crime e os antecedentes do agente. O impacto da obra pode ser confirmado pelas observações de Quirós:

Marvin Frankel, juez federal de distrito de Nueva York, en 1972 expresó este reclamo en un texto jurídico, *Criminal Sentences: law without order*, trabajo en el que por primera vez se sugería la necesidad de implementar unas sentencing guidelines, es decir, pautas o directrices para la determinación de la pena, en las que se proponía un diseño basado en la gravedad del delito y los antecedentes delictivos.

Este libro influyó a favor del reemplazo del sistema de penas indeterminadas en distintos estados americanos y en el ordenamiento federal y fue una cita obligada de cualquier aproximación que se interesara por los cambios producidos en los últimos treinta a cuarenta años en materia de sentencing.¹⁵⁷

Nesta obra, o autor contestou a insistência com a ideia ressocializadora, pois a seu ver um modelo punitivo com esta premissa conduziria, necessariamente, a subjetividade e a excessiva discricionariedade dos órgãos judiciais e administrativos, especialmente penitenciários, culminando, em última análise, em penas longas ou indeterminadas. Destarte,

¹⁵⁴ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 87.

¹⁵⁵ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 88.

¹⁵⁶ FRANKEL, Marvin E. *Ob. Cit*.

¹⁵⁷ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 88.

o modelo então vigente violaria a um só tempo diversos princípios de direito, dentre os quais o devido processo legal e o próprio *nulla poena sine lege*. Daí porque, na sua visão, tornava-se imprescindível limitar o poder dos magistrados e das autoridades administrativas na imposição e na execução das penas a serem impostas.

Em suma, entendia o autor que "los poderes para determinar la pena de los jueces son, en resumen, tan ilimitados que, exceto por frecuentes y monstruosos limites máximos, no están sujetos a ninguna ley"¹⁵⁸. O próprio Frankel pontua que, a seu ver, o fundamental de seu pensamento era a enorme discricionariedade nas mãos dos juízes.¹⁵⁹

Além disso, o autor critica a técnica legislativa então vigente, chamando a atenção para a expressão "*not more than*". Isso porque havia se tornado regra a imposição de penas com limite máximo, cabendo apenas ao magistrado sentenciante a escolha do *quantum* certo a ser imposto no caso concreto¹⁶⁰. E, a seu sentir, a questão essencial dizia respeito a necessidade de se particularizar a pena, ou seja, de individualizá-la, sem margem para a subjetividade judicial.¹⁶¹

O autor, aliás, ponderava que o procedimento em si de imposição de pena era realizado atecnicamente, inexistindo qualquer ferramenta ou disciplina específica, sequer nas escolas de direito. Aliás, o próprio ato de imposição da pena era considerado, pelos magistrados, como uma atividade secundária. Ademais, Frankel reconhecia a importância da interdisciplinaridade no âmbito penal, especialmente para alguns grupos de criminosos.¹⁶²

A crítica fundamental, como visto, residia no fato de que o processo de individualização das penas havia se tornado um campo fértil para as arbitrariedades e preconceitos dos juízes e agências correlatas, razão pela qual se propunha um modelo mais objetivo, em que fosse possível a todos compreender o processo de individualização das penas e, mais especificamente ao condenado, ter a exata dimensão do juízo de censura e a perspectiva de liberdade.

A sua conclusão, pois, foi no sentido de que o modelo de imposição e execução das penas nos EUA, por extremamente subjetivo, mostrava-se cruel e arbitrário. Assim, a seu sentir, "*el poder absoluto de un simple juez para determinar la condena, como parte de una*

¹⁵⁸ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit*, p. 89.

¹⁵⁹ FRANKEL, Marvin E. *Ob. Cit*, p. 5.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 6.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 10.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 11-15.

*discreción asentada e irrevisable, es – quizás ‘el’ – mal central del sistema”*¹⁶³. Em suma, propôs Frankel um novo modelo de fixação de penas que fosse suficientemente objetivo e, por conseguinte, mais transparente para todos, desde magistrados e advogados até a população em geral. Este modelo seria composto de diversas balizas de observância obrigatória:

Más allá de codificar los numerosos factores que afectan la extensión o severidad de las condenas, un código penal aceptable debe, a mi juicio, prescribir pautas para la aplicación y valoración de esos factores; esto puede parecer frío, técnico, carente de romanticismo y mecánico. Tengo en mente la eventual creación de un detallado conjunto de cálculos para ser usados: 1) por el juez de condena al sopesar los múltiples elementos que corresponden a la pena; 2) por los abogados, oficiales de probation y los demás que intentan persuadir o ilustrar al juez; y 3) por los tribunales de apelación en la revisión de lo que han hecho los jueces. [...]

El remedio práctico que proponho es una especie de perfil detallado o listado de factores que incluiría, en la medida de lo posible, alguna forma de objetivo numérico o similar. Aún siendo tosco y precipitado sugiero que la gravedad del delicto sería graduada a lo largo de una escala de, quizás, 1 a 5. Otros factores serían manejados del mismo modo. El resultado final podría ser una puntuación – o, posiblemente, un perfil individual de elementos para el sentencing – que haría factible seguir las estimaciones del juez que condena, criticarlo, y comparar la pena impuesta en el caso con otras.¹⁶⁴

Em sua visão, o réu teria o direito subjetivo a uma explicação, extraída da própria fundamentação sentença, e não simplesmente a uma decisão judicial do ponto de vista formal: “the point, any how, is that the parties (especially the loser) are, on deep principles, not merely entitle to a decision; they are entitled to an explanation”¹⁶⁵. Outrossim, a questão se agravava porque o silêncio acerca da não fundamentação não se esgotava no ato judicial que lhe impunha um *quantum* de pena, ao arbítrio do juiz. Pelo contrário, o silêncio se estenderia ao curso de toda a execução, sem conhecer o sentenciado os fundamentos pelos quais lhe seriam negados os direitos e benefícios.¹⁶⁶ Quirós, ao analisar a importância histórica da obra de Frankel, assim se manifesta:

*En este estudio, el juez Frankel consideraba que lá discrecionalidad y arbitrariedad de las penas indeterminadas (que ilustra con ejemplos de las leyes y los tribunales federales, en los cuales poseía vasta experiencia) era verdaderamente problemática y posibilitaba que é existieran una gran cantidad de condenas a penas demasiado severas. Entendía que un régimen capaz de esta arbitrariedad era intolerable en una sociedad supuestamente libre, además de inválido a lá luz del principio del due process [...] También sostenía que el principio de nulla poena sine lege había sido totalmente ignorando por las disposiciones legales ocasionando que en lugar de un gobierno de leyes, existiera un gobierno de hombres, fórmula que la vinculaba a la arbitrariedad y a la tiranía del pasado.*¹⁶⁷

¹⁶³ Ibidem, p. 69.

¹⁶⁴ FRANKEL, Marvin E. *Ob. Cit.*, pp. 113-114.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 40.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 49.

¹⁶⁷ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit.*, p. 89.

O fato é que a ideia de uma espécie de tabelamento das penas no âmbito dos EUA foi, efetivamente, revolucionária e bem explica o atual estágio do sistema punitivo norte-americano e, mais especificamente, da sua realidade carcerária. Mas o ponto mais importante do livro foi a sugestão de criação de órgãos especializados, autônomos e permanentes, denominados “*Sentencing Commissions*”, responsáveis por realizar estudos e propor alterações legislativas quanto ao tema da individualização das penas, podendo, em alguns casos, inclusive, atuar à margem do Poder Legislativo. A proposta em si foi tão impactante que, em pouco mais de duas décadas, boa parte dos estados norte-americanos já havia instituído o referido órgão, como bem ilustra Quirós:

Pese a esto entendió que la propuesta más importante del libro fu ela creación de una comisión experta para el studio y la formación de critérios de la determinación de la pena, a la que denomino Sentencing Commission, que vendría en ayuda del saber legal. [...]

La creación de las sentencing commissions se convirtió en la idea más exitosa y – con sus variantes – el instrumento más estudiado de los últimos treinta años para reformar la determinación de la pena en los distintos estados americanos. Fueran las únicas que sobrevivieron más de dos décadas de experimentación y contaron con fuerte apoyo de las legislaturas. Así, en 1996, veinticinco de los cincuenta estados habían creado, con sus variantes, comisiones de estas características y en casi veinte de ellos existían directrices en desarrollo.¹⁶⁸

De todo modo, a obra de Frankel não foi a única a marcar história na política punitiva dos EUA, merecendo destaque a criação de órgãos especiais de estudo do tema, como o *Committee for the Study of Incarceration*, em 1970.

2.6 O *Committee for the Study of Incarceration* e o *Doing Justice*: o castigo merecido (*just desert*)

Em 1971, os EUA acompanharam uma rebelião ocorrida no presídio conhecido como *Attica Correctional Facility*, localizado no estado de Nova York. O movimento durou 4 dias (09/09/1971 a 13/09/1971) e terminou com um saldo de 39 mortos, dentre os quais 10 guardas que eram mantidos como reféns¹⁶⁹. Na ocasião, o então governador do estado, Nelson Rockefeller (1959-1973), recusou-se a negociar com os prisioneiros e autorizou expressamente as forças policiais a retomarem o controle da prisão, tendo logo após comunicado ao então

¹⁶⁸ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit*, pp. 92-93.

¹⁶⁹ ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. America History. *Attica prison revolt*. Disponível em <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1934871/Attica-prison-revolt>>. Acesso em 01.jun.2015.

presidente Richard Nixon (1969-1974) que a ação havia sido um sucesso. Nos dias seguintes, ao serem noticiados os fatos pela imprensa, especialmente quanto à responsabilidade pelas mortes atribuída exclusivamente à atuação das forças policiais, com execução sumária de presos e reféns, Rockefeller teria respondido que essas consequências estavam dentro da normalidade.¹⁷⁰

Ao que se tem notícia, a idealização da rebelião teria decorrido de uma outra revolta, violentamente reprimida, ocorrida na costa oeste dos EUA, mais precisamente na *San Quentin State Prison*, no estado da Califórnia, um mês antes dos eventos¹⁷¹. Historicamente, os registros de rebeliões nas prisões norte-americanas são divididos em dois períodos pelos estudiosos¹⁷², iniciando-se com o que se denominou de “primeira onda”, a partir do período pós-guerra (1945) até o final da década de 1960. De fato, neste período, merecem destaque as revoltas organizadas na *Missouri State Penitentiary*, em 1954, com saldo de 4 presos mortos, na *Montana State Prison*, em 1959, com 3 internos mortos, e em *San Quentin Prison*, em 1967, com 1 morto. A mais emblemática, entretanto, foi a rebelião ocorrida na *Alcatraz Penitentiary*, em 1946. A unidade esteve sob administração federal entre os anos de 1934 e 1963, com capacidade estimada de 1500 vagas. A revolta, que ficou conhecida como *Battle of Alcatraz*, teve início em 2 de maio de 1946, numa tentativa de fuga frustrada, terminando dois dias depois, com o saldo de 5 mortos, entre presos e guardas. No evento, os condenados tiveram acesso a armamento letal, razão pela qual a retomada do controle contou com a participação da polícia local, da guarda costeira e dos *US Marine*. Em um momento posterior, a que se chamou de “segunda onda”, nas décadas de 1970 e 1980, merecem referência as revoltas ocorridas na *Kingston Penitentiary*, em 1971, com 2 mortos, na *Oklahoma State Penitentiary*, em 1973, com 3 mortos, na *Idaho State Penitentiary*, em 1973, com 1 morto, na *Joliet Correctional Center Facility*, em 1975, com 1 morto, na *New Mexico State Penitentiary*, em 1980, com 33 mortos e mais de 100 feridos, e na *Dick Conner Correctional Center*, em 1983, com 1 morto, além da já referida rebelião em *Attica Correctional Facility*, em 1971. Em um trabalho específico quanto ao tema, inclusive com estudo de caso de diversas das rebeliões acima mencionadas, Useem e Kimball sugerem que a questão central para a compreensão dos eventos encontra-se na “*identification*”, ou seja, na relação

¹⁷⁰ *THE SOMBER SHADOWS OF ATTICA*. *The New York Times*, Nova Iorque, 14.set.2011. Disponível em: <http://cityroom.blogs.nytimes.com/2011/09/14/the-somber-shadows-of-attica/?_r=1>. Acesso em: 05. jul. 2015.

¹⁷¹ MASON, Fergus. *The incredibly true history of how 100 prisoners took over Attica Prison*. Nova Iorque: Absolute Crime Books, 2013.

¹⁷² SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira**. *Sociologias*, Dez 2006, no.16, pp. 274-307.

estabelecida pelos presos, entre si e com a administração prisional. A partir da natureza desta “identificação”, as revoltas seriam mais ou menos violentas, com sacrifício de internos e/ou de guardas, ou apenas com a danificação do patrimônio público. Em suma, os autores estendem ser imprescindível uma análise sócio-psicológica da ação coletiva¹⁷³.

Quanto a esta questão, impõe-se destacar os estudos de Donald Clemmer, em *The Prison Community*, cuja primeira edição foi publicada ainda em 1940. Na obra, o autor fazia uma abordagem original acerca do que denominou de “cultura prisional”, onde observou uma estrutura peculiar, com estratificação, agrupamentos antagônicos, lideranças, costumes próprios e mecanismos específicos e autônomos de controle social, advertindo, expressamente, que não se tratava de um sistema fechado, estando aberto ao mundo exterior. Segundo Clemmer, o objetivo básico do sistema prisional consiste em manter-se em equilíbrio, razão pela qual são desenvolvidos programas e iniciativas neste sentido, como é o caso do “*progressive merit system*”, que tinha por meta conceder vantagens e/ou privilégios aos internos com bom comportamento, numa espécie de cinco estágios onde podiam evoluir a cada três meses (A, B, C, D, e E). Ademais, apesar de se tratar de uma sociedade dinâmica, com uma constante substituição dos indivíduos, tanto agentes como internos, seria possível afirmar que o conjunto das regras que rege a conduta dos presos e a postura dos guardas possuía uma constância. Neste sentido, pondera que, na unidade prisional, as formas de lidar com os presos, desde o trabalho, a recreação e a disciplina, possuem praticamente as mesmas diretrizes do início do século, razão pela qual, concluiu o autor, que na verdade os indivíduos são colocados em um universo cujos regramentos e instituições lhes antecedem¹⁷⁴.

Após Clemmer, outros autores se debruçaram sobre o tema da subcultura prisional, na medida em que eclodiam novas rebeliões pelos país. Assim, em 1958, Gresham Sykes publicou *The Society of Captives*, um estudo de caso acerca da realidade observada na *New Jersey State Maximum Security Prison*. Na obra, sustenta o autor, em síntese, que o fundamental no sistema é a manutenção do controle. Assim, a concentração do poder em torno da administração prisional permite a esta regular cada aspecto da vida diária dos reclusos, no que se assemelha, em verdade, a um regime totalitário. Nas palavras de Sykes, a administração penitenciária é, pois, uma burocracia com armas nas mãos. Lado outro, a crise por excelência, decorreria dos movimentos de subversão da ordem interna. E, segundo o autor, a revolta não terminaria com a retomada do controle, uma vez que o motim e suas

¹⁷³ USEEM, Bert; KIMBALL, Peter A. *A Theory of Prison Riots*. In *Theory and Society*, v. 16, p. 87-122, 1987.

¹⁷⁴ CLEMMER, Donald. *The Prison Community*. New York: Holt, Rinehart & Winston, 2ª edição, 1958.

circunstâncias acabam se incorporando à estrutura social, remodelando as relações existentes entre os guardas e os presos. A rebelião, a seu ver, seria o ápice de uma série de eventos menores que vão se acumulando, fomentando a situação crítica. Em outras palavras, a rebelião não decorreria de um fato isolado ou um mero acidente. A prisão, na visão de Sykes, possuiria um ritmo cíclico, numa sucessão de ordens e desordens que redefiniriam as relações de poder. Ainda, pondera o autor, que a vida na prisão não se encontra limitada apenas fisicamente, mas também psicologicamente, na medida em que o preso encontra-se numa vigilância permanente, não apenas pelos demais internos, como por parte da administração prisional. Destarte, o que assola a vida na prisão não é tanto, a seu sentir, o isolamento, mas sim a vida coletivamente forçada. Pondera, a mais, que os muros da prisão são sempre permeáveis ao mundo exterior, havendo uma contínua relação entre o sistema social fechado da unidade e o restante da sociedade. Fundamental observar, ainda, que o regramento estipulado pela administração penitenciária é apenas formal, pois o cotidiano acaba exigindo um contínuo relacionamento entre ambos os grupos, num jogo de cooperação e concessão mútuos. Neste sentido, reitera que a revolta seria apenas o estopim de um desequilíbrio duradouro nas relações estabelecidas¹⁷⁵.

Especificamente com relação a esta dinâmica interna, o pensamento de Sykes parece convergir ao de Erving Goffman, em *Asylums*, de 1961. Com efeito, nesta obra, o autor procedeu a uma análise do que denominou de “instituições totais” que, a seu ver, são locais de residência ou trabalho, onde um grande número de pessoas, em situação semelhante, encontra-se separado da sociedade, por um considerável período de tempo, levando uma vida “fechada” e formalmente administrada. Assim, para Goffman, estabelecem-se dois grupos bem definidos nestas instituições: de um lado, o grupo controlado e, de outro, a equipe de supervisão, sendo certo que cada conjunto tenderia a conceber o outro através de estereótipos limitados e hostis. Entende o autor que o ajustamento primário, com a internalização e representação fiel do seu papel, seria uma contribuição fundamental para a estabilidade institucional. Segundo o autor, aliás, a equipe dirigente tem a noção de que a admissão do sujeito é prova “*prima facie*” de que se trata do tipo de indivíduo que a instituição se propõe a lidar, razão pela qual “um homem na cadeia deve ser um delinquente”. Em comum com Sykes, Goffman também reputa como ponto característico das instituições totais a negociação entre os grupos no que diz respeito a prêmios/privilégios e obediência/disciplina, inclusive

¹⁷⁵ SYKES, Gresham M. *The Society of Captives*. New Jersey: Princeton university Press, 2007.

informalmente no que denomina de “ajustamentos secundários”, chegando mesmo a ponderar que “quando se impõem mundos se criam submundos”¹⁷⁶.

Com uma perspectiva diferente, Useem e Kimball, em nova análise sobre a questão, publicaram, em 1989, uma obra intitulada *States of Siege: U.S. prison riots, 1971-1986*¹⁷⁷. Sugerem os autores, neste novo trabalho, que as análises anteriores pressupunham um sistema consideravelmente fechado, razão pela qual entendiam que era preciso compreender os movimentos de revoltas dos presos em um contexto socialmente mais amplo, influenciado pelos movimentos em curso na sociedade norte-americana, especialmente de forte contestação ao poder estatal, como, aliás, também pondera Salla¹⁷⁸.

O fato é que as revoltas nas unidades prisionais promoveram uma série de discussões acerca da questão punitiva e penitenciária no âmbito dos EUA, com destaque para a tragédia de Attica. De fato, foi logo após este trágico desfecho que se criou um grupo de especialistas em ciências sociais denominado *Committee for the Study of Incarceration*, que tinha dentre seus integrantes estudiosos como Irving Goffman. Este comitê apresentou diversas propostas ao final de 4 anos de deliberações, tendo resultado em uma obra, publicada em 1976, intitulada *Doing Justice: the choice of punishment*¹⁷⁹. A primeira questão enfrentada pelo *Committee* foi a própria existência do modelo penal e da pena de prisão. Embora a ideia não tenha prevalecido entre os integrantes, a questão representava um avanço histórico na medida em que consubstanciava em uma discussão científica acerca da corrente abolicionista, como bem pondera Quirós:

Uno de los puntos destacados de este producto, que marcó sus diferencias con otras experiencias anteriores, fue que el primer ítem de la agenda de debate estuvo destinado a explorar la legitimidad misma del encarcelamiento. [...] Sin embargo y, pese a ello, el estudio concluyó que no resultaba factible la abolición inmediata o gradual de la pena carcelaria.¹⁸⁰

De todo modo, como reconhece Quirós, prevaleceu a tese de que “*no resultaba aceptable desinstitucionalizar a los condenados cone el costo de institucionalizar al resto de la sociedad*”¹⁸¹. De fato, afirmou-se, por enquanto, a sua imprescindibilidade, mormente

¹⁷⁶ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 276.

¹⁷⁷ USEEM, Bert; KIMBALL, Peter A. *States of Siege: U.S. prison riots, 1971-1986*. New York: Oxford University Press, 1991.

¹⁷⁸ SALLA, Fernando. **Ob. Cit.**

¹⁷⁹ COMMITTEE FOR THE STUDY OF INCARCERATION. *Doing Justice: the choice of punishment*. Report of the Committee for the Study of Incarceration. Boston: Northeastern University Press, 1986.

¹⁸⁰ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit.*, p. 95.

¹⁸¹ Ibidem, p. 95.

porque o sistema criminal corresponderia não a necessidades próprias, como a reabilitação do infrator, mas sim a necessidades da sociedade.¹⁸²

Superada a questão, logo no prefácio, adverte-se que o propósito do novo modelo de justiça é retrospectivo, com foco no delito praticado e não em projeções ou tratamentos voltados para o futuro. Deste modo, a ideia era suplantiar a ideologia ressocializadora até então dominante¹⁸³. A obra, assumidamente, restaurava os fundamentos do direito penal clássico, especialmente das lições de Beccaria e Kant, no sentido de que a punição se justificaria não por razões futuras, mas sim por merecimento, uma vez que o infrator é merecedor do castigo previsto em lei.¹⁸⁴

O *Committee*, assim, fundou sua preocupação especificamente com a ideologia ressocializadora, que dominava não apenas o senso comum, mas, também, a própria legislação, como se extrai, por exemplo, do *Model Sentencing Act*, de 1972¹⁸⁵. Na prática, tanto o juiz quanto a comissão de benefícios (*parole board*) gozavam de ampla discricionariedade ao fundarem suas deliberações no aspecto da ressocialização, o que exigia a análise casuística. Assim agindo, a execução de tornava indeterminada e o indivíduo não tinha qualquer parâmetro de quando conseguiria o retorno à liberdade.¹⁸⁶

A tentativa de superação da ideologia ressocializadora passava, pois, pela análise do merecimento ("*desert*"). A punição se justificaria, na visão do *Committee*, pela própria decisão do infrator – reprovável - em praticar um delito, atraindo, por consequência e merecimento, um castigo. Trata-se, enfim, de um olhar para o fato passado e não para possibilidades futuras, típicas das propostas transformadoras do indivíduo¹⁸⁷. Neste aspecto, o *Committee* realmente incorporava as ideias de Kant no sentido de que o infrator rompia um princípio básico de igual respeito às liberdades, obtendo uma vantagem indevida com o seu comportamento, em detrimento de outrem, razão pela qual a punição ofereceria uma desvantagem ao infrator, restabelecendo, por conseguinte, o equilíbrio¹⁸⁸. O *Committee* também reconhecia a interdependência dos conceitos de prevenção geral da pena e merecimento, chegando mesmo a conclusão no sentido de que a punição se justifica porque

¹⁸² *COMMITTEE FOR THE STUDY OF INCARCERATION. Op. Cit., Introduction.*

¹⁸³ *COMMITTEE FOR THE STUDY OF INCARCERATION. Ob. Cit., Forword.*

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 6.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 9-10.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 28.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 46.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 47.

merecida, ao tempo em que restabeleceria o equilíbrio social e, em última análise, acabaria prevenindo outras condutas delituosas.¹⁸⁹

Uma vez definida a razão da punição, ou seja, em face do merecimento, o *Committee* avançou em seus estudos enfatizando a necessidade de se perquirir acerca do *quantum* a se punir. Surgiu, então, a questão da proporcionalidade, cujo conceito remontava a Beccaria, sendo adaptado para comportar, já agora, dois vetores: a pena é proporcional na medida em que leva em consideração a gravidade do delito e o passado criminoso do agente¹⁹⁰. Sugere-se, neste contexto, que haja uma gradação das punições de forma proporcional à gravidade do delito e à culpabilidade do infrator¹⁹¹. Em suma, a solução seria uma padronização do sentenciamento, reduzindo o grau de subjetividade dos juízes àqueles casos realmente excepcionais, seja pela gravidade do crime seja pela culpabilidade do agente.¹⁹²

Outra novidade apresentada pelo estudo, além das *Guidelines*, foi justamente a ideia de criação de um órgão autônomo dos Poderes Legislativo e Judiciário, com atribuição para alterar a configuração dos parâmetros insertos nas denominadas tabelas, auxiliando e atualizando o procedimento de fixação de penas, além de poder propor alterações legislativas.¹⁹³

Um terceiro ponto sugerido no estudo, diz respeito ao instituto da *plea bargaining*, que ocorreu, segundo os informes, de forma arbitrária correspondendo a cerca de 90% dos casos. Chegou-se a debater propostas que objetivavam a sua extinção ou mesmo uma maior supervisão judicial acerca de sua utilização pelos órgãos acusadores. Por outro lado, a adoção das *guidelines* acabaria proporcionando uma solução intermediária, pois o acusado teria como projetar a sua pena, podendo ou não aceitar a *plea bargaining*.¹⁹⁴

Por fim, dentre as sugestões apresentadas pelo *Committee* uma parece ter passado despercebida: a limitação do uso da prisão como punição apenas aos delitos efetivamente considerados graves. Isso porque a medida além de extrema possuiria pouca possibilidade de controle externo acerca da severidade e possíveis abusos intramuros, além, evidentemente, da

¹⁸⁹ Ibidem, p. 55.

¹⁹⁰ COMMITTEE FOR THE STUDY OF INCARCERATION, *Ob. Cit.*, pp. 66-69.

¹⁹¹ Ibidem, pp. 90-91.

¹⁹² Ibidem, pp. 98-99.

¹⁹³ Ibidem, p. 103.

¹⁹⁴ Ibidem, pp. 104-105.

deficiência em termos estruturais, o que, em tese, poderia consistir em si mesmo numa punição.¹⁹⁵

Por este modelo proposto, estabelecia-se uma penalidade de acordo com o bem jurídico tutelado, com rígidos limites dentro dos quais o juiz poderia operar os cálculos inerentes ao caso concreto, considerando as diversas circunstâncias, consequências, atenuantes e agravantes. As propostas do estudo foram assim sistematizadas por Quirós:

Se establecerían niveles graduados de gravedad y las pautas especificarían qué categoría de delitos corresponde a qué nivel;

Por cada nivel de gravedad, una penalidade específica – la pena presuntamente adecuada (presumptive sentence) – sería prescrita. Un condenado a un delito de ese grado de gravedad recibiría, en principio, esta pena [...]

Para aquellos que hubiesen sido condenados con anterioridad habría un incremento establecido en la pena indicativa, dependiendo del número y gravedad de sus delitos anteriores. [...]

El juez tendría autoridad para elevar a penalidade o reducirla más allá de la pena indicativa, en casos en los cuales hallara que existen especiales circunstancias que afectan la gravedad de la infracción y donde puede especificar cuales fueron ellas. Pero estas variaciones no podrían partir de la pena indicativamente fijada más allá de una cantidad también establecida. [...]

Los principios generales que gobiernan las agravantes y las atenuantes deberían ser establecidos en los estándares. En nuestra teoría, sólo aquellas (variaciones) que afectan la gravedad del delito cometido podrían calificar para ello.¹⁹⁶

O novo modelo de apenamento, assim, deveria seguir a seguinte operacionalização:

Para ello resultaba necesario fijar una escala de gravedad de los delitos, que se relacionase con una escala de severidad en la pena. Esta escala – se entendió – debería ser bidimensional. Una de las dimensiones estaría destinada a la gravedad del delito y la otra a la gravedad de los antecedentes previos, por ejemplo, se llegaría a veinte penalidades diferentes.¹⁹⁷

A ideia central do trabalho convergia, pois, ao pensamento de Frankel no sentido de se mostrar imprescindível a superação do modelo ressocializador. Propunha-se, em suma, a adoção de um sistema mais objetivo, fundado não em subjetividades mas na pena simples e merecida como retribuição ou castigo devido. Inseria-se, assim, a conclusão do trabalho no bojo do movimento que se passou a conhecer como *just desert*, como bem pondera Quirós:

En suma, el modelo conceptual que surgió de este trabajo difería marcadamente del pensamiento entonces tradicional con respecto al castigo y a la determinación de la pena. El informe cuestionó de forma dura las nociones existentes en materia de resocialización y discrecionalidad en la determinación de la pena y se orientó a retomar, expresamente, ideas propiamente iluministas que llevaban a la teoría retributiva de pensadores como Kant y autores clásicos como Beccaria. Sin

¹⁹⁵ Ibidem, pp. 110-115.

¹⁹⁶ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 97.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 97.

embargo, al estimar que existía una vinculación cultural muy fuerte entre retribución y venganza, prefirieron denominar a esta teoría del castigo ‘merecido’ o ‘justo merecido’ (just desert).¹⁹⁸

E, neste contexto de forte contestação ao modelo ressocializador, efetivamente surgiram as legislações penais denominadas de “*sentencing guidelines*” ou simplesmente modelos de penas fixas. Assim, em 1976, o estado da Califórnia promulgou a primeira lei de penas fixas, alterando a sua lei penal por meio do que se intitulou “*Determinate Sentencing Law*”, consistente em três grupos bem definidos de limites de penas, de acordo com a importância do bem supostamente tutelado. A seguir, adotaram a mesma medida os estados de Maine e Indiana, em 1977, e Illinois, em 1978. Por outro lado, a primeira unidade da federação a adotar o que se passou a chamar de *sentencing guidelines* foi o estado de Minnesota, a partir de 1980. Vale à pena consignar, por oportuno, que a lei californiana expressamente repudiava o projeto reabilitador, como pondera Quirós:

*En 1976, cien años después de que los reformadores progressistas implementaran la primera ley de sentencia indeterminada y, a su vez, en momentos en los que se desarrollaban sólidas y diversas críticas a la discreción y disparidad judicial y administrativa que este instituto había entrañado, el estado de California sancionó la primera ley de pena determinada (la *Determinate Sentencing Act*) de la época actual. A esta ruptura de la política de sentencias indeterminadas le siguieron reformas legislativas que establecieron penas ciertas, mediante marcos penales muy estrechos, en los estados de Maine, Indiana (1977) e Illinois (1978) – este último asesorado por el propio juez Frankel. [...]*

La ley californiana especificaba su objetivo de eliminar la disparidad y obtener uniformidad en las condenas; para ello adoptaba expresamente la concepción retributiva del castigo, en lugar de la resocialización.¹⁹⁹

As reformas em andamento propugnavam, assim, um fiel cumprimento do decreto condenatório, fulminando praticamente os institutos desinstitucionalizadores como a *parole*, cuja deliberação até então ficava à cargo quase exclusivamente das comissões especiais, que davam a palavra final sobre a concessão da benesse. A propósito, pontua Quirós:

Al mismo tiempo se abolían las parole boards, consideradas como la puerta trasera (back door) de la determinación judicial; es decir, el lugar donde se colaba la discrecionalidad que finalmente determinaba el verdadero castigo impuesto; las responsables de que no existieran penas verdaderas en las que pudiera confiarse (truth sentencing). A partir de ello, las condenas que los jueces pronunciaban debían ser cumplidas en su totalidad, aun cuando podrían ser reducidas por buena conducta, en un porcentaje que las leyes establecían expresamente (y que en forma usual iría, según los estados, de un tercio a la mitad de la condena).²⁰⁰

Em suma, criou-se um tabelamento extremamente objetivo e mecânico de individualização das penas, eliminou-se as juntas de liberdade condicional (*parole*) e criou-se

¹⁹⁸ Ibidem, p. 98.

¹⁹⁹ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 100.

²⁰⁰ Ibidem, p. 100.

as *sentencing guidelines commission*, medidas que, em maior ou menor grau, convergiam para as sugestões de Frankel, bem como aquelas apresentadas pelo *Committee* que havia elaborado o *Doing*, devendo o condenado, já agora, resgatar a sua pena quase na integralidade, abatendo-a, se o caso, apenas pela boa conduta carcerária, segundo patamares previamente estipulados em lei. Neste sentido, aborda o tema Quirós:

Recientemente en 1978, el estado de Minnesota fijó las bases del sistema de determinación de la pena o sentencing que se propagaría como punta de lanza de la reforma hasta nuestros días, demostrando que la utilización de sentencing guidelines servía mucho mejor para disminuir las disparidades injustificadas en el castigo (entre otros fines) que los intentos de establecer penas fijas como el experimentado en California y otros estados.

En esa fecha, la legislatura de Minnesota, siguiendo las indicaciones del juez Frankel, adoptó un esquema de penas determinadas que entró en vigencia en 1980. [...] Por estas mismas razones eliminó la junta de libertad condicional; [...] al mismo tiempo, creó la Sentencing Guidelines Commission [...], destinada a implementar reglas numéricas, orientadoras, para las condenas de prisión por felonies, es decir, delitos de cierta gravedad que conllevaban más de un año de prisión. [...]

Estas directrices se ajustaban, en gran medida, a las propuestas para una determinación de la pena sobre bases consistentes de la obra de Frankel y el informe Doing Justice²⁰¹.

Do ponto de vista histórico, o modelo das *guidelines* se difundiu nos EUA, tendo sido adotado, por exemplo, já em 1982 pelo estado da Pensylvania e em 1983 pelo distrito de Washington. Os estados de Oregon, Tennessee e Luisiana moldaram seus sistemas a partir de 1987 e o estado do Novo México em 1988²⁰². Na esfera federal, o modelo conhecido como *sentencing guidelines* entrou em vigor em 1º de novembro de 1987, no bojo de uma histórica reforma penal denominada *Sentencing Reform Act* que, ademais, praticamente promoveu a abolição das liberações via *parole* ao prever patamares na ordem de, pelo menos, 85% de resgate da pena para obtenção do benefício. O plano federal, aliás, não apenas adotou o novo modelo repressivo, como incentivou os estados a implementá-lo, inclusive por meio de subsídios federais para a construção de novos presídios:

El primero de noviembre de 1987 entraran en vigencia las U.S. Sentencing Guidelines (USSG), proyectadas por una importante reforma legislativa sancionada en 1984 (Sentencing Reform Act) que también abolió las liberaciones por parole, exigiendo un cumplimiento mínimo de 85 por 100 de la condena. Ellas eran aplicables en todo país para casi todo delito federal [...]

Esta orientación legislativa se desarrolló como la nueva línea dominante en lo que respecta a la política de determinación de las penas. [...]

Sumado a ello, en 1994 el Congreso aprobó una ley que destinaba billones de dólares del gobierno federal para la construcción de cárceles, para incentivar a aquellos estados que abolieran la liberación condicional por parole y establecieran

²⁰¹ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 102.

²⁰² *Ibidem*, p. 105.

*directrices para la determinación de la pena que restringieran la discreción judicial y erradicaran las reducciones por buena conducta en los delitos graves, con el fin de que se cumpliera al menos el 85 por 100 de la condena impuesta.*²⁰³

Neste contexto, com o tabelamento do castigo através do sistema das *guidelines* associado a adoção por muitos estados norte-americanos das denominadas *mandatory penalties*, cujo maior exemplo fica a cargo da política dos *three-strikes you're out*, construiu-se o arcabouço legislativo do atual modelo punitivo dos EUA. Fechava-se, assim, o tripé do sistema penal norte-americano, iniciado no estado da Califórnia sob a modalidade de “penas determinadas” (*determinated sentencing*) e no estado de Minnesota pelas *sentencing guidelines* e, já agora, pelas medidas inseridas nas *mandatory penalties*.

2.7 O Crime Control Act (1984), o Anti-Drug Abuse Act (1986) e o Violent Control and Law Enforcement Act (1994)

O endurecimento da legislação penal, quer sob o viés punitivo ou penitenciário, pode ser explicado, ao menos em parte, pela obsessão do governo norte-americano com relação ao “combate” ao crime, merecendo destaque duas políticas fundamentais: o já mencionado *Sentencing Reform Act*, de 1984, também conhecido como *Crime Control Act*, e o *Anti-Drug Abuse Act*, de 1986.

Com efeito, em outubro de 1984, o Congresso norte-americano sancionou a denominada *Crime Control Act*, alterando substancialmente a codificação federal dos EUA (*United States Code*). Esta iniciativa legislativa incorporava diversas disposições inovadoras, especialmente com relação a criminalidade violenta, como o terrorismo, e os delitos econômicos. Ademais, por meio desta nova lei, criou-se a *United States Sentencing Commission*, um órgão independente e autônomo em face dos Poderes Judiciário e Legislativo, composto por sete membros aprovados pelo Senado, com mandato fixo (seis anos), sendo pelo menos três advindos da magistratura. Nesta toada, efetivou-se, também as *sentencing guidelines*, estabelecendo-se, de forma pormenorizada, o procedimento pela qual o juiz imporia ao réu a respectiva pena de prisão.²⁰⁴

Quirós, de fato, assim descreve os objetivos declarados da reforma proposta:

²⁰³ Ibidem, p. 107.

²⁰⁴ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit*, p. 128.

a) **crear honestidade en el sentencing**, mediante penas de cumplimiento total y reducciones preestablecidas que dejaran de lado la práctica usual del sistema de 'sentencia indeterminada', en el cual los condenados sólo cumplían una parte de la pena nominalmente fijada por lo jueces;

b) **crear uniformidade en las penas**, estrechando la extensa disparidade de sentencias impuestas por diferentes tribunales federales en atención a infracciones similares y conductas delictivas equivalentes;

c) **crear proporcionalidad en las penas**, mediante un sistema en el que se impusieran, de modo apropiado, penas distintas frente a delitos de distinta gravedad²⁰⁵.

A legislação explicitava, destarte, que a quantidade de pena a ser imposta deveria ser a necessária e suficiente para:

a. Reflejar la gravedad del delito, para promover respeto a la ley y del acusado;

b. Generar una adecuada disuasión de conductas delictivas;

c. Proteger al publico de nuevos delitos del delincuente; y

d. Proveer al condenado el entrenamiento educacional de la manera más efectiva.²⁰⁶

Especificamente com relação a *United States Sentencing Commission*, a função principal consistia em revisar e racionalizar o processo federal de determinação das penas. Nada obstante, deveria apresentar anualmente, até o início do mês de maio, ao Congresso norte-americano as alterações efetuadas no procedimento²⁰⁷. A respeito das funções da *Sentencing Commission*, esclarece Quirós:

Su principal objetivo para racionalizar la determinación de la pena sería promulgar detalladas pautas, guías o directrices (guidelines) que prescribiéran las penas apropiadas para cada delito y declaraciones políticas generales relacionadas con la aplicación de aquéllas o la implementación de las rales relacionadas con la aplicación de las disposiciones pertinentes del United States Code.

No desenvolver de suas funções, a *Sentencing Commission* chegou a criar, inclusive, uma Oficina de Teoria e Prática de Determinação de Penas, oferecendo apoio mediante consultas, aulas e materiais para juízes, advogados, servidores e defensores que atuem na área, de modo a bem compreenderem a aplicação das *guidelines*, conforme, aliás, previsto no *Guidelines Manual*.²⁰⁸

De forma resumida, pode-se constatar que o procedimento de aplicação do castigo possuía, já agora, duas fases, sendo a primeira relativa a considerações acerca da gravidade do delito para, em seguida, proceder-se à análise do passado criminal do réu, como bem explicita Quirós:

²⁰⁵ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 125.

²⁰⁶ Ibidem, p. 126.

²⁰⁷ Ibidem, p. 132.

²⁰⁸ Ibidem, p. 135.

De esta forma, para determinar la pena indicada para un delito debe proceder-se de lá siguiente manera. En primer lugar, identificar el nivel base del delito (base offense level). Como hemos visto, cada delito es clasificado en distintas categorías delictivas específicamente establecidas para dirigir la imposición de una pena, de acuerdo con sus características similares, en forma semejante a la clasificación europeo -continental de bien jurídico afectado. Así, los delitos constrañan personas o los delitos concernientes a la seguridad pública del capítulo 2. Cada uno de ellos posee un nivel base. Adicionalmente, se procede a determinar las características especiales del mismo (specific offense characteristics). Tomando un ejemplo histórico que brinda la propia Commission, el delito de fraude, cuyo nivel base es 6, se incrementa en función del monto del perjuicio. Si este involucrada más de 3.000 dolares, debe trepar un nivel más, llegando a 7. [...]

El escalón final para determinar el nivel del delito se alcanza luego de evaluar si el condenado ha aceptado su responsabilidad, ya sea por la admisión del hecho, la restitución del objeto del delito anterior a la condena, o por haberse declarado culpable del hecho. [...]

Seguidamente debe procederse a la inclusión de los antecedentes del condenado en alguna de las seis categorías establecidas, conforme a la cantidad de sus delitos previos y el tiempo transcurrido entre aquellos y la comisión del o los hechos por los cuales se le juzga. Ahí se ubica el punto de intersección entre los ejes y queda a disposición del juez el rango punitivo sugerido.²⁰⁹

Desta forma, para determinar a pena a ser imposta é preciso, em primeiro lugar, passar pelo que se denomina de *nível-base do delito* para, em seguida, considerar as implicações por conta dos *antecedentes do réu*. Durante o procedimento, deve-se levar em consideração, ainda, a postura do criminoso frente ao processo em si, ou seja, se houve colaboração de sua parte, por exemplo, com admissão de culpa ou delação de comparsas. Ainda neste contexto, a reforma penal levada a efeito disciplinou o instituto da *plea guilty*, em que o acusado admitia, plena e antecipadamente, a sua culpa, mediante um procedimento de negociação direta com o órgão acusador (*plea bargaining*), sem interferência do poder judiciário.

Estima-se que, relativamente aos delitos federais, aproximadamente 95% das condenações foram obtidas mediante este procedimento de barganha, produzindo um encurtamento do processo penal que iria imediatamente para a fase de fixação da pena, onde o acusado obteria uma diminuição como bônus:

La literatura especializada en la materia es conteste en reconocer que desde hace años, aproximadamente 95 por 100 de las condenas ante los tribunales federales depende del hecho de que al acusado ha reconocido formalmente su culpabilidad (plea guilty). [...] Este hecho encuentra su explicación en prácticas de negociación (plea bargaining) estimuladas por la acusación estatal. [...]

Lo cierto es que el reconocimiento de culpabilidad (guilty plea) hace innecesario el juicio propiamente dicho y la intervención de los jurados. Una vez reconocida ésta se pasará diretamente al processo de determinación de la pena (sentencing). [...]

De esta forma, el plea bargaining se convierte en un proceso de negociación que garantiza ciertas concesiones al imputado si éste asume su culpabilidad. Ello puede llevar a una reducción en los cargos (charge bargaining), una recomendación

²⁰⁹ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, pp. 141-142.

al tribunal de una pena en concreto (sentence bargaining) o una combinacion de ambas.

El sistema procesal establece que los tribunales no pueden intervenir en estos acuerdos.²¹⁰

Ainda na gestão do presidente Reagan, mais precisamente em 1984, foi sancionado o *Armed Career Criminal Act* que estabelecia apenamento de um mínimo de 15 anos a prisão perpétua para aqueles indivíduos condenados por porte ilegal de arma, desde que se tratasse de reincidente com pelo menos 3 antecedentes criminais ou que representasse alto risco potencial a integridade física de outrem. Trata-se uma punição ainda mais severa que aquela prevista no *Gun Control Act*, sancionado pelo presidente Lyndon Johnson, em 22 de outubro de 1968, cuja tramitação legislativa se iniciou logo após o assassinato do presidente John Kennedy, em novembro de 1963, com conclusão em um cenário de comoção social com as execuções de Martin Luther King, em abril de 1968, e do senador Robert Kennedy, em junho de 1968. Este estatuto previa pena de 10 anos de prisão para um simples porte ilegal de armamento, havendo, assim, já agora, por força da alteração legislativa proporcionada pelo *Armed Act*, um acréscimo de, no mínimo, 5 anos de reclusão unicamente em razão da reincidência ou simplesmente pelo potencial risco representado pelo infrator. O objetivo, inserido no programa norte-americano de guerra contra o crime, era inibir condutas relacionadas a roubos e drogas.

Paralelamente a reforma penal em geral, procedeu-se a uma substancial alteração no modelo de persecução penal e apenamento com referência às drogas, o que de certo modo pode explicar, em parte, a atual realidade carcerária dos EUA. De fato, o “combate às drogas” foi originalmente concebido pelo governador de Nova Iorque, Nelson Rockefeller (1959-1973), no que se passou a denominar de “*Rockefeller Drug Laws*”. Sancionado em 8 de maio de 1973, o texto legal previa, em síntese, penas que variavam de um mínimo de 15 anos a prisão perpétua para o indivíduo, mesmo primário, que estivesse na posse de até 113g de substância ilegal.²¹¹

No plano federal, o projeto de combate às drogas foi conduzido pelo então presidente Ronald Reagan (1981-1989), como bem noticia Del Olmo:

Em agosto de 1986, o presidente Reagan declarou que as drogas eram ‘o problema número um do país’ e que ‘a guerra devida começar dentro de casa’ [...]

²¹⁰ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit*, p. 154.

²¹¹ ZIMRING, Franklin E. *The city that became safe: Ob. Cit*, p. 139.

Como aspecto principal do programa, Reagan anunciou a prova obrigatória para determinar se a pessoa é ou não viciada, que teria de ser aplicada a vários milhões de empregados do governo e das empresas privadas²¹².

Por oportuno, fundamental destacar que, em sua origem remota, a preocupação com as drogas sempre teve um viés nitidamente econômico, como bem destaca a mesma autora:

As graves dificuldades econômicas e políticas dos Estados Unidos terão repercussão notória no novo discurso da droga.

Por outro lado, ao entrar na década de oitenta, os Estados Unidos contarão com o maior número de consumidores de drogas de toda a sua história, e particularmente de cocaína e maconha. Apesar disso, o consumidor deixa de ser considerado um 'doente' e passa a ser considerado 'cliente e consumidor de substância ilícita'. A preocupação central é a droga procedente do exterior – e muito especialmente os aspectos econômicos e políticos do tráfico de cocaína [...]

Alguns fatos contribuíram para esta nova ênfase. Por exemplo, com relação ao aspecto econômico da droga, é significativo que já em 1980 o DEA havia detectado importantes fugas de capital no valor de mais de 2 bilhões de dólares acumulados por vendas de cocaína e maconha. Comprovou-se na época que 31 dos 250 bancos de Miami haviam sido cúmplices das fugas e que cinco deles eram propriedades de narcotraficantes, que enviaram seu dinheiro à Suíça, Panamá, Bahamas e outros locais para ser lavado e introduzido novamente nos Estados Unidos através de investimentos legais. [...]

Esta evidente preocupação se aprofunda durante a administração de Reagan. [...] Apenas o negócio das drogas é estimado em mais de 100 bilhões de dólares dentro dos Estados Unidos, o que equivale a 10% da produção industrial do país. [...] Como a cocaína é a mais cara e a que mais ingressa no país entre as chamadas drogas internacionais, a ênfase recai sobre ela.²¹³

E, neste contexto, o *Anti-Drug Abuse Act* foi aprovado pelo Congresso norte-americano em 1986 e não apenas aumentou substancialmente as penas para o tráfico de drogas como também tabelou o processo de individualização da pena para estes casos, devendo o juiz sentenciante ater-se fundamentalmente à natureza e à quantidade da droga apreendida, tendo a lei dedicado atenção ao surgimento e dispersão de uma droga em especial, o crack. Neste sentido:

En este contexto, una de las leyes más emblemáticas, severas y polémicas fu el Anti-Drug Abuse Act, de 1986. Esta ley federal agravó sensiblemente los delitos relacionados con drogas e incorporó casi dogmáticamente la asunción de que una nueva droga, llamada crack (crack cocaine) resultaba mucho más perjudicial que la tradicional cocaína en polvo (powder cocaine), debido al poder de sus efectos psicotrópicos, a sus consecuencias criminales y al hecho de que, por tener un precio mucho más bajo que la segunda, resultaba posible de extenderse en sectores cada vez más amplios de la población.

En este marco, la Anti-Drug Abuse Act estableció una Tabla de Equivalencias de Droga (Drug Equivalent Table) para indicar equivalencias entre las distintas sustancias prohibidas. A modo de ejemplo, la Tabla de Equivalencias de Drogas distinguió los opiáceos de la cocaína, otros estimulantes, marihuana y alucinógenos.

²¹² DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 67.

²¹³ DEL OLMO, Rosa. **Ob. Cit.**, p. 58.

*Por ejemplo, se estableció que 1g de alta-metilfentanilo = 100g de heroína o 1g de opio = 0,05g de heroína o 1g de marihuana = 1mg de heroína.*²¹⁴

Relativamente às drogas, então, passou a existir uma equivalência oficial e, ainda, uma pena mínima fixa e relativamente alta, especialmente com relação ao crack. Por exemplo, como bem ilustra Quirós, uma apreensão de 5g de crack com um indivíduo sem antecedentes penais implicava, automaticamente, numa condenação mínima obrigatória de 5 anos de prisão, correspondendo, em abstrato, a meio quilo de cocaína, sem direito a qualquer benefício penal. Neste sentido:

*En particular, esta ley había creado un sistema de penalidades mínimas obligatorias asentadas en la cantidad de substancia involucrada en distintos delitos federales. El punto a destacar es que la relación entre la cocaína y el crack se fijó en 100g a 1 gramo (por ello se la denominó como ratio 100 a 1). Es decir que un gramo de crack se consideró equivalente a cien gramos de cocaína. Asimismo, la ley estableció penas mínimas obligatorias de 5 y 10 años de prisión, que se basaban exclusivamente en la cantidad de droga involucrada en el hecho. Ello llevó a que la simple tenencia de 5g de crack (una cantidad algo menor a dos terrones de azúcar) llevara a que un acusado sin antecedentes penales debiera enfrentar una condena obligatoria de cinco años de prisión efectiva. [...] Lo cierto es que para cualquier otra droga que no fuese crack, el mismo hecho permitiría una condena a probation. Esto produjo una gran discusión y crítica general que se extendió durante más de dos décadas.*²¹⁵

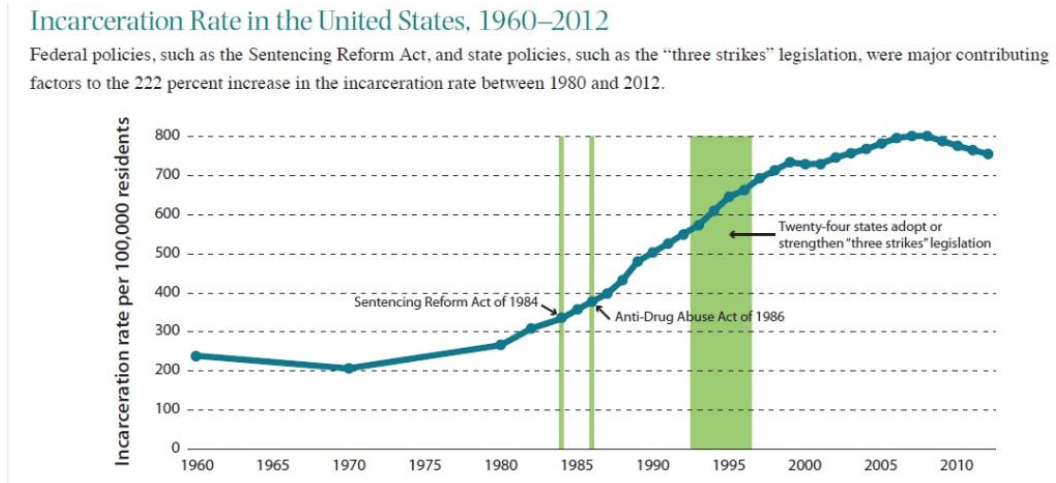
Por fim, em 13 de setembro de 1994, na administração do então presidente Bill Clinton (1993-2001), foi sancionado o *Violent Crime Control and Law Enforcement Act*. Trata-se da mais abrangente reforma penal já realizada na história dos EUA, por meio de um único diploma legislativo. Dentre as medidas mais importantes, merecem destaque o disciplinamento da versão federal do programa “3-strikes and you’re out”, que impunha penas de 15 anos a prisão perpétua para infratores reincidentes em crimes graves, como, por exemplo, o tráfico de drogas; o aumento da severidade punitiva de diversos delitos, inclusive quanto à pena de morte, que acabou ampliada para 60 crimes, a obrigatoriedade de teste de drogas para os apenados em liberação condicional, como a *parole*, a permissão de encaminhamento de menores infratores para unidades especiais de caráter militar (“boot camps”), a proibição expressa de estudo formal nas penitenciárias federais e a obrigatoriedade de registro e acompanhamento dos condenados por crime sexual, por até 10 anos, após a saída da prisão²¹⁶.

²¹⁴ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 145.

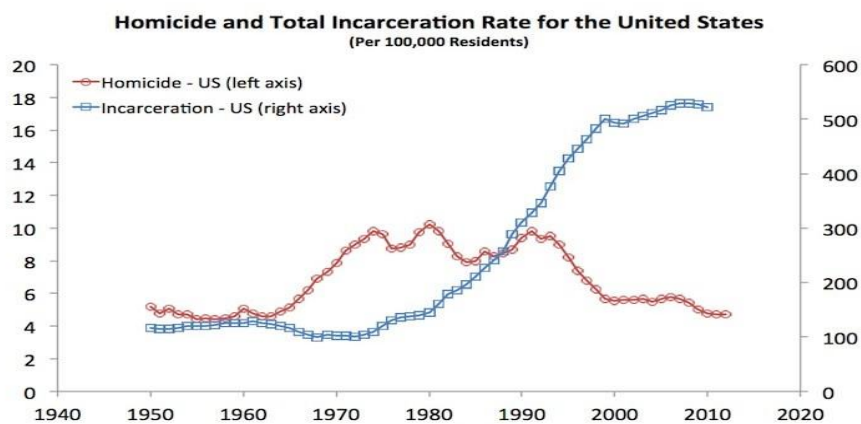
²¹⁵ *Ibidem*, p. 145.

²¹⁶ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994*. Washington, 1994. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/txtfiles/billfs.txt>>. Acesso em 01.jul.2015.

O resultado de todo este arcabouço legislativo, eminentemente repressivo, acabou produzindo, como sugere o gráfico abaixo, um crescimento exponencial da população carcerária dos EUA²¹⁷:



E este crescimento, como se pode constatar pelos dados oficiais e pela tabela abaixo reproduzida, efetivamente, parece não guardar qualquer relação com as taxas oficiais de criminalidade, mormente a violenta, que se encontra, há anos, estabilizada, após consistente declínio²¹⁸:



²¹⁷ THE BROOKINGS INSTITUTION. *Ten Economic Facts about Crime and Incarceration in the United States*. Washington, 2013. Disponível em <<http://www.brookings.edu/research/reports/2014/05/10-crime-facts>>. Acesso em 01.jul.2015.

²¹⁸ NYU STERN URBANIZATION PROJECT. *The Great Crime Wave & the Tragedy of Mass Incarceration*. Disponível em <<http://urbanizationproject.org/blog/the-great-crime-wave-and-the-tragedy-of-mass-incarceration#.Val-r7UYFp8>>. Acesso em 15.jul.2015.

Enfim, o resultado produzido por esta política nacional de guerra ao crime, em especial às drogas, com endurecimento significativo da legislação penal, também impactou significativamente o modelo penitenciário norte-americano, como já visto nos capítulos anteriores.

2.8 As Principais Críticas ao Modelo Repressivo

Como destaca Currie, sempre houve vozes contrárias ao movimento de endurecimento do modelo punitivo, embora nunca tenham conseguido superar o aparente hiato existente entre o discurso da criminologia e as políticas públicas levadas a efeito pelas autoridades. Neste aspecto, entende o autor que o discurso político se tornou superficial e distante de tudo que já se havia discutido sobre as raízes do crime e os limites de punição. Lado outro, admite que enquanto a crítica especializada é encontrada nos livros técnicos, os mitos e as meias-verdades são dispersados pelos veículos de comunicação de massa, construindo, pois, um senso comum acerca do tema. Ocorre que, em uma dita sociedade civilizada, a questão fundamental não é o controle criminalidade, mas a forma como se busca este objetivo.²¹⁹

De fato, o novo modelo punitivo criado nos EUA objetivava substituir o anterior cujo alicerce estava no projeto ressocializador do indivíduo. E, com efeito, o modelo reabilitador fazia uso sistemático de penas indeterminadas e de rotineiras intervenções no curso da execução penal, por parte de diversas categorias profissionais (psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, etc) e agentes administrativos (*parole board*) que, do ponto de vista prático, geriam com grande discricionariedade o sistema penal, à margem de qualquer intervenção e/ou controle judicial.

As razões para sepultar o modelo então vigente estavam, pois, no enorme grau de subjetivismo e discricionariedade de que gozavam os operadores do sistema, o que tornava o resgate da pena pelo condenado um percurso sem perspectiva e de grande insegurança. Os críticos, então, reputavam o modelo vigente como extremamente cruel e severo, inclusive do ponto de vista psicológico. Desde sua implementação, contudo, o novo modelo não esteve imune a praticamente as mesmas críticas que o anterior, até mesmo porque, como adverte

²¹⁹ CURRIE, Elliott. *Crime and punishment in America*. Nova Iorque: Picador, 2013.

Quirós, “*las United States Sentencing Guidelines fueran definidas como la más controvertida y renegada iniciativa de reformas sobre las penas de la historia estadounidense*”.²²⁰

Em primeiro lugar, verificou-se que o novo modelo demonstrou-se substancialmente mais severo que o anterior, operando ora através de penas fixas ora por meio das *guidelines*. Assim, através de um procedimento supostamente mais objetivo e transparente, produziu-se o endurecimento da legislação penal, ao passo em que se diminuíram as discricionariedades do juiz do caso, sendo-lhe defeso fazer considerações particulares, relativas à pessoa do infrator, devendo, portanto, ignorar as suas condições pessoais. Ademais, procurou-se restringir a aplicação de alguns institutos alternativos ou despenalizadores, como a *probation* ou a multa penal. Neste sentido, pondera Quirós:

En la actualidad, basicamente nadie refuta que bajo el ropaje de penas determinadas, certeras y transparentes, la reforma legislativa en estudio tuvo como propósito alcanzar una severidad desconocida hasta entonces. [...]

Debe recordarse de nuevo que, supuestamente para evitar cualquier arbitrariedad, estas Directrices prohibieran expresamente que los jueces tuvieran en cuenta muchas de las características individuales de los condenados, como pueden ser la edad, educación, las habilidades personales, condiciones mentales, emocionales y físicas, situación laboral o relaciones familiares.

*El cuadro se completa cuando se advierte que las Guidelines no autorizan el uso de las llamadas sanciones intermedias. De este modo, las únicas opciones posibles concluyen en la prisión y muy rara y eventualmente el la probation, cuya utilización se redujo drásticamente en comparación con el período anterior a la vigencia de las USSG. Ello es así puesto que las multas previstas no adquieren el status de pena independiente, sino que sólo pueden aplicarse conjuntamente con aquéllas.*²²¹

Outro ponto comumente alvo de críticas foi a institucionalização e irrestrita utilização do *plea bargaining*. De fato, através da admissão prévia de culpa, o acusado assumia a responsabilidade pelo delito, operando-se um encurtamento significativo do processo, que poderia passar, de imediato, à imposição da pena, com a diminuição negociada pelo órgão acusador, sem a interferência do poder judiciário. Neste aspecto, aduzem os críticos que a discricionariedade e o subjetivismo apenas passou do juiz, no modelo anterior, ao promotor, que, já agora, gozava de um amplo campo de negociação de modo a convencer o acusado a abdicar do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, para, de forma mais pragmática, assumir a culpa e receber uma pena diminuída.²²²

Neste mesmo sentido, adverte Alschuler, para quem o novo modelo punitivo, através do *plea bargaining*, em nada alterou a discricionariedade na imposição das sanções,

²²⁰ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 205.

²²¹ Ibidem, p. 207.

²²² QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 211.

proporcionando, quando muito, apenas uma alteração do órgão a quem competiria, com grande margem de subjetivismo, determinar a pena aplicada:

*No existe objeción a la discreción de los jueces en la determinación de la pena que no se aplique en su completa medida a la discreción que ejercen los fiscales y defensores en el plea bargaining. Sin embargo, el poder político de los fiscales y el miedo a empantanar los tribunales han inmunizado largamente el plea bargaining – la parte más importante de la reforma en el sentencing. El movimiento de reforma no ha restringido la discreción tanto como la ha transferido de los jueces a los fiscales.*²²³

Ainda no particular da aplicação irrestrita da *plea bargaining*, há quem equipare a sua larga utilização como meio coercitivo à obtenção da confissão e consequente assunção de culpa com o modelo inquisitorial medieval, que estava fundado, sobretudo, na hierarquiaprobatória- com destaque para a confissão - e na importância da descoberta da verdade, ainda que por meio de instrumentos como a tortura física e psicológica. Langbein, por exemplo, entende que “*the plea bargaining, like torture, is coercive*”²²⁴. Quanto a este aspecto, a opinião de Quirós não diverge substancialmente:

*Se sabe que estas prácticas, difundidas crecientemente desde hace más de cien años, desnaturalizan cualquier intento serio por eliminar (en lugar de rubicar) la arbitrariedad y discrecionalidad del castigo en el sistema penal. Más aún, y de forma muy significativa para nuestra investigación, la coacción que en muchos de los casos existe sobre los acusados para declararse culpables de los delitos que se les atribuyen y evitar de ese modo los costos del juicio y una condena mucho mayor, lejos del pensamiento reformador iluminista, ha sido comparada a las practicas medievales de tortura legal.*²²⁵

Em terceiro lugar, reputa-se como falácia a propalada transparência do modelo instituído pelas *guidelines*. Isso porque, por detrás do critério objetivo há um procedimento extremamente complexo de definição de penas, pouco alterando a compreensão que a população em geral e, em especial, o acusado deveriam ter do cálculo empregado. Neste sentido, opina Quirós:

En verdade, la practica de la determinación de la pena, basada en la Tabla y sus instrucciones y orientada por la jurisprudencia que hemos sintetizado, nada tiene de clara y de sencilla en los términos del pensamiento penal clásico. De hecho, comparativamente las decisiones tomadas en un sistema de penas indeterminadas no llevaran a una reflexión más consciente y profunda sobre la pena a imponer que la actual, algo que también ha sido cuestionado en repetidas oportunidades en

²²³ ALSCHULER, Albert W. *The Failure os Sentencing Guidelines: a plea bargaining por less aggregation*. In **University of Chicago Law Review**, 1991. pp. 901-937. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=journal_articles>. Acesso em 01. jun. 2015.

²²⁴ LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. In Faculty Scholarship Series. Paper 543. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543>. Acesso em 08. maio 2015.

²²⁵ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit*, p. 223.

*sistemas jurídicos europeos-continetales, en los cuales la discrecionalidad es mucho menor.*²²⁶

Ademais, estudiosos têm considerado que o modelo de penas através das *guidelines* tem se mostrado pouco efetivo na pretensão de tornar os casos equivalentes, muito por conta da aplicação do instituto da *plea bargaining*. Além disso, o modelo supostamente objetivo teria produzido uma despersonalização no processo penal, tornando-o imune a considerações pessoais frente ao crime:

*A partir de distinto tipo de reflexiones conceptuales, se sostiene, por ejemplo, que la disparidad en las condenas es altamente resistente a las posibilidades de medición. Los infractores condenados por el mismo delito pueden no ser comparables en otras dimensiones. Factores como la historia delictiva y la personal, delitos no acusados, y la teoría de la pena que apliquen los jueces, puede someter a inculpados aparentemente similares a penas significativamente diferentes.*²²⁷

Tem-se, assim, que os problemas apontados quanto ao modelo anterior fundado na ressocialização persistem e, em alguns casos, aprofundam-se no sistema das penas determinadas ou *guidelines*, servindo o quadro atual apenas para legitimar o movimento denominado de lei e ordem.

2.9 O Grau Máximo do Modelo Repressivo: A Pena Capital nos EUA

Como abordado nos capítulos anteriores, os EUA atingiram a condição de maior população carcerária do mundo, seja em termos absolutos ou proporcionais. As causas deste encarceramento massivo passaram, então, a ser investigadas, sendo razoável concluir-se que o aumento na severidade punitiva em muito contribuiu para este quadro, como, aliás, pondera Quirós:

Entre los factores del crecimiento se ha prestado particular atención al aumento de la severidade de las condenas a prisión, impuestas por periodos prolongadísimos, frente a las aplicadas anteriormente y a las fijadas para delitos similares por los demás países. [...]

En este crecimiento, ha habido, asimismo, una multiplicación de las condenas a prisión perpetua (life sentences), muchas de las cuales no admiten la libertad condicional. Estas condenas, hasta un pronunciamiento muy reciente de la Corte Suprema, se imponían también a los condenados por hechos delictivos regidos por el sistema penal juvenil.

²²⁶ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit*, p. 227.

²²⁷ *Ibidem*, p. 217.

*Según las últimas estadísticas oficiales (fines de 2008), las 140.610 personas condenadas a prisión de por vida representaban a una de cada 11 personas en la cárcel (poco menos del 10 por 100). De ellos, un 29 por 100 literalmente, no saldrá de la cárcel en toda su vida, por no poder acceder a la parole. En los estados de Alabama, California, Massachusetts, Nevada y Nueva York, una de cada 6 personas encarceladas cumple una condena de por vida. California, el estado que hace un uso mayor de estas condenas severas, llegan a un quinto, y casi el 11 por 100 no tiene posibilidad de ser liberado condicionalmente.*²²⁸

A compreensão do fenômeno, assim, é importante, inclusive em termos de direito comparado, uma vez ser frequente a importação de políticas na área justamente como paradigma e solução para a questão da criminalidade²²⁹. Enfim, a conjugação das políticas populistas na área de segurança pública, como o tolerância zero, associada a uma política legislativa atrelada aos ideais do movimento de lei e ordem, com penas longas à moda do *3-strikes and you're out*, explicar, em parte, o fenômeno do encarceramento massivo.²³⁰

E o entendimento acerca do enrijecimento da legislação penal nos EUA passa, evidentemente, pelo estudo, também da pena capital, como sugere Quirós²³¹. A uma, porque se trata da resposta estatal mais severa que se pode aplicar a um infrator; a duas, porque a pena de morte faz parte da história punitiva dos EUA, sendo atualmente uma das poucas nações do ocidente que ainda admitem a sua aplicação; e, a três, porque o número de condenados à morte continua a crescer, demonstrando que a sua utilização pelo sistema de justiça criminal ainda é rotineiro.

Pode-se afirmar, realisticamente, que a pena capital faz parte da história jurídico-penal dos EUA. Como adverte Quirós, desde a época da independência, a pena de morte é utilizada por diversos estados norte-americanos, com alguns períodos de suspensão em razão de precedentes jurisprudenciais. Historicamente, a punição era levada a efeito por meio do enforcamento, dada a tradição inglesa, tendo-se adotado, já em 1890, a primeira execução com uso de eletricidade, em parte por interesses econômicos e comerciais de Thomas Edison.²³²

Com relação ao tema, um ponto histórico fundamental foi o julgamento do caso *Furman v. Georgia* pela Suprema Corte norte-americana²³³. Neste processo, julgado em 29 de junho de 1972, a Suprema Corte analisou a irresignação relativamente a três condenados a

²²⁸ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 76.

²²⁹ *Ibidem*, p. 77.

²³⁰ *Ibidem*, p. 77.

²³¹ *Ibidem*, p. 192.

²³² QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 193.

²³³ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238. Washington, 1972. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/238/case.html>>. Acesso em 01. jun. 2015.

pena de morte no estado da Georgia, Furman, Jackson e Branch, sendo o primeiro por homicídio e os demais por estupro. A decisão histórica, tomada pela maioria de cinco votos, determinou a suspensão das execuções das penas de morte impostas. O relator do caso, juiz Douglas, ao concluir pela inconstitucionalidade da medida extrema fez considerações sobre o histórico da Oitava Emenda, supostamente derivada da *Bill of Rights* da Inglaterra, datada de 16 de dezembro de 1689, que na sua interpretação obstaculizaria a adoção desta espécie de pena.

De fato, em sua visão, a aplicabilidade manifestamente discriminatória conferida pelos órgãos julgadores, em hipóteses tais, caracterizariam, destarte, uma espécie de violação ao princípio da igualdade de todos perante a lei e, por conseguinte, conferiria ao acusado um tratamento cruel e desconforme à Constituição. O magistrado consignou, ainda, quanto a este aspecto, que em um modelo penal democrático, onde todos se sujeitam à lei e igualmente se encontram sob sua proteção, não se admitiria um sistema penal seletivo e arbitrário, evidenciando a existência de verdadeiras “castas”.

Por fim, concluiu que os modelos de imposição da pena capital, no âmbito dos EUA, mais especificamente no estado da Georgia, mostravam-se inconstitucionais em sua operabilidade, na exata razão de que se deixavam contaminar pela discricionariedade e pela seletividade, hipótese também vedada pela regra inserta na Oitava Emenda.

A importância deste julgamento e o fundamento mais consistente da decisão foi, na visão de Quirós, a questão atinente a seletividade estrutural do sistema e o foco nas categorias perigosas, quais sejam, as minorias raciais e os mais pobres, tendo se tornado “en el caso más famoso de la história legal”²³⁴, embora sua efetividade tenha durado pouco:

*Esta resolución constituyó el mayor logro en toda la historia de movimiento abolicionista estadounidense y tuvo un impacto de enorme relevancia en aquel y en muchos otros países, cuyos efectos llegan hasta nuestros días. Pese a ello, la batalla estuvo muy lejos de resultar decisiva y esta primavera abolicionista duro poco: tan sólo cuatro años.*²³⁵

Como bem ponderado pelo autor, a força jurisprudencial do precedente não durou muito. Em atenção às ponderações e críticas da Suprema Corte, a lei norte-americana passou por uma série de alterações que tinham por objetivo, em suma, restringir o arbítrio judicial na imposição das penas, especialmente a capital. E, nesta toada, em 1976, a Suprema Corte

²³⁴ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: genealogía de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 81.

²³⁵ Ibidem, p. 81.

voltou a analisar o tema da constitucionalidade da pena de morte, já agora sob a nova composição com indicações do Presidente Nixon, tendo sido reconhecida a sua constitucionalidade, mormente diante das alterações legislativas. Neste sentido, explica Quirós:

*En los meses subsiguientes se formaron distintas comisiones expertas para estudiar el impacto de Furman en las leyes estatales y federales sobre pena capital, y apenas dos años después, más de treinta y cinco estados habían sancionado nuevas leyes de pena capital que incorporaban estándares que se consideraban acordes a las exigencias de Furman para restringir o guiar la discrecionalidad de los jueces en la imposición de la pena de muerte. [...] En ese mismo año (1976), la Corte Suprema considero en *Greg v. Georgia*, *Proffitt v. Florida* y *Jurek v. Texas*, que las nuevas leyes promulgadas por los estados de Georgia, Florida y Texas se adecuaban bien a las exigencias constitucionales.*

Finalmente, em 1977, ocorreu a primeira execução da história recente dos EUA, no particular da pena de morte. A questão da pena capital nos EUA, enfim, acaba se cruzando com o encarceramento massivo, na exata medida em que o caso *Furman v. Georgia* ensejou uma série de reformulações legislativas e na prática judiciária que, com a pretensão de diminuir o arbítrio e a discricionariedade judiciais, culminou por criar uma legislação extremamente objetiva e dura, com um sistema de penas fixas e tabeladas.

2.10 O Posicionamento da Suprema Corte dos EUA em face dos Movimentos de Reforma Penal

Segundo Feeley e Rubin²³⁶, o Poder Judiciário teria uma tripla incumbência nas democracias modernas: análise dos casos que lhe são submetidos, interpretação das leis e determinação das políticas públicas. Na visão dos autores, esta última forma de atuação é legítima, não se justificando as contundentes críticas, na medida em que os juízes são efetivamente importantes atores neste campo. Neste particular, a crítica norte-americana comumente reputa como violados os princípios do federalismo e da separação de poderes, além da submissão dos juízes à lei. Os autores, contudo, entendem que tais princípios se encontram deslocados historicamente e justificados apenas pelas circunstâncias fáticas da época de sua concepção (século XVIII), razão pela qual seria de rigor uma revisão conceitual à luz da pós-modernidade, tal como vem ocorrendo com outras questões como, por exemplo,

²³⁶ FEELEY, Malcolm M; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prison*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2000.

a privacidade e a propriedade, que certamente não guardam correspondência com sua versão original.

Outrossim, reconhecem os autores que, ao menos nas últimas décadas, os magistrados têm sido os mais importantes agentes de transformação no âmbito das reformas penais levadas a efeito no âmbito dos EUA. Assim, embora os julgados da Suprema Corte tenham, naturalmente, um espectro de abrangência mais significativo, o fato é que, até 1995, pelo menos 41 estados tiveram o seu sistema correicional de alguma forma submetido ao controle judicial, estadual ou federal. E o fundamento constitucional para tanto quase sempre residia na violação à Oitava Emenda, que proíbe o tratamento desumano e degradante, bem como o sofrimento desnecessário. Apontam os autores, ainda, que em um significativo número de casos, as decisões judiciais efetivamente deliberaram acerca de minúcias da disciplina prisional, desde o tamanho ideal das celas até a quantidade de horas livres e a qualidade da alimentação dos internos. Em suma, concluem que o poder judiciário acabou, talvez até sem perceber, por meio de suas deliberações, estabelecendo diretrizes no particular da imposição do castigo e de sua melhor forma de execução.

E, de fato, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana tem evoluído relativamente aos diversos temas de reforma penal e, em alguns casos, até mesmo condicionando a atuação estatal. Inicialmente, é possível verificar um amplo apoio ao movimento de lei e ordem para, em um segundo momento, deliberar no sentido de conferir uma garantia maior aos direitos individuais, relativizando a rigidez do modelo repressivo vigente.

Assim, em um primeiro momento observa-se que a *Supreme Court* reconheceu a validade das alterações consubstanciadas no *Sentencing Reform Act*, de 1984. De fato, em 18 de janeiro de 1989, no julgamento do Caso *Mistretta v. United States*, a Suprema Corte avalizou, por ampla maioria de votos (8 x 1), não apenas a criação da *Sentencing Commission* como instituição própria e especializada, delegatária de atribuições legislativas, para no exercício de suas atividades disciplinar, reger e propor alterações relativamente a aplicação das penas em matéria criminal.²³⁷

²³⁷ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361. Washington, 1989. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/361/case.html>>. Acesso em 30. jun. 2014. A *Syllabus* do julgado encontra-se disponível no Anexo A.

No julgado, consignaram os juízes tratar-se o movimento de reforma de uma tentativa de sistematizar a imposição das penas, através de uma metodologia mais objetiva e transparente, superando o modelo de sentenças indeterminadas. Rechaçou-se, ainda, por oportuno, a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes. O juiz relator do caso explicitou em sua manifestação a problemática surgida com as sentenças indeterminadas, em que o Poder Legislativo estabelecia, tão-somente uma quantidade máxima de pena enquanto o sentenciante fixava um *quantum* mínimo. Assim, na prática, o poder de liberar o sentenciado era outorgado quase exclusivamente a uma comissão administrativa a quem competia avaliar se o condenado encontrava-se em condições de ganhar sua liberdade ou mesmo algum benefício. Nada obstante, como também ponderado no julgado, a própria idéia de reabilitação já vinha sendo colocada em questionamento, ao tempo em que sérias disparidades eram constatadas na aplicação das penas aos casos concretos.

Ao final de seu voto, o juiz considerou que teria inexistido qualquer violação a princípios constitucionais, especialmente o da separação de poderes, com a criação da *Sentencing Commission* e a adoção das *guidelines* que, ao substituir o modelo anterior, tornava a punição penal mais simples, objetiva e transparente, limitando a discricionariedade e os juízos eminentemente subjetivos, razão pela qual se concluiu no sentido de sua constitucionalidade.

Por oportuno, vale à pena mencionar que o único voto divergente foi lançado pelo juiz Scalia que reconheceu a inconstitucionalidade do *Sentencing Reform Act* por inobservância do princípio da separação dos poderes, na medida em que, a seu ver, inexistiria fundamento constitucional a autorizar um simples órgão administrativo a prever, em abstrato, penas e o respectivo procedimento para sua aplicação. Isso porque, no seu sentir, o referido órgão estava, de fato e de direito, exercendo uma atividade legislativa em manifesta afronta à Constituição. Nada obstante, apesar da posição divergente, o *Sentencing Reform Act*, promulgado em 1984, foi reconhecido como constitucional pela Suprema Corte norte-americana no ano de 1989.

O entendimento jurisprudencial conservador da Suprema Corte norte-americana começou a ser alterado em 12 de janeiro de 2005, na apreciação do Caso *Booker*, decidido por maioria de votos (5x4)²³⁸. Na hipótese, a Corte decidiu que o resultado da aplicação das

²³⁸ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *United States v. Booker*, 543 U.S. 220. Washington, 2005. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/220>>. Acesso em 01. jun. 2015. A *Syllabus* do julgado encontra-se disponível no Anexo B.

guidelines seria tão-somente orientador (“*advisory*”) ao magistrado sentenciante e, não, de cunho obrigatório (“*mandatory*”). A decisão tinha impacto especialmente com relação aos delitos relacionados às drogas, pois o *Anti-Drug Abuse Act*, de 1986, havia criado um tabelamento específico para as substâncias entorpecentes.

A confirmação da alteração de posicionamento, contudo, ocorreu apenas em 10 de dezembro de 2007, quando da apreciação do Caso *Kimbrough*²³⁹. Na hipótese, o réu havia sido condenado a uma pena de 15 anos de reclusão, por três crimes relacionados a difusão de drogas, tendo sido detido com 56g de crack e 92g de cocaína pura, o que lhe resultou em 10 anos de condenação, além da posse ilegal de arma de fogo, em contexto de tráfico, o que culminou em outra pena de 5 anos. Em estrita observância a *crack cocaine guidelines*, a pena cabível para o caso seria de 228 a 270 meses, ou seja, de 19 a 22 anos e 6 meses de prisão. A justiça local, contudo, havia relativizado a aplicação da regra, considerando injusto e desproporcional o resultado da aplicação tabelada, à luz das peculiaridades do caso concreto, tendo, como explicitado, estabelecido a reprimenda em 15 anos de prisão, mediante uma combinação de regras que incidiriam caso a hipótese fosse apenas de apreensão de cocaína pura.

Neste julgado, a Suprema Corte decidiu que era possível ao juízo sentenciante a estipulação de uma pena inferior a resultante da aplicação do procedimento das “*cocaine crack guidelines*”, à luz das circunstâncias do caso concreto, que poderiam recomendar uma sentença menor. A questão fundamental é que segundo *Anti-Drug Abuse Act*, de 1986, a pena de prisão deveria ser substancialmente agravada em casos envolvendo especificamente o crack, cuja relação para com a cocaína em estado puro passou a ser de 1:100, ou seja, 1g de crack equivaleria a 100g de cocaína para efeito legais. Consignou-se, no julgado, que o juiz do processo, frente às peculiaridades do caso concreto, estaria em melhores condições de atribuir a resposta penal adequada em detrimento da previsão resultante da aplicação da *drug guidelines*.

Ainda, merece destaque o entendimento da Suprema Corte no julgamento do Caso *Pepper*²⁴⁰, decidido em 2 de março de 2011. Na oportunidade, consolidou-se o entendimento

²³⁹ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Kimbrough v. United States*. Washington, 2007. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-6330.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015. A *Syllabus* do julgado encontra-se disponível no Anexo C.

²⁴⁰ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Pepper v. United States*, 131 S. Ct. 1229. Washington, 2011. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/09-6822/>>. Acesso em 01. jun. 2015. A *Syllabus* do julgado encontra-se disponível no Anexo D.

de que o resultado da aplicação das *guidelines* seria, de fato, meramente indicativo e não de observância obrigatória aos magistrados, razão pela qual uma Corte de Apelação poderia, em grau de recurso, proceder ao redimensionamento da pena, estabelecendo-a abaixo do mínimo legal.

Ademais, um ponto fundamental discutido neste caso foi o fato de que a variável determinante para a fixação da pena abaixo do mínimo permitido à luz das *guidelines* era a constatação de que o condenado já se reencontrava devidamente ressocializado, tornando, portanto, desnecessária a observância da pena abstratamente prevista. Trata-se, como se vê, do ressurgimento da discussão acerca da reabilitação como critério de determinação de penas. A este propósito, discorreu Quirós:

Este fallo contó con el voto mayoritario de siete a uno de sus miembros y fue liderado por la opinión de la juez Sotomayor. Probablemente su mayor importancia radica en que luego de más de dos décadas de destierro vuelve a considerar el valor de la resocialización como justificación del límite (límite del) castigo. En efecto, la Corte estableció que cuando la pena determinada ha sido apelada y un tribunal de distrito debe volver a determinarla (resentencing), este último puede atenuarla – dado que aplica directrices no obligatorias – si contempla que desde el momento en que la pena comenzó a ejecutarse el acusado ha demostrado su resocialización.²⁴¹

Mais recentemente, a Suprema Corte decidiu, em 26 de junho de 2015, pela inconstitucionalidade parcial do *Armed Career Criminal Act*, de 1984, no particular dos juízos especulativos sobre o “potencial risco” do acusado. No caso concreto (Caso *Johnson v. United States*)²⁴², tratava-se de indivíduo reincidente por outras condenações de porte ilegal de arma, sem histórico, contudo, de delitos como tráfico, homicídio ou roubo. As instâncias inferiores, entretanto, com fundamento no disposto no referido ato normativo impuseram-lhe, pelo novo delito, de forma automática, uma pena de 15 anos de prisão, ao entendimento de que o acusado se amoldava ao que a lei denominava “alto risco potencial” a outros cidadãos. A Suprema Corte, então, reputou inconstitucional o dispositivo legal, por ferir princípios relativos ao *due process of law* e a individualização da pena, mais precisamente a Quinta Emenda que veda a previsão e imposição de penas de caráter vago ou incerto. Trata-se, portanto, de um importante julgado que fulmina um regramento extremamente severo e subjetivo, numa versão federal das “*mandatory sentences*”, relativamente ao porte de armas.

²⁴¹ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 200.

²⁴² SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Johnson v. United States*, no. 13-7120. Washington, 2015. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-7120_p86b.pdf>. Acesso em 01. jul. 2015. A *Syllabus* do julgado encontra-se disponível no Anexo E.

Tem-se, assim, que a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA partiu, inicialmente, de um posicionamento conservador, avalizando integralmente o modelo de sentencing guidelines instituído pelo *Crime Control Act*, de 1984, e pelo *Anti-Drug Abuse Act*, de 1986, o que se pode constatar pela análise do Caso *Mistretta*, julgado em 1989. Em um segundo momento, a jurisprudência começa a ser substancialmente modificada, como se extrai dos fundamentos do Caso *Booker*, apreciado em 2005, em que se admitiu que as diretrizes estabelecidas pela *Sentencing Commission*, relativamente às *guidelines*, seria apenas indicativa para os juízes. Em seguida, em 2007, quando do julgamento do Caso *Kimbrough*, a Corte acabou por confirmar o caráter meramente informativo das *guidelines*, já agora especificamente com relação ao tabelamento previsto no *Anti-Drug Abuse Act*, permitindo que o magistrado sentenciante flexibilizasse a pena aplicada ao condenado por tráfico de drogas, especificamente com relação ao crack, cuja resposta em abstrato era substancialmente mais gravosa. Por fim, em 2011, ao apreciar o Caso *Pepper*, a Corte retomou, ao menos incidentalmente, a discussão acerca da ressocialização do indivíduo como objetivo maior da aplicação de uma pena, ao permitir a sua fixação abaixo do mínimo legal, ao se constatar a reabilitação do condenado.

Estas decisões, em maior ou menor grau, ajudam a explicar o modelo punitivo norte-americano, através de suas reformas penais, ora endossando o endurecimento, ora condicionando a atuação dos próprios poderes executivo e legislativo. E, de fato, como pondera Simon, a apreciação dos casos pelo poder judiciário tem o condão de não apenas alterar o conteúdo das leis de uma nação, como, por vezes, a própria estrutura básica de uma sociedade, especialmente diante de decisões de seu órgão máximo.²⁴³

²⁴³ SIMON, Jonathan. *Mass incarceration on trial: a remarkable court decision and the future of prisons in America*. Nova Iorque: The New Press, 2014.

CAPÍTULO 3

O CASO PARTICULAR DA CALIFÓRNIA

3.1 Considerações Gerais: peculiaridades, investimentos e população carcerária

O estudo do modelo punitivo e penitenciário norte-americano, tendo por foco o estado da Califórnia, justifica-se pela importância social, econômica e histórica desta unidade política no contexto dos EUA. Em primeiro lugar, o *Golden State* é o Estado mais populoso dos EUA, com estimativa de 38.802.500 habitantes para o ano de 2014, além de ser o maior centro industrial e também o líder na produção de produtos agropecuários²⁴⁴. Em segundo lugar, trata-se do estado norte-americano mais rico, com um produto interno bruto superior a US\$ 2.2 trilhões de dólares, o que corresponde a 13,2% de toda a riqueza produzida nos EUA, sendo que, das vinte maiores cidades americanas, quatro estão localizadas na Califórnia: Los Angeles, San José, San Diego e San Francisco. Assim, do ponto de vista social e econômico, trata-se do estado mais importante dos EUA.²⁴⁵

Ademais, trata-se da unidade-símbolo do modelo punitivo norte-americano, tendo sido o pioneiro na reforma penal que sepultou o modelo reabilitador, ao promulgar, logo em 1976 um arcabouço jurídico eminentemente punitivo, denominado *Determinate Sentencing Law*. Além disso, o estado possui a maior população carcerária do país e o maior número de presos no corredor da morte, o que a torna, também, a unidade com maior despesa orçamentária com o sistema correicional dos EUA.

Por outro lado, o seu sistema carcerário foi objeto de diversas deliberações judiciais, inclusive pela Suprema Corte, em regra por denúncias de graves violações aos direitos humanos, o que inclusive acabou ensejando uma nova tendência de reforma penal, tanto no âmbito do seu legislativo como no poder executivo, como se verá oportunamente com relação ao *Substance Abuse And Crime Prevent Act* (2001), ao *Public Safety Act* (2009), ao *Blueprint* (2010), ao *Realignment Act* (2011) e as *Propotion* no. 36 (2012) e no. 47 (2014).

Por fim, a Califórnia foi a única unidade a ter declarado, oficialmente, um estado de emergência em seu sistema penitenciário, como ocorreu em 2006. De mais a mais, a

²⁴⁴ *ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. California*. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/89503/California>>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁴⁵ *U.S. DEPARTMENT OF LABOR. Bureau of Economic Analysis. Widespread But Slower Growth in 2013*. Disponível em: <https://www.bea.gov/newsreleases/regional/gdp_state/2014/pdf/gsp0614.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

convulsão social e econômica vivenciada nos EUA na década de 1970, vai ao encontro da situação no estado da Califórnia, palco de diversas manifestações quase sempre reprimidas pela guarda nacional. Todas essas razões justificam uma minuciosa análise do modelo penal californiano, como fiel espelho do modelo punitivo norte-americano, tanto no que concerne às reformas penais como às novas tendências.

Simon, por exemplo, entende que a Califórnia está para a prisão como o estado do Mississippi estava para a segregação racial, pois se trata da unidade política que melhor exemplifica a deformação social e legal de um modelo²⁴⁶. E, de fato, no que se refere ao sistema penal, é possível afirmar que a realidade nacional encontra uma perfeita correspondência na Califórnia, que pode ser considerado o estado-símbolo do modelo criminal dos EUA. Com efeito, do ponto de vista das despesas públicas, os investimentos são significativos, pois apenas com o sistema correicional, no ano de 2010, atingiu-se mais de US\$ 8,8 bilhões. A título comparativo, o segundo lugar pertence ao estado do Texas, cujo modelo punitivo também é reconhecidamente severo, mas cujos gastos somaram, no mesmo período, um montante de US\$ 3,3 bilhões²⁴⁷. Ainda, segundo estudos independentes, relativamente ao ano de 2012, os gastos especificamente com a área penitenciária, atingiram a cifra de aproximadamente US\$ 7,9 bilhões.²⁴⁸

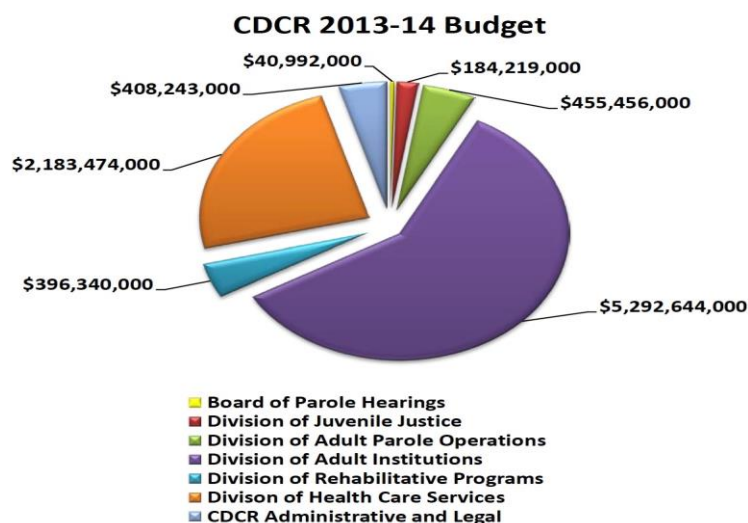
Do ponto de vista oficial, o órgão encarregado da administração penal no estado é o *California Department of Corrections and Rehabilitation - CDCR*. No seu relatório anual, referente ao ano fiscal de 2013, o CDCR divulgou que as despesas já haviam atingido o montante de US\$ 9,1 bilhões²⁴⁹. Deste total, mais de US\$ 5 bilhões foram gastos apenas com a manutenção do sistema penitenciário em si, como bem demonstrado no gráfico abaixo, constante no referido relatório oficial:

²⁴⁶ SIMON, Jonathan. *Mass incarceration on trial: Ob. Cit.*, p. 17.

²⁴⁷ THE PEW CHARITABLE TRUSTS. *Research and analysis. One in 100: behind bars in America*. Washington, 2008. Disponível em: <http://www.pewtrusts.org/~media/Imported-and-Legacy/uploadedfiles/pcs_assets/2008/one20in20100pdf.pdf>. Acesso em 29. jun. 2014.

²⁴⁸ VERA INSTITUTE OF JUSTICE. *The price of prisons*. Washington, 2012. Disponível em: <<http://www.vera.org/pubs/special/price-prisons-what-incarceration-costs-taxpayers>>. Acesso em 30. jun. 2014.

²⁴⁹ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *CDCR Annual Reports. The Year in Accomplishments, 2013*. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/Reports/docs/CDCR_2013Accomplishments.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.



As despesas com o sistema punitivo são, pois, significativas, o que, evidentemente, guarda correspondência com o quantitativo da população submetida ao controle penal. Segundo o relatório oficial *Correctional Population in the United States*, divulgado pelo *Bureau of Justice Statistics – BJS*, em dezembro de 2013, a população confinada em penitenciárias do estado da Califórnia correspondia, em 2005, a 168.000 reclusos. O mesmo estudo demonstra que, tendo como referência o quantitativo de pessoas submetidas ao controle penal, o montante atinge 774.700 cidadãos do estado, no ano de 2006, sendo 401.700 somente em cumprimento das condições da *probation*.²⁵⁰

Ainda segundo o *CDCR*, o estado da Califórnia possuía, em 31 de dezembro de 2008, apenas em suas penitenciárias, mais de **170.000** pessoas. E, deste total de pessoas reclusas, **41.114** estavam presas com fundamento na política *2/3-strikes and you're out*. Esta medida foi instituída no estado em 08 de novembro de 1994, através da aprovação da *Proposition 184*²⁵¹. A proposta foi aprovada pela população local por ampla maioria (71,8% de votos favoráveis), tendo sido conhecida como “*The Three Strikes Law*”. Em seu texto original, previa-se a aplicação de penas de prisão perpétua inclusive para um segundo delito sem violência ou grave ameaça à pessoa. Além disso, o estado da Califórnia foi o pioneiro no abandono do modelo ressocializador e, por conseguinte, na adoção, desde 1976, do que se passou a conhecer como política das sentenças determinadas. A propósito do tema, anote-se as pertinentes observações de Quirós:

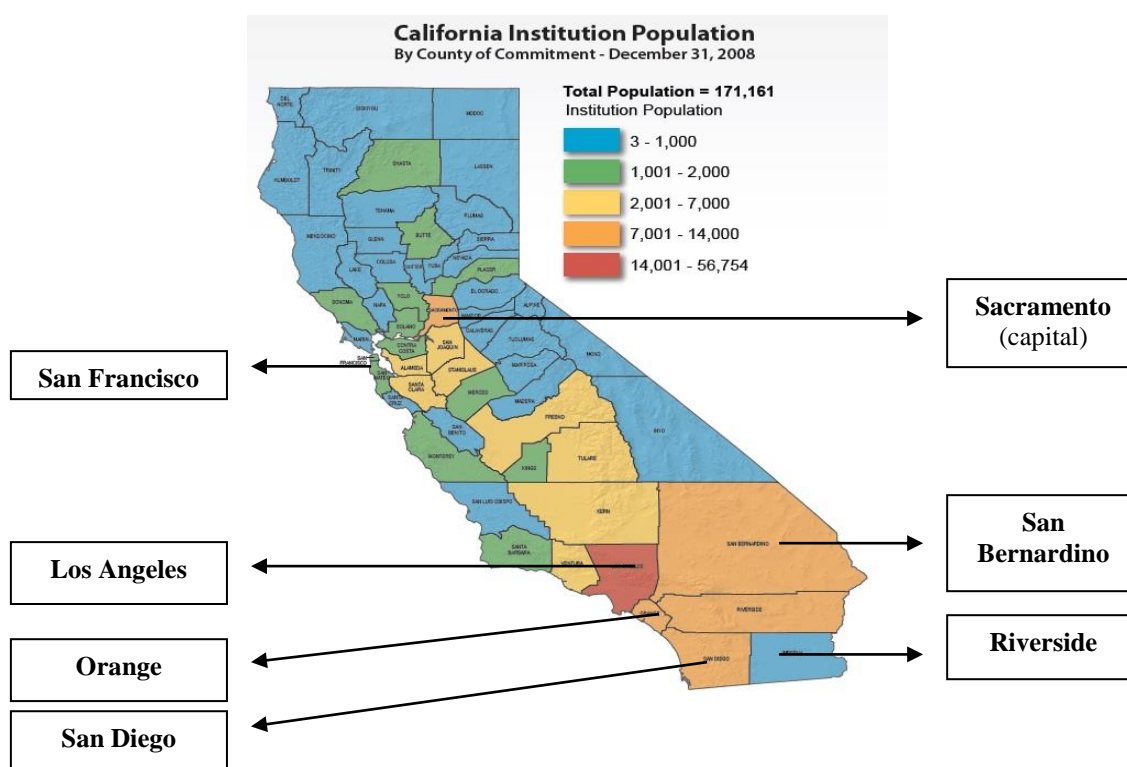
²⁵⁰ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Correctional Populations In The United States, 2012*. Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4843>>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁵¹ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *CDCR Annual Reports. The Year in Accomplishments, 2013*. Disponível em <http://www.cdcr.ca.gov/Reports/docs/CDCR_2013Accomplishments.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

En 1976, cien años después de que los reformadores progressistas implementaran la primeira ley de sentencia indeterminada y, a su vez, en momentos en los que se desarrollaban sólidas y diversas críticas a la discreción y disparidad judicial y administrativa que este instituto había entrañado, el estado de California, sancionó la primera ley de pena determinada (la Determinate Sentencing Act) de la época actual.

[...] la ley californiana especificaba su objetivo de eliminar la disparidade y obtener uniformidad en las condenas; para ello adoptava expressamente la concepción retributiva del castigo, en lugar de la resocialización.²⁵²

Como se vê, tudo indica que o impacto das políticas de lei e ordem na situação carcerária do estado da Califórnia foi significativo, valendo a referencia ao mês de outubro de 2006, ocasião em que o estado atingiu seu pico de encarcerados, com um contingente de **173.479** internos, distribuídos nas suas 34 unidades prisionais. Um quadro exemplificativo da distribuição da população reclusa no estado, extraído do relatório oficial acima mencionado, pode ser a seguir observado, com destaque para Los Angeles, com recorde no índice de encarceramento:



Segundo o último relatório do *CDCR*, divulgado em 2014, referente ao ano de 2013, o quantitativo de pessoas encarceradas em uma de suas 34 unidades prisionais do estado, seria

²⁵² QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit*, p. 237.

de **127.584** encarcerados²⁵³. E, mais recentemente, o mesmo órgão correicional divulgou um comunicado que havia atingido, em 11 de março de 2015, um contingente populacional em suas prisões na ordem de **112.106**, após a implementação de uma série de medidas levadas a efeito por meio de reformas penais²⁵⁴, que serão objeto de análise em tópico específico.

Por fim, a ineficiência do modelo californiano também pode ser colocada em xeque pelos índices de reincidência. Neste aspecto, os estudos mais recentes, especificamente com relação ao estado da Califórnia, estimam que o índice entre os anos de 1999 a 2002 atingiu 61%, enquanto no período de 2004-2007 a média foi de 57%. Neste particular, importante pontuar que o reingresso do sentenciado no sistema penitenciário, em significativa parte dos casos, decorre, como se verá adiante, por violações técnicas às condições da *parole* ou *probation* ou mesmo em razão da prática de pequenas infrações, como no teste positivo para álcool ou drogas.²⁵⁵

Em resumo, o estado da Califórnia pode ser considerado um modelo-símbolo da política penal e penitenciária nos EUA, quer sob a óptica dos investimentos para manutenção do sistema, que atingiram no ano-fiscal de 2013 mais de U\$ 9,1 bilhões, quer sob o rigor de sua legislação que resultou na maior população carcerária norte-americana.

3.2 Breve Cronologia do Modelo Punitivo Californiano

A história da punição no estado da Califórnia pode ser dividida, didaticamente, em três estágios. A primeira etapa inicia-se com a sua constituição como unidade política, por volta de 1850. De fato, em 21 de dezembro de 1849, o primeiro governador do estado, Peter Burnet (1849-1851), convocou a primeira legislatura para disciplinar normativamente a estrutura

²⁵³ O quantitativo divulgado diverge substancialmente daquele constante no relatório federal denominado *Correctional Population in the United States*, divulgado pelo *Bureau of Justice Statistics – BJS*, relativo ao ano de 2013, onde consta uma população carcerária de 218.800. A discrepância se deve ao não cômputo por parte do *California Department of Corrections and Rehabilitation* dos presos detidos em “*jails*”, nos respectivos condados, mas apenas em penitenciárias sob sua imediata gestão.

²⁵⁴ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *Three-Judge Court Updates*. Disponível em: <<http://www.cdcr.ca.gov/News/docs/3JP-Mar-2015/March-2015-Status-Report.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁵⁵ THE PEW CHARITABLE TRUSTS. *Research and analysis. State of recidivism: the revolving door os America's prisons*. Washington, 2011. Disponível em: <<http://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/reports/2011/04/12/state-of-recidivism-the-revolving-door-of-americas-prisons>>. Acesso em 30. jun. 2014.

política fundamental do novo estado, o que incluía a edição de leis criminais e a organização do respectivo sistema de justiça.²⁵⁶

Inicialmente, foram criados dois tribunais com jurisdição no estado, localizados em Sacramento e São Francisco. Em seguida, editaram-se duas normatizações criminais, quais sejam, o *Act to Regulate Proceedings in Criminal Cases* e o *Act Concerning Crimes and Punishments*, ambos promulgados em 1851. Tais atos, que continham basicamente uma filosofia clássica, no sentido de definirem como delito a infração à lei, tendo a pena como consequência natural, previam a título de resposta estatal as seguintes penalidades: morte, prisão, multa, destituição do cargo e inabilitação para sua ocupação. Importante consignar, por oportuno, que o instituto da prisão era, nesta época, comumente utilizado também instrumentalmente como medida cautelar, ou seja, uma vez admitida a acusação, o réu era automaticamente colocado à disposição da justiça no cárcere da localidade.²⁵⁷

Em 1852, uma comissão de inspetores de prisões (*State Board Inspectors*) apresentou um relatório acerca das condições estruturais do sistema penitenciário, tendo-se concluído, em suma, que as penas aplicadas produziram disparidades evidentes no sistema, sendo necessário reduzir o rigor judicial, especialmente quanto a pequenas infrações. Em seguida, em 1855, foi criado outro órgão auxiliar denominado *Penological Commission*, cuja atribuição consistia basicamente em proceder à análise do sistema criminal e propor modificações à legislatura. Logo em 1857, a *Commission* apresentou um minucioso relatório sugerindo alterações do modelo punitivo, com base em experiências de outras unidades políticas, com foco na recuperação do indivíduo.²⁵⁸

Neste mesmo ano, iniciou-se a construção do primeiro presídio estadual, denominado *San Quentin*, em funcionamento até os dias atuais, cuja disciplina e arquitetura foram baseados no modelo penitenciário da *Pennsylvania*. De início, a construção e a administração foram entregues à iniciativa privada, sob a responsabilidade de dois cidadãos do estado, M. G. Vallejo e James M. Estell, tendo o estado retomado a responsabilidade pelo estabelecimento em 1858, por meio de outro órgão criado especialmente para esta finalidade, o *Board of State Prison Directors*. Há registro de superpopulação carcerária já em 1858, contando a unidade com cerca de 600 prisioneiros na unidade, embora disponíveis apenas 62 celas individuais, o

²⁵⁶ DANSKY, Kara. *Understanding California Sentencing*. *University of San Francisco Review*. San Francisco, n. 45. pp. 45-86. Dezembro. 2008. Disponível em: <<http://usf.usfca.edu/law/academic/journals/lawreview/printissues/v43i1/san103.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ *Ibidem*.

que ensejou, evidentemente, novas reformas para adaptação do contingente que não parava de crescer.²⁵⁹

A situação levou a criação, como medida de política criminal para fins de controle da população carcerária, do instituto do “*pardon*”, uma espécie de indulto de pena concedido diretamente pelo governador aos condenados, muito utilizado nas décadas de 1860 e 1870. Além disso, a partir de março de 1893, o estado instituiu o *parole system*, acolhendo sugestão da *Penological Commission*. No mais, logo em 1903 o estado adotou, ainda, o instituto da *probation* para delitos de menor potencial ofensivo. As medidas, contudo, não surtiram efeitos imediatos, havendo o registro de crescimento da população carcerária.²⁶⁰

A segunda etapa teve início, então, com a edição do *Indeterminate Sentencing Act*, em maio de 1917, que produziu uma alteração substancial na legislação criminal, especialmente no particular do modelo de sentenciamento. A partir daí, a imposição da pena e a sua execução passaram a se guiar pelo objetivo de reforma do indivíduo condenado²⁶¹. Ocorre que, como ocorreu em quase todo o restante dos EUA, começaram a surgir os movimentos de reforma penal contestatórios do modelo da reabilitação, em especial a partir da década de 1970. O ponto central da crítica, repise-se, consistia, basicamente, na insegurança causada pelo sistema que praticamente deixava a cargo de órgãos administrativos (*parole boards*) a decisão de proceder a liberação do sentenciado.

O movimento de reforma penal assentou-se, assim, em dois objetivos fundamentais, quais sejam, superar o projeto reabilitador e restabelecer a equivalência entre casos idênticos, de tal modo que infratores pelo mesmo tipo penal viessem a receber e a cumprir penas semelhantes. Outra medida importante, era justamente eliminar da execução das penas as *parole boards*. Como se constata, tais pontos bem convergiam ao pensamento de Frankel, na obra *Criminal Sentences: law without order*, já abordada em tópico específico.

Lado outro, o pano de fundo histórico do endurecimento da legislação penal no estado da Califórnia coincide com o contexto nacional. De fato, no plano econômico a crise atingiu de modo significativo as contas do governo local, de modo que, logo ao tomar posse em seu primeiro mandato, em 1967, o governador Ronald Reagan teve que proceder a um rigoroso ajuste fiscal, com aumento de impostos, além das crescentes taxas de desemprego, alta da

²⁵⁹ DANSKY, Kara. *Ob. Cit.*

²⁶⁰ *Ibidem.*

²⁶¹ *Ibidem.*

inflação e baixo crescimento²⁶². No aspecto social, o período coincidiu com os inúmeros movimentos sociais contestatórios, desde a luta pela igualdade de direitos ao fim da guerra do Vietnã, no que se passou a chamar de *Decade of Dissent* (1965-1975). Dentre os vários protestos no estado, vale a referência a ocupação do *People's Park*, na Universidade de Berkeley, em 15 de maio de 1969. A repressão ao evento, por determinação expressa de Reagan, resultou em 1000 presos, 109 feridos e 1 estudante morto, no que ficou conhecido como “*Bloody Thursday*”. Nos dias seguintes, ante a comoção causada, os protestos acabaram se intensificando, o que levou o então governador a decretar estado de emergência e autorizar a tomada do *campus* pela guarda nacional, com uso de baionetas e helicópteros.²⁶³

Simon relembra, ainda, o protagonismo que foi concedido à época aos assassinos em série. De fato, o autor relembra que apenas no estado da Califórnia as autoridades atribuíram, entre 1969 e 1979, aos denominados *serial killers* pelo menos 150 homicídios, fomentando ainda mais o pânico moral e a cultura do medo, que se tornava cada vez mais comum nas capas dos jornais, noticiários televisivos e até mesmo no cinema norte-americano.²⁶⁴

Nesta toada, editou-se, em 1976, o *Uniform Determinate Sentencing Act*, com vigência a partir de 1º de julho de 1977, ainda no primeiro mandato do governador Jerry Brown (1975-1983), que sucedeu o então governador Ronald Reagan (1967-1975). Além disso, foram aprovadas leis de endurecimento da legislação penal, por exemplo, limitando a aplicação da *probation* e alterando a pena do delito de homicídio, inclusive com ampliação da possibilidade de aplicação da pena capital, como foi o caso da *California Proposition 7*, aprovada com mais de 71% dos votos do eleitorado, e que entrou em vigor a partir de 1978. Outrossim, há estudos que identificaram pelo menos 80 alterações legislativas no âmbito penal, entre os anos de 1976 e 2006, apenas no particular do aumento das penas de crimes. Ademais, procedeu-se a substanciais alterações no *parole system*, de modo que o rigor na fiscalização das condições imprimiu um aumento dos índices de reingresso por violações técnicas, independentemente da prática de novos crimes.²⁶⁵

No estado, como já visto, houve significativa aplicação, também, do programa denominado “*3-strikes and you're out*” que contribuiu significativamente para o incremento da população carcerária californiana, tendo-se identificado, em alguns estudos, que entre os

²⁶² QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit*, p. 243.

²⁶³ COBBS, Elizabeth; BLUM, Edward; GJERDE, Jon. *Major problems in America history*. 3. ed. Nova Iorque: Wadsworth Publishing, 2011, Vol. 2, p. 423.

²⁶⁴ SIMON, Jonathan. *Mass incarceration on trial: Ob. Cit*, 2014.

²⁶⁵ DANSKY, Kara. *Ob. Cit*.

anos de 1994 e 2004, o sistema prisional chegou a ter cerca de 80.000 sentenciados por dupla-infração e outros 7.500 por três infrações²⁶⁶. Como identifica Zimring, a edição do programa e a sua implementação se deram de forma bastante peculiar. De fato, um especial caso de sequestro, estupro e assassinato de uma criança de 12 anos na Califórnia (Caso *Polly Klass*) ganhou grande destaque na mídia local, especialmente quando as investigações apontaram que o autor do delito era um condenado em *parole*. O trágico evento se associou ao período eleitoral, em que o governador Pete Wilson (1991-1999) encontrava-se em campanha pela reeleição, com baixo índice de aprovação segundo as pesquisas. Tal contexto, favoreceu a adoção da referida lei, conciliando o interesse eleitoral do então governador com a demanda da população por leis mais severas no combate ao crime.²⁶⁷

Neste tanto, Sanchez entende que as vítimas têm ressurgido no campo punitivo, mas sob uma óptica do que denomina direito penal máximo. Assim, a vítima acabaria assumindo um protagonismo populista, contagiando a opinião pública com a sua dor e com o seu sofrimento, canalizando, destarte, a resposta coletiva e a demanda por vingança. Em suma, a seu ver, “se expande la victimización pero también la criminalización”. E, de fato, entende o autor que esta estratégia acaba criando vítimas potenciais, na medida em que dispersa o medo e a sensação de insegurança, o que, lado outro, cria, naturalmente, uma demanda por proteção, quase sempre por meio do direito criminal²⁶⁸.

Inobstante, o fato é que, em primeiro lugar, a Califórnia inovou criando a regra do “2-strikes”, que consistia na duplicação da pena originária, em abstrato, em caso de uma segunda condenação, mesmo por crime sem violência ou grave ameaça à pessoa. Em segundo lugar, tornou obrigatória a aplicação de penas de pelo menos 25 anos de prisão para uma terceira incidência criminal, mesmo sem gravidade, estando vedado qualquer benefício antes do resgate de 80% do seu cumprimento. Em terceiro lugar, a lei californiana proporcionou um uso generalizado das severas regras, tendo-se identificado, por exemplo, que do total de sentenças prolatadas nos EUA com referência a regra dos “3-strikes”, 92% advinham do estado da Califórnia. Todos estes fatores, segundo Zimring²⁶⁹, justificam uma especial atenção ao modelo punitivo californiano que levou o programa ao seu extremo, ao contrário

²⁶⁶ DANSKY, Kara. *Ob. Cit.*

²⁶⁷ ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon; KAMIN, Sam. *Punishment and democracy: three strikes and you're out in California*. Nova Iorque: Oxford university Press, 2001.

²⁶⁸ SANCHEZ, Mauricio Martínez. *Exacerbando el derecho penal en nombre de las victimas*. In MACHADO, Bruno Amaral (coord). *Justiça Criminal e Democracia II*. São Paulo: Marcial Pons. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Direito Federal e dos Territórios, 2015.

²⁶⁹ ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon; KAMIN, Sam. *Ob. Cit.*

das demais legislações estaduais, que apostavam muito mais no valor simbólico dos “3-strikes”, como instrumento de dissuasão. E, efetivamente, sugere Matthews que várias sanções que emergiram como exemplos de endurecimento da punitividade seriam, em verdade, meramente instrumentos simbólicos, como as *mandatory sentences* na Inglaterra, que registravam apenas 9 casos, conquanto a lei tenha sido editada no ano 2000²⁷⁰.

Assim, do mesmo modo que ocorreu no cenário nacional, o modelo das *guidelines* e das penas fixas, o que inclui os “2/3-strikes”, não apenas não se mostrou mais transparente como acabou impondo penas mais severas, uma vez associado ao endurecimento da legislação penal. E, conseqüentemente, produziu o colapso de diversos sistemas penitenciários, como o da Califórnia.

Aliás, quanto ao tema, merece destaque um relatório oficial, denominado “*California Justice Under Determinate Sentencing: a review and agenda for research*”, desenvolvido pelo próprio estado da Califórnia, em junho de 1980, com o objetivo de descrever as primeiras impressões sobre o novo modelo de sentenciamento²⁷¹. Em suas conclusões, os responsáveis pelo estudo informam que o sistema de justiça criminal encontrava-se bem ajustado ao novo modelo de sentenciamento. Nada obstante, levantaram algumas preocupações consistentes no aumento exponencial da população carcerária especialmente diante do quadro de endurecimento da legislação penal. Por conseguinte, haveria um aumento também da violência intramuros e uma despesa cada vez maior com o orçamento destinado ao sistema correicional. No mais, a possibilidade de subjetividade na imposição do castigo também não haveria de desaparecer, especialmente diante da discricionariedade conferida aos órgãos de persecução criminal, que poderiam valer-se da *plea bargaining*. Consignou-se, a propósito, que a população carcerária havia se mantido relativamente estável no período de 1958, com 17.237 internos, até 1978, com 20.172 reclusos, mas com advertência expressa de que a tendência não deveria se manter nas décadas seguintes.

Enfim, todas as ponderações feitas pela comissão oficial acabaram se confirmando nas décadas seguintes, o que, curiosamente, foi confirmado pelo atual governador Jerry Brown, que recentemente declarou o equívoco na adoção do modelo então vigente, tendo sido um dos

²⁷⁰ MATTHEWS, Roger. **O mito da punitividade revisitado**. In MACHADO, Bruno Amaral (coord). *Justiça Criminal e Democracia II*. São Paulo: Marcial Pons. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Direito Federal e dos Territórios, 2015. p. 26.

²⁷¹ CALIFORNIA DOCUMENTS AT DIGITAL COMMONS. *The legal scholarship repositior. California Justice Under Determinate Sentencing: a review and agenda for research*. Disponível em: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/caldocs_agencies/246>. Acesso em 01. jun. 2015.

seus maiores incentivadores à época, estando, já agora, em seu segundo mandato que se iniciou em 2011.²⁷²

3.3 O Grau Máximo do Modelo Repressivo: A Pena de Morte no Estado da Califórnia

O modelo punitivo norte-americano, como visto nos capítulos antecedentes, também tem a previsão de aplicação da pena capital, além da pena privativa de liberdade e dos controles realizados via *probation* e *parole*, com um custo significativo para sua manutenção. De fato, apenas com relação às penas de morte, o estado da Califórnia tem uma despesa anual de US\$ 184 milhões. A rotineira imposição desta modalidade de pena é demonstrada pelo próprio quantitativo de presos condenados e aguardando a execução, atualmente na ordem de 754 pessoas²⁷³, número significativamente superior a outros estados reconhecidamente rigorosos no campo penal, como a Flórida e o Texas que possuem, respectivamente, 410 e 278 presos aguardando execução.²⁷⁴

No estado, os condenados do sexo masculino ficam encarcerados na *San Quentin State Prison's* e, atualmente, correspondem a maioria dos casos, enquanto as sentenciadas aguardam sua execução na *Central of California Women's Facility*, correspondendo a apenas 20 reclusas. Neste particular, há tantos condenados à morte na Califórnia que o Poder Executivo local já solicitou neste ano de 2015 uma dotação orçamentária extra no valor de US\$ 3,2 milhões, apenas para ampliação do complexo penitenciário onde se localizam os condenados do sexo masculino à espera de sua execução.²⁷⁵

²⁷² *JERRY BROWN CALLS SENTENCE LAW A FAILURE: the former governor, who signed the measure creating fixed terms in 1977, now regrets it, saying it has saddled the state with recidivism. Los Angeles Times*, California, 28.fev.2013. Disponível em <<http://articles.latimes.com/2003/feb/28/local/me-prisoners28>>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁷³ *CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. Capital Punishment*. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/Capital_Punishment/docs/CondemnedInmateSummary.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁷⁴ *DEATH PENALTY COSTS CALIFORNIA \$184 MILLION A YEAR. Los Angeles Times*, California, 20.jun.2011. Disponível em: <<http://articles.latimes.com/2011/jun/20/local/la-me-adv-death-penalty-costs-20110620>>. Acesso em: 30. jun. 2014.

²⁷⁵ *CALIFORNIA'S DEATH ROW, WITH NO EXECUTIONS IN SIGHT, RUNS OUT OF ROOM. Los Angeles Times*, California, 30.mar.2015. Disponível em: <<http://www.latimes.com/local/crime/la-me-ff-death-row-20150330-story.html>>. Acesso em 01. jun. 2015.

Do ponto de vista histórico, a previsão legal para a condenação à pena capital surgiu com o *Criminal Practices Act*, em 1851, que delegava a execução ao respectivo *Sheriff* de cada condado. Posteriormente, em 1872, a pena de morte foi incorporada ao Código Penal do estado. A primeira execução, contudo, ocorreu, oficialmente, apenas em 03 de março de 1893, tendo sido levado à forca o sentenciado Jose Gabriel, condenado à pena capital pela morte de um casal de idosos. A partir de então, as execuções passaram a ocorrer por enforcamento, tanto na *San Quentin State Prison* como na *Folsom State Prison*, situação que perdurou até 1937, quando se procedeu a uma alteração legislativa para substituição da forca pela câmara de gás, cuja primeira execução nestes termos ocorreu no ano seguinte.²⁷⁶

A partir de 1967, as execuções foram suspensas em razão de debates acerca da constitucionalidade da medida extrema, levados ao poder judiciário. Quanto ao tema, a Suprema Corte do Estado da Califórnia decidiu, em 1972, que a pena capital violava a dignidade humana, produzindo um sofrimento extremo ao executado. A declaração de inconstitucionalidade beneficiou outros 107 condenados que encontravam-se na *death row*, cujas penas foram comutadas em prisão perpétua, com direito a *parole*. A decisão ensejou, logo em 1973, a promulgação de uma emenda à Constituição estadual, justamente para prever a possibilidade de aplicação da pena de morte na Califórnia, em determinados casos considerados graves pelo júri. O Judiciário local, contudo, julgou, já em 1976, que a emenda era inconstitucional, pois ofendia diretamente a Constituição dos EUA, que não permitiria exceções à aplicação da pena de morte.

Finalmente, no ano de 1992, as execuções foram retomadas no estado e, em fevereiro de 1993, ocorreu a primeira morte por injeção letal, nos termos de um novo procedimento denominado “*lethal injection protocol*”. A partir de então, a execução passou a ocorrer através da conhecida fórmula “*3-drugs-lethal-injection*”, tendo, contudo, permanecido o registro de outras formas de execução no estado, tais como o enforcamento e a câmara de gás, conforme informe oficial do *CDCR*²⁷⁷:

²⁷⁶ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *Capital Punishment*. Disponível em <http://www.cdcr.ca.gov/Capital_Punishment/history_of_capital_punishment.html>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁷⁷ Idem. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/Capital_Punishment/Number_Executions.html>. Acesso em 01. jun. 2015

	Folsom	San Quentin	Total
By Hanging			
Male	92	215	307
Female	0	0	0
Total	92	215	307
By Lethal Gas			
Male	0	192	192
Female	0	4	4
Total	0	196	196
By Lethal Injection			
Male	0	10	10
Female	0	0	0
Total	0	10	10
Grand Total	92	421	513

Desde então, contabiliza-se, até os dias atuais, um total de 513 execuções, conforme quadro a seguir²⁷⁸:

Number of Executions, 1893 to Present


Number of Executions
1893-2006

Year	Number of Executions	Year	Number of Executions	Year	Number of Executions
1893	1	1921	4	1949	11
1894	2	1922	5	1950	7
1895	9	1923	8	1951	6
1896	6	1924	10	1952	9
1897	5	1925	13	1953	8
1898	9	1926	8	1954	9
1899	3	1927	7	1955	9
1900	5	1928	5	1956	5
1901	1	1929	12	1957	9
1902	4	1930	15	1958	6
1903	5	1931	9	1959	6
1904	7	1932	6	1960	9
1905	10	1933	11	1961	8
1906	5	1934	9	1962	11
1907	4	1935	17	1963	1
1908	4	1936	17	1967	1
1909	3	1937	8	1992	1
1910	2	1938	11	1993	1
1911	3	1939	4	1996	2
1912	6	1940	6	1998	1
1913	3	1941	10	1999	2
1914	3	1942	9	2000	1
1915	8	1943	3	2001	1
1916	7	1944	7	2002	1
1917	2	1945	13	2005	2
1918	3	1946	6	2006	1
1919	9	1947	7		
1920	6	1948	11		

Os condados que mais encaminham indivíduos para o *death row* são, coincidentemente, aqueles de maior população carcerária. Assim, das 754 pessoas condenadas à morte no estado, 234 condenações são provenientes de **Los Angeles**, 84 de **Riverside**, 65 de **Orange**, 40 de **San Diego**, 40 de **San Bernardino** e 33 de **Sacramento** (capital). Nada obstante, apesar da alta aplicabilidade judicial da sanção extrema, merece destaque o fato de

²⁷⁸ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *Capital Punishment*. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/Capital_Punishment/Number_Executions.html>. Acesso em 01. jun. 2015.

que, desde 1963 até os dias atuais, apenas 15 condenados tenham sido efetivamente executados no estado²⁷⁹. Especificamente com relação ao tempo de espera para fins de execução da pena de morte, o CDCR divulga uma listagem com a relação de todos os executados desde 1978, cujos dados demonstram que a média tem sido superior a 17 anos²⁸⁰:



Capital Punishment

Inmates Executed, 1978 to Present

ATTENTION PARENTS:
These crime summary pages contain graphic descriptions of one or more murders and may not be suitable for all ages.

Condemned Inmate	California Executions Since 1978		Time on Death Row	Age
	Date Received	Date Executed		
Robert Alton Harris	3/14/1979	4/21/1992	13 years, 1 month	38
David Edwin Mason	1/27/1984	8/24/1993	9 years, 7 months	36
William George Bonin	3/22/1982	2/23/1996	13 years, 1 month	49
Keith Daniel Williams	4/13/1979	5/3/1996	17 years	49
Thomas M. Thompson	8/23/1984	7/14/1998	14 years, 1 month	43
Kelvin Malone	6/22/1981	1/13/1999 (Missouri)	15 years, 6 months	38
Jaturun Siripongs	5/2/1983	2/9/1999	15 years, 9 months	47
Manuel Babbitt	7/15/1982	5/4/1999	16 years, 10 months	50
Darrell Keith Rich	1/23/1981	3/15/2000	19 years, 1 month	44
Robert Lee Massie	5/28/1979	3/27/2001	21 years, 10 months	60
Stephen Wayne Anderson	7/30/1981	1/29/2002	20 years, 6 months	49
Donald Beardslee	3/14/1984	1/19/2005	20 years, 10 months	52
Stanley Williams	4/20/1981	12/13/2005	24 years, 8 months	51
Clarence Ray Allen	12/02/1982	01/17/2006	23 years, 1 month	76

Average Time Served on Death Row: 210.7 months (17.5 years)

Como se percebe, a última execução no estado ocorreu em 17 de janeiro de 2006. Isso porque a execução do condenado Michael Angelo Morales, marcada para ocorrer em 21 de fevereiro de 2006, foi suspensa pela Justiça local em face de um recurso apresentado pelo sentenciado. No julgado, considerou-se, uma vez mais, a inconstitucionalidade da pena capital no estado, tendo-se reconhecido uma série de falhas no “*lethal injection protocol*” que causavam um sofrimento extremo ao condenado, violando a Oitava Emenda da Constituição norte-americana. Desde então, o Poder Executivo vem tentando, sem sucesso, readequar o protocolo de execução às exigências judiciais.²⁸¹

²⁷⁹ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *Capital Punishment*. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/Capital_Punishment/Number_Executions.html>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁸⁰ Idem. Disponível em <http://www.cdcr.ca.gov/Capital_Punishment/Inmates_Executed.html>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁸¹ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *Capital Punishment*. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/CALethInject.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

Recentemente, outro caso foi levado ao Poder Judiciário local, relativamente à execução do condenado Ernest Dewayne Jones, após mais de 20 anos na *death row*. Reafirmou-se, no caso, que o modelo de execução seria inconstitucional por violar, seguidamente, direitos básicos do próprio executado, não sendo incomuns falhas de procedimento e sofrimentos desnecessários, vulnerando a Oitava Emenda.²⁸²

Importante o registro no sentido de que nos últimos anos o número de fornecedores de drogas para fins de execução de condenados vem sendo substancialmente reduzido, em boa parte por conta de um “boicote” de diversas indústrias farmacêuticas, como é o caso daquelas sediada na Dinamarca, Alemanha e Bélgica. Aliás, a utilização de drogas alternativas parece ter sido a causa de diversas execuções frustradas, impondo sofrimentos extremos, havendo relatos de condenados que levaram mais de duas horas para morrerem, após a injeção letal, o que acabou ensejando, inclusive, uma nova discussão sobre o tema na Suprema Corte.²⁸³

De todo modo, esta iniciativa dos países europeus vai ao encontro das sugestões apresentadas por Zimring. Para o autor, a abolição da pena capital nos EUA pressupõe muito mais que uma análise racional da questão. Daí porque sugere, em um plano interno, campanhas de cunho emocional, com abordagem acerca da brutalidade, das injustiças cometidas e do sofrimento desnecessário impingido ao executado. Paralelamente, defende uma atuação mais enérgica das nações europeias no campo econômico, com boicote aos países que preservem esta prática em seus estatutos legais. Neste sentido, o embargo ao fornecimento das drogas para elaboração do coquetel letal parece um primeiro passo numa ação no plano internacional. Lado outro, entende o autor que nesta cruzada contra a pena capital teria o poder judiciário, em especial a Suprema Corte, um papel fundamental, pois algumas mudanças de paradigma no sistema de justiça criminal decorreram justamente de uma atuação jurisprudencial proativa, especialmente quanto a matérias impopulares que dificilmente seriam obtidas por iniciativas legislativas ou do poder executivo. Quanto ao tema, relembra o autor, exemplificativamente, o Caso *Atkins v. Virginia*, julgado 20 de junho de 2002, em que a *U. S. Suprem Court* decidiu pela inconstitucionalidade da pena capital

²⁸² *FEDERAL JUDGE SAYS CALIFORNIA'S DEATH PENALTY SYSTEM IS 'UNCONSTITUTIONAL'*. **The Washington Post**. Washington, 16.jul.2014. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/news/post-nation/wp/2014/07/16/federal-judge-says-californias-death-penalty-system-is-unconstitutional/?Post+generic=%3Ftid%3Dsm_twitter_washingtonpost>. Acesso em: 29. jul. 2014.

²⁸³ *WHY IS THE US SUPREME COURT REVIEWING THE LETHAL INJECTION?* **BBC News**, 15.mai.2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-32592931>>. Acesso em 01. jun. 2015.

relativamente aos réus inimputáveis, por se tratar de uma pena demasiadamente cruel quando aplicada a indivíduos sem capacidade de discernimento, violando a Oitava Emenda.²⁸⁴

Em resumo, a aplicação da pena capital no estado da Califórnia, apesar de largamente utilizada nos julgamentos perante o Poder Judiciário local, vem tendo seguidamente o seu procedimento contestado e as execuções suspensas, por se revelar cruel ao produzir um sofrimento extremo ao sentenciado.

3.4 O Colapso do Sistema Punitivo da Califórnia

Como visto anteriormente, o ano de 2006 representou um marco na história do sistema carcerário californiano. Com efeito, o estado atingiu, nesta época, o ápice de sua população prisional, superando a barreira dos 170.000 presos. O contexto, então, mostrava-se preocupante, não apenas no aspecto estrutural, dada a falta de vagas, como do ponto de vista orçamentário e de pessoal, manifestamente insuficientes para o patamar atingido.

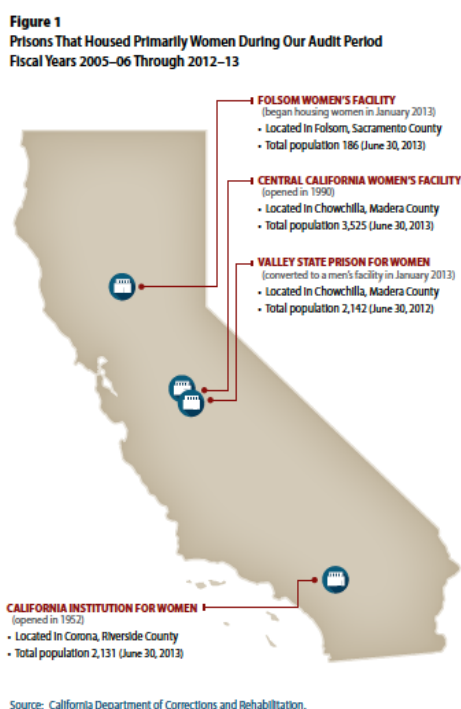
Diante desta situação, em 04 de outubro de 2006, o então governador do estado da Califórnia, Arnold Schwarzenegger, declarou estado de emergência no sistema prisional local ante a gravidade da situação constatada, consignando expressamente a condição de superlotação verificada em todas as suas 33 unidades prisionais então existentes. Na manifestação oficial, o governador registrou que aproximadamente 15.000 presos estavam em situação precária, com riscos significativos para a saúde, sendo que em, pelo menos, 29 das unidades prisionais o risco à integridade física de internos e funcionários era concreto e iminente. Ademais, houve, apenas no ano de 2005, o registro de 1.671 atos de violência perpetrados pelos presos contra os agentes públicos responsáveis pela custódia, além de outros 2.642 registros de agressões entre os internos em si. Merece destaque, ainda, a informação de que a média de suicídio entre os internos do sistema penitenciário da Califórnia atingiu pelo menos um caso por semana, no período de referência.²⁸⁵

²⁸⁴ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304. Washington, 2002. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/#annotation>>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁸⁵ OFFICE OF GOVERNOR. *Prison overcrowding state of emergency proclamation*. California, 2006. Disponível em: <<http://gov.ca.gov/news.php?id=4278>>. Acesso em 30. jun. 2014. O sumário do texto encontra-se disponibilizado no Anexo F.

Como se vê das próprias razões expostas pelo governador do estado, o sistema penitenciário havia entrado em colapso, em grande medida pela situação de superlotação vivenciada. Em suma, não havia mais como se garantir a integridade física de presos e funcionários, comprometendo-se, até o mesmo, o funcionamento interno. No mais, sequer havia como prestar a devida assistência básica à saúde, encontrando-se os reclusos em situação de extrema vulnerabilidade.

No particular da custódia das mulheres encarceradas a situação não se mostrada diferente. Investigações oficiais, divulgadas em junho de 2014, levadas a efeito pela *California State Auditor* apontaram que foram realizadas cerca de 144 esterilizações nas mulheres presas no estado, entre os anos de 2005 e 2011, tendo-se constatado irregularidades em, pelo menos, um terço dos casos. Os dados concluíram, inclusive, que, na realidade, os casos irregulares poderiam ser bem maiores²⁸⁶. Ao todo, a auditoria analisou a situação das mulheres nas quatro unidades prisionais, assim distribuídas no território californiano:



E, de fato, após minucioso exame dos fatos, o relatório conclui que houve graves casos de esterilização nas penitenciárias femininas do estado, como se pode conferir das próprias considerações finais do expediente oficial.

²⁸⁶ CALIFORNIA STATE AUDITOR'S OFFICE. *Investigative Reports. Sterilization of Female Inmates*. Disponível em: <<https://www.bsa.ca.gov/pdfs/reports/2013-120.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

As evidências confirmadas pelo relatório oficial, no período de 2005 a 2011, entretanto, não são novidades no modelo punitivo e penitenciário norte-americano. Quirós, por exemplo, relembra que os EUA foram o primeiro país do ocidente a promulgar e aplicar leis de esterilização eugênica, a partir de 1907. A questão, inclusive, chegou a ser objeto de deliberação pela Suprema Corte, tendo-se confirmado, em 2 de maio de 1927, a sua constitucionalidade. No caso concreto (*Buck v. Bell*), tratava-se de uma interna do sistema prisional do estado da Virginia, com diagnóstico de deficiência mental hereditária. Em observância à legislação local, o estado pretendia esterilizar a reclusa, uma vez constatado o seu histórico familiar, pois sua mãe e sua filha também tinham problemas mentais. A decisão, tomada a unanimidade, consignou, em suma, que “*three generations of imbeciles are enough*”, validando, assim, a intervenção cirúrgica.²⁸⁷

Ante o exposto, pode-se inferir que a violação aos direitos fundamentais básicos das pessoas encarceradas, no sistema penitenciário dos EUA e em especial do estado da Califórnia, mostra-se uma prática constante e reiterada, até mesmo de certa forma institucionalizada, como, aliás, constatado e reconhecido inclusive judicialmente, aparentemente confirmando a hipótese de Matthews no sentido de que uma porção considerável do crescimento da população carcerária corresponde não ao aumento da punitividade, mas sim ao uso indiscriminado da prisão como local de despejo daqueles para quem o Estado não pode, ou não quer, fornecer cuidado e apoio adequados²⁸⁸.

3.5 Os Casos Jurisprudenciais Paradigmáticos: *Coleman e Plata*

Segundo Simon, o modelo punitivo no estado da Califórnia se distingue do restante do país especialmente porque levou o objetivo de incapacitação das classes perigosas ao seu grau máximo, através de uma lógica de racionalidade e manejo administrativo sem precedentes, no que deveria se denominar de era da “*total incapacitation*” ao invés de simplesmente “*mass incarceration*”. Na sua opinião, não há viabilidade de se conferir um tratamento minimamente humano a um estágio de superpopulação carcerária como a atingida pelos EUA e, em especial, pela Califórnia. Trata-se, pois, de uma situação insustentável do

²⁸⁷ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Buck v. Bell**, 274 U.S. 200. Washington, 1927. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/200>>. Acesso em 01.jun.2015.

²⁸⁸ MATTHEWS, Roger. *Ob. Cit.* p. 38.

ponto de vista dos direitos humanos, inexistindo melhora na realidade prisional nem mesmo com a construção de 20 novas penitenciárias no estado em pouco mais de 10 anos. Neste contexto, conclui o autor, que o aprisionamento das pessoas se tornou um caso de tortura legalizada.²⁸⁹

E, de fato, a partir da década de 1990, uma série de questionamentos judiciais sobre o modelo correicional californiano foi formulada perante o Poder Judiciário local. Tais demandas, que tiveram de forma geral a acolhida da justiça, constataram a delicada situação vivenciada pelos internos do sistema em face da negligência estatal. Em especial, duas ações merecem destaque, inclusive pela força jurisprudencial que produziram nos EUA, sendo considerados verdadeiros paradigmas com relação a questão: *Coleman v. Brown* e *Plata v Brown*.²⁹⁰

Com efeito, em 1990, um grupo de internos representados por diversos defensores acionou a justiça local, em face da situação dos reclusos submetidos a tratamento mental, no caso que ficou conhecido como “*Coleman vs Brown*”. Em 13 setembro de 1995, a Corte de Justiça finalmente encerrou o julgamento, concluindo que o estado da Califórnia havia, efetivamente, negligenciado o tratamento médico dos internos com diagnóstico de distúrbios mentais. De fato, reconheceu a Corte de Justiça que o descaso englobava a inexistência de pessoal especializado, a falta de medicação e de supervisão, o que acarretava, ademais, um número significativo de suicídios. Além disso, declarou-se nos autos a impropriedade do uso de armamento letal (“*37mm gun*”) e não-letal (“*tasers*”) na custódia de pacientes judiciais submetidos a tratamento médico. O julgamento resultou na elaboração de um plano de ação específico para os internos em tratamento mental denominado *Mental Health Services Delivery System Program Guide*, inclusive sob a supervisão de um *expert* designado pela própria Corte de Justiça. O feito restringia-se à realidade dos internos submetidos, compulsoriamente, a tratamento mental no estado da Califórnia.²⁹¹

Já no ano de 2001, um outro grupo de internos, devidamente representados por defensores públicos, impetrou nova demanda judicial na Corte de Justiça local, no que passou a ser conhecido como o caso *Brown v. Plata*. Neste processo, de objeto mais amplo que o anterior, questionava-se não apenas a assistência médica para os demais presos em geral,

²⁸⁹ SIMON, Jonathan. *Mass incarceration on trial: Ob. Cit.*

²⁹⁰ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociologia del castigo: Ob. Cit.*, pp. 72-73.

²⁹¹ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *Decision in mental health care class action (Coleman v. Brown)*. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/DHCS/SMHP_Coleman.html>. Acesso em 01. jun. 2015.

como as condições estruturais do sistema penitenciário da Califórnia. Em 2006, os demandantes de ambas as ações propugnaram, com fundamento no *Prison Litigation Reform Act*, de 1995, a formação de uma comissão de juízes para análise da situação dos internos. Neste mesmo ano, como visto anteriormente, o estado declarou estado de emergência em seu sistema carcerário. Ainda em 2006, o estado da Califórnia apresentou um plano de ação denominado *Solving California's Correction Crisis*, o que, contudo, não pôs fim à delicada situação.

Em 2008, foi formulada uma comissão composta por três juízes, que efetivamente constataram diversas irregularidades. A conclusão do referido estudo foi no sentido de que a situação de superpopulação vivenciada no estado era a principal causa do mau funcionamento do sistema, embora não a única, comprometendo a segurança e a prestação de serviços básicos aos internos, o que, em última análise, violava a garantia constitucional de proibição de tratamento desumano, cruel e degradante. A decisão judicial, então, foi oficialmente prolatada em 04 de agosto de 2009, consistindo numa determinação para que o estado reduzisse, no prazo de 2 anos, o seu contingente carcerário em, pelo menos, 46.000 presos, possibilitando, assim, operar com aproximadamente 135,7% de sua capacidade.²⁹²

Em 19 de janeiro de 2010, ambas as questões chegaram a Suprema Corte dos EUA, por meio de recursos interpostos pelo estado da Califórnia, tendo sido admitida a irresignação em junho do mesmo ano. Em 23 de maio 2011, o Tribunal, por maioria de votos (5x4), confirmou a decisão da instância inferior²⁹³. Em suma, decidiu-se que a questão levada ao Poder Judiciário local consistia na violação de direitos básicos dos presos do estado da Califórnia, tendo-se concluído, após análise do acervo probatório, especialmente das inspeções realizadas pela comissão, que a principal causa do mau funcionamento do sistema era justamente a superlotação.

No *decisum* de primeiro grau, confirmado em última instância, consignou-se que as prisões daquele Estado operaram por mais de 11 anos com um índice de 200% acima de seu limite, o que comprometia a integridade física e a saúde dos internos e funcionários. De fato,

²⁹² CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *Three-Judge Court Updates*. Disponível em: <<http://www.cdcr.ca.gov/News/docs/2011-05-23-Three-Judge-Panel-Background.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

²⁹³ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Brown, Governor of California, et al. v. Plata et al.* Washington, 2011. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>>. Acesso em 30. jun. 2014. A Syllabus do julgado encontra-se disponível no Anexo G.

há no relatório oficial, reproduzido no julgado da *US Supreme Court*, a descrição pormenorizada de diversos fatos gravíssimos comprovadores da negligência estatal.

No *Syllabus* do julgado²⁹⁴, já se fez constar a informação de que, à época da apreciação do caso pela *Supreme Court*, o sistema carcerário californiano, projetado para abrigar 80.000 presos possuía, aproximadamente, o dobro. Este estado de superpopulação carcerária afetava diretamente a qualidade dos serviços prestados, mais precisamente sob o aspecto da assistência à saúde. Consignou-se, por exemplo, que a espera por atendimento médico chegava a mais de 700 presos, sendo de se considerar que o déficit de profissionais da área correspondia a mais de 20% de clínicos e 50% de psiquiatras. Por outro lado, ainda que o estado viesse a completar o quadro de profissionais, faltaria espaço suficiente para atendimentos. Segundo as inspeções realizadas, o tempo de espera por atendimento clínico na especialidade de transtorno mental poderia superar um ano. Além disso, as investigações concluíram que o índice de suicídios de presos no Estado da Califórnia era 80% superior à média nacional, em grande parte evitável por meio de uma política eficiente de atenção básica à saúde mental. No mais, consignou-se que, em média, o sistema prisional californiano produzia uma morte (em geral, ou seja, não apenas por suicídio) a cada 5 dias.

A solução encontrada no sentido de, pura e simplesmente, decotar 46.000 presos levava em consideração, precipuamente, a situação fiscal do estado, que certamente não teria condições de adequar o seu sistema correicional às exigências mínimas, em um prazo razoável, razão pela qual não se poderia abrir mão da solução mais pragmática. O percentual de 137,5%, aliás, foi uma média encontrada entre o índice estabelecido pelo *Federal Bureau of Prisons* (130%) e o limite sugerido pela *State Correctional Independent Review Panel* (145%), cujo atingimento poderia ser alcançado por meio de diversas medidas, como, por exemplo, através da concessão de “abonos” por bom comportamento e inserção de internos em programas comunitários de controle. Consignou-se, no ponto, que dados estatísticos já demonstravam claramente que a redução na população carcerária não tinha qualquer impacto significativo nos índices de criminalidade.

Merece referência, ainda, neste particular, um estudo produzido pelo *California Department of Corrections And Rehabilitation*, que apontou para os prováveis efeitos deletérios do encarceramento para a saúde, ao registrar que, apesar de mais de 70% dos

²⁹⁴ Equivalente a denominada “ementa” dos julgamentos coletivos no Brasil, ou seja, ao acórdão proferido pelos diversos tribunais.

indivíduos não possuem qualquer indicação de distúrbio mental ao ingressarem no sistema prisional do estado, cerca de ¼ da população carcerária acabava sendo inserida em programas para tratamento psiquiátrico.²⁹⁵

Em síntese, o julgado da Suprema Corte referendou os relatos de negligência em diversas especialidades médicas, além da psiquiatria, tendo concluído ser prática comum a situação de abandono. Anotou-se, ademais, que a negligência adotada pelo modelo correicional californiano violava a dignidade humana e, conseqüentemente, a Oitava Emenda da Constituição dos EUA, sendo certo que ao sacrificar a liberdade dos condenados o próprio Estado se tornava responsável por lhes ofertar condições básicas de saúde e integridade. Ademais, expressamente se consignou que a conclusão de corte na população prisional levou em consideração diversos estudos sobre o tema, tendo sido possível aferir-se que a medida não colocaria em risco a segurança pública. Ponderou-se, a propósito, que a redução no número de pessoas encarceradas poderia, inclusive, trazer benefícios à sociedade. Quanto ao tema, demonstrou-se que diversos outros estados já teriam reduzido sua população prisional sem qualquer impacto significativo para a ordem pública.

A decisão, então, confirmada pela Suprema Corte dos EUA (“*affirmed*”), por maioria de votos (5x4), foi no sentido de que o Estado da Califórnia deveria reduzir sua população carcerária para, pelo menos, 137,5% de sua capacidade, num prazo de dois anos, o que implicaria em um decote de aproximadamente 46.000 presos. Registrou-se, contudo, que o Estado deveria submeter ao Judiciário local um plano para operacionalizar a decisão que poderia abranger transferências de presos para outros Estados ou concessão de benesses legais.

²⁹⁵ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *Realignment Report*. Disponível em: <<http://www.cdcr.ca.gov/realignment>>. Acesso em 01. jun. 2015.

CAPÍTULO 4

AS TENDÊNCIAS ATUAIS E OS NOVOS NÚMEROS DO SISTEMA PUNITIVO

4.1 As Novas Tendências do Modelo Punitivo nos EUA

Segundo Tonry, os EUA acabaram criando, em face da cultura do medo e do aparente crescimento das taxas de criminalidade, um sistema punitivo que não foi desejado, mas que, já agora, ninguém sabe como corrigir. Em suma, as políticas na área se mostraram extremamente severas, consumiram muito dinheiro público, mas produziram apenas injustiças ao custo da vida milhões de presos e de suas famílias. Tal modelo foi moldado pelos próprios cidadãos norte-americanos, pois os políticos não teriam avançado tanto no campo repressivo sem o respaldo popular. Assim, a realidade do sistema punitivo de hoje não é nada além do que o reflexo das “sensibilidades” da população das últimas décadas. Este “pânico moral” teria sido captado pela instância política que dele se valeu eleitoralmente e a retroalimentou, pois, como pondera o autor, nenhum político perde eleição defendendo a luta contra o crime e às drogas. Trata-se, assim, do que o autor denomina de “*pusillanimous politicians*” feitas por “*cynical politics*”. Nada obstante, pondera o autor, os indivíduos vêm mudando, paulatina e naturalmente, a sua concepção frente ao crime, como ocorre, por exemplo, quanto aos temas aborto e drogas. Este movimento, evidentemente, já ressoa entre juízes e parte significativa dos legisladores.²⁹⁶

Quanto ao tema, importante o registro das ponderações de Matthews, para quem haveria por parte dos criminólogos uma visão simplista quanto ao que se passou a denominar de populismo penal. Em primeiro lugar, porque o alegado populismo por si só não seria, necessariamente, retrógrado ou patológico, tendo, inclusive, desempenhado fundamental papel na história ao confrontar injustiças, como na defesa da igualdade e dos direitos humanos. Em segundo lugar, as demandas provenientes do grande público, a que o autor se refere como “populismo bruto”, são filtradas, moldadas e moderadas, antes de serem traduzidas em política penal. Em terceiro lugar, não teria ocorrido uma diminuição no número de *experts* (criminólogos) que opinam quanto ao tema, mas sim o oposto no que denomina de “proliferação de parcerias multiagências”, desde juristas, psicólogos e educadores, a arquitetos, ambientalistas e urbanistas. Em quarto lugar, pondera o autor que a tese de um

²⁹⁶ MICHAEL, Tonry. *Thinking about crime: sense and sensibility in american penal culture*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

endurecimento da política penal não corresponderia, efetivamente, à realidade, pois, em verdade, haveria uma série de mensagens desencontradas emanadas das agências oficiais, ora com relação ao incremento do modelo, ora na criação de substitutivos penais e excarceramento. Em suma, a seu ver, o que os cidadãos defendem seria uma mistura de punição, reabilitação e proteção, sugerindo que as pessoas, de fato, não estariam ligadas a uma filosofia particular no campo punitivo. Assim, políticos e elaboradores de políticas públicas, de forma lamentável e persistente, estariam interpretando equivocadamente os pontos de vista do público quanto ao tema da criminalidade. No mais, entende que não haveria, ainda, base empírica para se afirmar que o aumento da população carcerária estaria ocorrendo em função da punitividade. Nada obstante, relata o mesmo autor, diversos exemplos, especialmente no Reino Unido, de inovações de postura, mormente por parte dos magistrados, que rotineiramente vêm recusando aplicabilidade automática a comandos legais como as *mandatory sentences*. Ademais, suas ponderações, em essência, representam uma análise muito mais da punitividade inglesa que norte-americana. Com efeito, o autor sugere diferentes encaminhamentos que tiveram na Inglaterra alguns programas tipicamente norte-americanos, como o tolerância zero, bem como o reduzido apoio popular a medidas extremas como a pena de morte e os casos de crimes sexuais²⁹⁷.

Em sentido diametralmente oposto, fazendo considerações acerca da realidade britânica, pondera Wilson, em sua mais recente obra, que a Inglaterra possui, na atualidade, mais pessoas encarceradas que em qualquer outra época de sua história, além do maior número de pessoas sentenciadas a prisão perpétua em toda a Europa. Tais evidências, permitem pressupor um destoamento das práticas do Reino Unido em comparação com o restante do continente, no que se passou a denominar “*english exceptionalism*”²⁹⁸. Enfim, quer parecer que, ao menos quanto aos EUA, as hipóteses levantadas no presente trabalham ainda se mostram pertinentes.

Assim, o fato é que o descrédito no projeto de transformação do indivíduo por meio da sanção penal, que demandava, outrossim, um lapso significativo de tempo para o atingimento desta finalidade, deu espaço a uma política de penas fixas ou tabeladas, superando o modelo anterior, excessivamente subjetivo, por outro imparcial e objetivo. Sem embargo, ao longo do tempo e por força dos movimentos de lei e ordem, tanto as penas fixas como o tabelamento se

²⁹⁷ MATTHEWS, Roger *Ob. Cit.*

²⁹⁸ WILSON, David. *Pain and retribution: a short history of british prisons, 1066 to the present*. Londres: Reaktion Books, 2014, p. 10.

mostraram excessivamente prejudiciais ao condenado, que passou a sofrer penas significativamente mais severas. Por consequência necessária, a população carcerária cresceu vertiginosamente, não apenas em razão dos novos ingressos, como, também, pelo decréscimo no quantitativo de saída, uma vez que os sentenciados precisavam, já agora, resgatar uma pena muito maior para obter algum benefício e/ou a liberdade. Enfim, a realidade produzida pela política nacional de “guerra” ao crime e ao infrator, com seus elevados investimentos, alto índice de reincidência e violação de direitos humanos, precisou ser repensada.

Ocorre que, como também pondera Matthews, há uma forte tendência na academia criminológica em dar ênfase apenas às más notícias na área, negligenciando-se, a seu ver, as boas experiências em política criminal²⁹⁹. Destarte, fundamental o registro de que, a partir de uma nova concepção, os EUA vêm reduzindo de forma consistente sua população prisional, através de iniciativas concretas e quebra de paradigmas, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, como observado no capítulo anterior. Em suma, pode-se afirmar que houve uma conscientização em três níveis³⁰⁰:

- a. a relação entre encarceramento e criminalidade é relativa, especialmente se se considerar que o grande encarceramento observado nas últimas décadas não alterou as taxas de crimes;
- b. o dispêndio de valores com o sistema prisional não se justificaria, podendo ser melhor utilizados em áreas como educação, saúde e bem-estar social; e
- c. o sistema adotado implicou num desperdício de vidas e gerações, especialmente homens jovens, negros e latinos, todos altamente selecionáveis pelo sistema.

A reforma do sistema, assim, tornou-se imprescindível o que levou à busca por alternativas (*diverse correctional systems*), através de métodos mais baratos e eficazes. Estudos acerca do tema passaram a sugerir, então, duas linhas de atuação, que consistem basicamente em: *managing prison admission* e *adjusting lenght of stay*³⁰¹. Em suma, era preciso filtrar melhor a entrada das pessoas no sistema e controlar o seu período de permanência. Isso implicou, em termos práticos, na revisão de diversos institutos e práxis.

²⁹⁹ MATTHEWS, Roger *Ob. Cit.* p. 27.

³⁰⁰ THE PEW CHARITABLE TRUSTS. *Research and analysis. One in 100: behind bars in America.* Washington, 2008. Disponível em: <http://www.pewtrusts.org/~media/Imported-and-Legacy/uploadedfiles/pes_assets/2008/one20in20100pdf.pdf>. Acesso em 29. jun. 2014.

³⁰¹ *Ibidem.*

Quanto à primeira linha de atuação, passou-se a uma tolerância maior quanto a revogação de benefícios (*parole e probation*), uma vez que cerca de 1/3 dos presos retornaram por simples descumprimentos de regras técnicas como, por exemplo, não ter sido encontrado em casa ou ser pego em testes positivos para consumo de álcool e/ou drogas. Nestas hipóteses, desenvolveram-se ações alternativas à pura e simples revogação do benefício, como advertências, encaminhamento para programas de dependência e extensão do período sob prova. Deste modo, buscava-se reservar o instituto da prisão para hipóteses realmente excepcionais como, por exemplo, casos de crimes violentos.

Com relação a segunda linha de atuação, primeiramente se fazia necessária uma cruzada contra as sentenças fixas, que eram duplamente prejudiciais: ao sistema, que permanecia por longo tempo com o encarcerado, e ao próprio interno, que não tinha qualquer expectativa de saída no curso prazo. Além disso, procedeu-se a um encurtamento das penas de prisão por meio de programas de reabilitação como, por exemplo, ingresso voluntário em tratamento para dependência química e/ou frequência a cursos ou programas educativos. O objetivo era atacar a razão do problema, evitando-se o que se passou a denominar de círculo do crime, pois o vício acabava levando a pessoa à prática de diversos outros delitos.

A mudança de visão foi levada para o próprio Poder Judiciário, que se reestruturou, como no caso dos juízos criminais especializados no combate às drogas, que tiveram a competência alterada para de saúde pública, mudando-se, pois, o foco para o tratamento e não mais para a punição, competência esta não restrita ao delito de uso, mas sim ao usuário, independentemente do crime praticado.³⁰²

Vale à pena mencionar que o próprio órgão-símbolo do endurecimento penal, a *Sentencing Commission*, propôs, ainda no ano de 2007, ao Congresso Nacional norte-americano a revisão das penas relativas aos crimes de drogas e, especialmente, o tabelamento especial do crack (1:100), como discorre Quirós:

[...] en el 2007 el cuarto informe de la Comisión sobre la política de determinación de las penas en materia de cocaína propuso una nueva enmienda o modificación en las Directrices, para aliviar las penalidades impuestas al crack, que consideró desproporcionadas. Primero, se estableció que estaría vigente para delitos futuros y, luego de un intenso debate de 30 días en el que participaron distintos sectores, extendió sus efectos autorizando una aplicación retroactiva. También se expresó el

³⁰² THE PEW CHARITABLE TRUSTS. *Research and analysis. One in 100: behind bars in America.* Washington, 2008. Disponível em: <http://www.pewtrusts.org/~media/Imported-and-Legacy/uploadedfiles/pcs_assets/2008/one20in20100pdf.pdf>. Acesso em 29.jun.2014

deseo de que el Congreso, de acuerdo don sus atribuciones exclusivas, modificara las leyes que imponían altísimas penas obligatorias para estos casos.³⁰³

As medidas, contudo, foram aprovadas pelo Congresso apenas em 2010, tendo o Presidente Obama sancionado a lei em 3 de agosto do mesmo ano, no que ficou conhecido como o *Fair Sentencing Act*. Em síntese, houve uma redução na equivalência da cocaína pura para o crack (de 100:1 para 18:1) e a extinção das *mandatory minimum sentences* de 5 anos de prisão para a posse de drogas. Posteriormente, em novembro de 2010, reconheceu-se a aplicação retroativa desta norma penal mais benéfica. A este respeito, ponderou Quirós:

Poco más tarde, en 2009, el mismo presidente Obama se quejó explícitamente de la disparidad de penas que la relación 1 a 100 entrañaba. A través de la Fair Sentencing Act de 2010, sancionada durante su mandato, el Congreso redujo las penas de los delitos de crack al establecer una nueva ratio, de 1 a 18 (más moderada pero todavía cuestionable criterio de muchos) y eliminó las penas mínimas obligatorias a cinco años de prisión, por simple tenencia (aunque las penas mínimas continúan para delitos de mayor gravedad) y dio amplias facultades a la Comisión para la revisión y enmienda de las Directrices, a efectos de dar cuenta de agravantes y atenuantes específicas en ciertos delitos de drogas juzgados por el ordenamiento federal. [...]

En noviembre de 2010 se promulgó de forma adicional al Manual el ‘Suplement to the 2010 Guidelines Manual’ y se decidió que estas enmiendas serían aplicadas retroactivamente.³⁰⁴

Outras medidas de ordem prática também já foram implementadas, sem qualquer impacto com os índices de criminalidade. No particular das drogas, por exemplo, importante o avanço no movimento de descriminalização do consumo, que já conta com quatro estados em que o cultivo e a posse até aproximadamente 200g de maconha foram legalizados (Oregon, Colorado, Alasca e Washington), o que não deixa de ser um avanço significativo considerando o movimento iniciado em 1973 com as “*Rockefeller Drug Laws*” que previam penas que variavam de um mínimo de 15 anos a prisão perpétua para o indivíduo, mesmo primário, que estivesse na posse de até 113g de substância ilegal³⁰⁵. Já há o registro, inclusive, de pequenas cidades que decidiram disputar mercado com a iniciativa privada, como o município de North Bonneville, em Oregon, que inaugurou sua própria loja comercial, revertendo as receitas para o orçamento local.³⁰⁶

³⁰³ QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del castigo: Ob. Cit*, p. 147.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 147.

³⁰⁵ OREGON É O 4º ESTADO DOS EUA A LIBERAR A MACONHA RECREATIVA. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 02.jul.2015. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,oregon-e-o-4o-estado-dos-eua-a-liberar-a-maconha-recreativa,-1718045>>. Acesso em 08. jul. 2015.

³⁰⁶ WASH. TOWN OPENS FIRST GOVERNMENT-RUN MARIJUANA STORE. **USA today**, Washington, 09.mar.2015. Disponível em: <<http://www.usatoday.com/story/news/nation/2015/03/09/washington-town-pot-shop/24660263/>>. Acesso em 08. jul. 2015.

Sob um viés comparativo, organismos não-governamentais têm auxiliado as autoridades na busca por alternativas ao atual modelo ou, ao menos, por reformas que o tornem menos indigno. Neste contexto, o *Vera Institute of Justice*, por exemplo, selecionou em 2013 diversas autoridades do sistema de justiça criminal dos EUA (juízes, promotores, defensores públicos, diretores de presídios, etc), de pelo menos três estados dentre os inscritos no projeto (Colorado, Geórgia e Pennsylvania), com vistas a conhecer, adaptar, implementar e difundir boas práticas europeias, mais especificamente da Alemanha e da Holanda. A experiência resultou no relatório “*Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: implications for the United States*”.³⁰⁷

No aspecto da maioria penal, outra questão sensível e que enseja uma série de debates, importante consignar que o atual governador do estado de Nova Iorque, Andrew Cuomo, apresentou ao legislativo local uma proposta consistente em aumentar a imputabilidade de 16 para 18 anos. Na justificativa para o seu projeto, o político relata que os presos mais jovens sofrem cinco vezes mais agressões sexuais e são duas vezes mais violentados pelos agentes de custódia, em comparação com os internos adultos. Além disso, a taxa de suicídio dentre os presos menores de 18 anos é oito vezes superior à média da população reclusa adulta. Ademais, consigna que há uma seletividade na atuação policial, correspondendo os jovens negros a 82% do total de menores de 18 anos encarcerados.³⁰⁸

Ainda no particular do estado de Nova Iorque, boas iniciativas vem sendo implementadas. A partir de 1º de julho de 2001, por exemplo, foi instituído um programa denominado *Alternative to Incarceration* (ATI). Trata-se de um conjunto de inovações concebidas com o objetivo de tornar mais criteriosa a admissão de presos, especialmente os provisórios e, em alguns casos, reduzir o quantitativo de condenados definitivamente. Dentre as medidas, destaca-se o programa de saúde mental, que busca identificar os casos de doença evitando que estes indivíduos permaneçam encarcerados até o julgamento, dando-lhes, assim, um encaminhando prévio com foco no tratamento, inclusive quanto aos dependentes químicos. Neste tanto, aliás, o paciente judiciário pode optar livremente pelo tratamento ao invés da custódia, com direito a detração. Outra iniciativa importante consiste na ampliação das possibilidades de prestação de serviços comunitários, também como alternativa ao

³⁰⁷ VERA INSTITUTE OF JUSTICE. *Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands*. Disponível em: <<http://www.vera.org/pubs/sentencing-prison-germany-netherlands>>. Acesso em 08. jul. 2015.

³⁰⁸ NEW YORK STATE. *News. Governor Cuomo Calls on Legislature to Raise the Age of Criminal Responsibility This Session*. Nova Iorque, 2015. Disponível em: <<https://www.governor.ny.gov/news/governor-cuomo-calls-legislature-raise-age-criminal-responsibility-session>>. Acesso em 08. jul. 2015.

encarceramento. Há, ainda, um esforço conjunto com o *Public Defender's Office* no sentido de conferir assistência jurídica aos presos, até mesmo com vistas a selecionar previamente aqueles que teriam o perfil para inserção em programas alternativos.³⁰⁹

No âmbito do Poder Judiciário, outra iniciativa de destaque é registrada por Wilson, que integrou uma comitiva inglesa para conhecer bons projetos nos EUA. Trata-se da “*Red Hook Community Justice Center*”, inaugurada em 2000, no bairro de Red Hook, próximo ao Brooklin. A iniciativa encontra-se sob a supervisão do sistema de justiça, mais especificamente do juiz Alex Calabrese. A proposta é proporcionar um incremento na qualidade de vida dos cidadãos, auxiliando-os na solução de conflitos do dia-a-dia, desde violência doméstica e envolvimento com drogas, a rivalidades entre gangues juvenis e inadimplemento de aluguel. Trata-se, portanto, de um plano de ação multi-jurisdicional, abrangendo questões civis, criminais e familiares. Em um estilo informal, o *staff* faz encaminhamentos e acompanha de perto a situação dos envolvidos. Segundo o magistrado-coordenador, no âmbito da jurisdição comum, só haveria espaço para decisões e prisões. No contexto do programa, entretanto, não se trata de dar uma ou duas chances a alguém, mas sim de se resolver efetivamente o problema, ainda que persistente. Os resultados se mostram interessantes, havendo o registro de queda de mais de 60% nas taxas de criminalidade da região. A título exemplificativo, houve 12 homicídios no bairro em 1995, enquanto em 2013 não houve o registro de nenhum fato. Com a mesma filosofia, houve a implementação de programas similares, como o *Screening and Treatment Enhancement Part – STEP*, do *Brooklyn Criminal Court*, que oferece encaminhamento e tratamento para dependentes químicos e condenados pela Justiça por crimes sem violência, com envolvimento com drogas, numa iniciativa do Judiciário local, sob a supervisão de outro magistrado³¹⁰. Ambos os modelos alternativos de justiça (“*community court*”), de fato, se inserem em um amplo programa denominado *Center for Court Innovation*, que conta, atualmente, com outros projetos similares como o *Brownsville Community Justice Center*, o *Harlem Community Justice Center*, o *Midtown Community Court*, o *Newark Community Solutions* e o *Bronx*

³⁰⁹ NEW YORK STATE. *Division of Criminal Justice Services. ALTERNATIVE TO INCARCERATION (ATI) PROGRAMS*. Nova Iorque, 2001. Disponível em: <http://www.criminaljustice.ny.gov/opca/ati_description.htm>. Acesso em 05. jul. 2015.

³¹⁰ WILSON, David. *Pain and retribution: Ob. Cit*, p. 202.

Community Solutions, tendo este último sido agraciado como uma das maiores iniciativas no âmbito do sistema de justiça criminal norte-americano pelo *U.S. Department of Justice*³¹¹.

Mais recentemente, em outubro de 2009, o estado de Nova Iorque aprovou uma reforma na legislação penal relacionada às drogas (*Drug Law Changes/Reform*), basicamente revogando as *mandatory sentences*, reduzindo a pena mínima para casos de reclusão (já agora em 2 anos) e ampliando a discricionariedade dos magistrados na apreciação de cada caso, podendo valer-se de encaminhamento para tratamento ao invés da prisão. Após um ano da edição da lei, o estado noticiou que aproximadamente 1000 casos de envolvidos com drogas foram apreciados pelo judiciário local, tendo sido condenados 300, enquanto outros 700 foram encaminhados para programas alternativos, inclusive de recuperação. Ademais, outros 327 sentenciados em definitivo tiveram seus processos reanalisados, com liberação em troca de inserção em programas alternativos.³¹²

Por fim, vale à pena mencionar que o *Department of Correction* da cidade de Nova Iorque, em 8 de julho de 2015, anunciou, com base em experiências em outros estados (Oregon, Washington e Kentucky), que estaria praticamente abolindo a exigência de recolhimento de fiança para aqueles presos sem recursos financeiros³¹³. Além disso, outras iniciativas merecem referência como o pedido de clemência *on line* a favor dos internos, à disposição de qualquer interessado, instituído em 31 de dezembro de 2014³¹⁴. E os resultados vem aparecendo, tendo o estado de Nova Iorque atingido o seu ápice de reclusão em 2006, com 95.000 presos, distribuídos em 54 unidades prisionais, contando, já agora, com aproximadamente 77.000, representando uma queda de quase 20%, sem qualquer impacto nos índices de criminalidade.³¹⁵

No plano federal, encontra-se em análise um estudo de dezenas de processos envolvendo condenações por crimes relacionados a drogas, inclusive com penas de prisão

³¹¹ CENTER FOR COURT INNOVATION. *Community Court*. Nova Iorque, 2015. Disponível em <<http://www.courtinnovation.org/topic/community-court>>. Acesso em 25.jun.2015.

³¹² NEW YORK STATE. *Division of Criminal Justice Services. Drug Law Reform Series: Preliminary Impact of 2009 Drug Law Reform (October 2009 – September 2010)*. Nova Iorque, 2010. Disponível em: <<http://criminaljustice.ny.gov/drug-law-reform/documents/interim-drug-law-reform-update-10-07-2010.pdf>>. Acesso em 05. jul. 2015.

³¹³ NEW YORK CITY TO RELAX BAIL REQUIREMENTS FOR LOW-LEVEL OFFENDERS. *The New York Times*. Nova Iorque, 8. jul. 2015. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2015/07/09/nyregion/new-york-city-introduces-bail-reform-plan-for-low-level-offenders.html>>. Acesso em 11. jul. 2015.

³¹⁴ NEW YORK STATE. *Division of Criminal Justice Services. Apply for Clemency*. Nova Iorque, 2014. Disponível em <<https://www.ny.gov/services/apply-clemency>>. Acesso em 05. jul. 2015.

³¹⁵ NEW YORK STATE. *Commission of Corrections. Inmate Population Statistics*. Disponível em: <<http://www.scoc.ny.gov/pop.htm>>. Acesso em 05. jul. 2015.

perpétua, que deverão ser objeto de clemência ou comutação por parte do presidente Barack Obama, que pretende conceder o maior número de indultos da história dos EUA³¹⁶. Estatisticamente, considerando apenas as administrações mais recentes, Ronald Reagan concedeu 393 sentenças de indulto e 13 de comutação; George Bush (pai), deferiu 74 indultos e 3 comutações; William Clinton decretou 396 indultos e 61 comutações; e George Bush (filho) autorizou 189 indultos e 11 comutações.³¹⁷

Mais recentemente, em 14 de julho de 2015, o presidente Barack Obama noticiou, na abertura da 106^a edição da conferência anual da mais antiga entidade de defesa dos direitos humanos nos EUA, *National Association for the Advancement of Colored People - NAACP*, que, em um entendimento suprapartidário, unindo democratas e republicanos, lançaria as bases para uma reforma no sistema de justiça criminal ainda no ano de 2015, tendo como pontos fundamentais a revogação das *mandatory sentences* e uma revisão no modelo de fixação de penas denominado *guidelines*. Simbolicamente, a iniciativa teve início com o anúncio da primeira inspeção prisional realizada por um presidente dos EUA na história, que deverá ocorrer em 16 de julho de 2015, na unidade federal de El Reno, em Oklahoma³¹⁸. E, no mesmo evento, o ex-presidente Bill Clinton assumiu publicamente o equívoco quanto às medidas penais de endurecimento sancionadas na sua gestão, conhecidas como *Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994*, reconhecendo que tais inovações contribuíram, significativamente, para o atual quadro do modelo punitivo norte-americano³¹⁹.

Concretamente, a proposta encontra-se consubstanciada no *House's Safe, Accountable, Fair and Effective Justice Act – SAFE*, em trâmite no Congresso norte-americano. Em síntese, o projeto reforma as *mandatory sentences* e as *guidelines*, outorgando ao juiz maior flexibilidade na análise dos casos concretos. Além disso, as penas perpétuas ficariam restritas àqueles sentenciados mais perigosos e importantes, como no caso dos líderes de quadrilhas e tráfico de drogas. No mais, haveria a possibilidade de se comutar a pena de prisão e tratamento para dependência química, criando-se, outrossim, júzos especializados

³¹⁶ *OBAMA PLANS BROADER USE OF CLEMENCY TO FREE NONVIOLENT DRUG OFFENDERS*. *New York Times*. Nova Iorque, 03. jul. 2015. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2015/07/04/us/obama-plans-broader-use-of-clemency-to-free-nonviolent-drug-offenders.html>>. Acesso em 09. jul. 2015.

³¹⁷ *DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of the Pardon Attorney. Clemency statistics*. Washington, 2015. Disponível em: <<http://www.justice.gov/pardon/clemency-statistics>>. Acesso em 09. jul. 2015.

³¹⁸ *WHITE HOUSE. Home. President Obama Addresses the NAACP's 106th National Convention*. Washington, 2015. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2015/07/14/president-obama-addresses-naacps-106th-national-convention>>. Acesso em 14. jul. 2015.

³¹⁹ *BILL CLINTON SAYS HE MADE MASS INCARCERATION ISSUE WORSE*. *CNN*, Washington, 15.jul.2015. Disponível em <<http://edition.cnn.com/2015/07/15/politics/bill-clinton-1994-crime-bill/>>. Acesso em 16.jul.2015.

quanto ao tema. Por fim, há a previsão de uma ampla reforma estrutural na parte de assistência à saúde e educacional, mediante ampliação de vagas e concessão de subsídios federais³²⁰.

No campo acadêmico, relativamente a outras propostas, Tonry sugere a criação de carreiras de estado para o Judiciário e para os órgãos de persecução penal, de modo que suas atuações não estejam vinculadas à opinião pública ou mesmo a eventual aprovação eleitoral. Ainda, sugere o autor o fortalecimento das *Sentencing Commissions* como órgãos autônomos e independentes, com corpo de funcionários interdisciplinar e qualificado, nos moldes de sua proposta inicial com Frankel, equidistante dos fatos e da opinião pública, estendendo suas atribuições para outros institutos penais como a *probation*, a *parole* e o *pardon*.³²¹

Simon, por outro lado, sugere a adoção de técnicas alternativas de resolução de conflitos, como a “*truth and reconciliation*”, em destaque na Alemanha, além de entender imprescindível a criação de comissões autônomas de investigação à tortura nas prisões, como ocorreu na comunidade europeia, nos moldes da *Committee for the Prevention of Torture*, que tem a prerrogativa de acesso a qualquer estabelecimento prisional europeu, relativamente aos países membros, para avaliação e investigação.³²²

Como se constata, trata-se de um amplo movimento de crítica e reforma penal, fruto de um amadurecimento gradativo no bojo de todos os poderes. Assim, inobstante ainda exista um longo caminho a se percorrer, de modo a reverter a atual situação, é possível identificar ao menos uma nova tendência no campo punitivo, em nível federal e em alguns estados norte-americanos, conquanto não se possa falar, ainda, em superação do modelo repressivo.

4.2 As Novas Tendências do Modelo Punitivo na Califórnia

O primeiro esforço do estado na superação do modelo então vigente ocorreu com a edição, em 1º de julho de 2001, do *Substance Abuse and Crime Prevention Act*, fruto da

³²⁰ CONGRESS. *H.R.2944 - Sensenbrenner-Scott SAFE Justice Reinvestment Act of 2015*. Washington, 2015. Disponível em <<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2944/text#toc-H0A24621948B54E4491AFCA8EA31481DE>>. Acesso em 17.jul.2015.

³²¹ MICHAEL, Tonry. *Thinking about crime: sense and sensibility in american penal culture*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

³²² SIMON, Jonathan. *Mass incarceration on trial: Ob. Cit*, p. 169.

Proposition 36, aprovada pela população no ano anterior. Basicamente, a iniciativa consistia no oferecimento a infratores de menor potencial ou crimes não-violentos de tratamento para dependência química ou álcool como alternativa à prisão, havendo a extinção do processo em caso de conclusão da medida. Neste ínterim, estima-se que aproximadamente 35.000 indivíduos participem do programa anualmente. A medida acabou estendida aos criminosos já condenados e em regular cumprimento da pena no ano de 2006.³²³

Já em 2007, editou-se o *Public Safety and Offender Rehabilitation Services Act*, tendo-se destinado aproximadamente U\$ 7,7 bilhões ao sistema correicional, para reestruturação física das unidades e aquisição de material básico, como centenas de camas que faltavam. Além disso, parte do montante devia ser destinado a experiências que evitassem a reincidência, como programas de reabilitação.³²⁴

No mais, até mesmo por força da determinação de primeira instância, confirmada pela Suprema Corte (Caso *Brown v. Plata*), foi realizado um esforço conjunto, interinstitucional, denominado *California's Public Safety Realignment Act*, em 2011. O objetivo do pacto (*Realignment*) era implementar as determinações judiciais, sem causar impactos nos índices de criminalidade, privilegiando alternativas não-detentivas para os casos não graves (*non-serious, non-violent, non-sex registrant*), como inserção em trabalhos comunitários ou acompanhamento por equipes especializadas em tratamento para dependência química.

Paralelamente ao *Realignment*, o estado da Califórnia elaborou um plano de ação denominado *Blueprint*, discorrendo acerca das estratégias para bem administrar o sistema penitenciário local, garantindo os direitos básicos dos internos e, ao mesmo tempo, reduzindo o impacto fiscal. A proposta de ação, intitulada *The Future of California Corrections: a Blueprint to Save Billions of Dollars, End Federal Oversight, and Improve the Prison System*, possui, em síntese, os seguintes objetivos³²⁵:

- ❖ **redução dos gastos previstos na lei orçamentária com o custeio do sistema prisional:** segundo o referido programa, há 30 anos o gasto com o sistema prisional era de 3% do orçamento estadual, sendo que no ano fiscal de 2008-2009 atingiu-se 11%. O objetivo é estabilizá-lo em 7,5% para o ano fiscal de 2015-2016,

³²³ DANSKY, Kara. *Ob. Cit.*

³²⁴ *Ibidem.*

³²⁵ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *The Future of California Corrections: A Blueprint to Save Billions of Dollars, End Federal Oversight, and Improve the Prison System*. Disponível em: <<http://www.cdcr.ca.gov/2012plan/docs/plan/2pg-Highlights.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

após a implementação total do *Realignment*. Em números absolutos, isso representaria uma economia estimada de US\$ 1,5 bilhão por ano;

- ❖ **implementar um nível considerável de qualidade de assistência à saúde aos internos, evitando inclusive as despesas decorrentes de condenações judiciais por negligência;**
- ❖ **focar a reabilitação do condenado como meio de reduzir os índices de reincidência e os custos atrelados à criminalidade.** Uma das principais estratégias neste aspecto consiste em oferecer tratamento para dependência química aos presos, como forma de interromper o círculo criminoso; e
- ❖ **proceder a melhorias estruturais no sistema e qualificar o corpo operacional das prisões.** Neste ponto, com um número cada vez menor de internos, pretende-se melhorar a qualificação dos funcionários que atuam no sistema, além de proporcionar uma melhor forma de zelar pela integridade física dos presos, inclusive através de separações por nível de periculosidade ou pertencimento a “*gangues*” rivais.

Decorrido um ano de sua implementação, em 1º de outubro de 2011, o *California Department of Corrections and Rehabilitation* divulgou um relatório denominado *Realignment Report: An Examination of Offenders Released from State Prison in the First Year of Public Safety Realignment*³²⁶. Neste estudo, examinou-se o impacto da mudança de paradigma no sistema prisional local e nos índices de criminalidade. Inicialmente, consignou-se que o custo estimado de cada interno no estado supera US\$ 51 mil por ano. Quanto ao perfil da massa carcerária, 32,5% dos internos estavam detidos por crimes contra o patrimônio, 28,1% por crimes contra a pessoa (o que inclui o delito de roubo) e 26,6% relacionados às drogas. No período pós-*realignment*, a realidade já se mostra alterada: 31,5% por crimes contra a pessoa (incluído o delito de roubo), 30,3% por crimes contra o patrimônio e 26,6% relacionados às drogas. No mais, comprovou o estudo que aproximadamente 90% dos infratores não tinham qualquer relação com crimes sexuais.

Especificamente quanto à severidade da *Three-Strikes Law*, de 1994, a população da Califórnia aprovou, por mais de 70% dos votos, a *Proposition 36*, em 2012, condicionando a

³²⁶ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *The Cornerstone of California's Solution to Reduce Overcrowding, Costs, and Recidivism*. Disponível em: <<http://www.cdcr.ca.gov/realignment>>. Acesso em 01. jun. 2015.

aplicação da sanção perpétua apenas quando da prática de uma segunda infração de natureza grave, ou seja, quando houvesse violência ou grave ameaça, o que foi filtrou novas entradas e resultou na concessão de liberdade com benefícios a milhares de sentenciados, valendo à pena o registro de que idêntica proposta já havia sido rejeitada no ano de 2004, consubstancia na *Proposition 66*.³²⁷

Ademais, uma outra importante inovação, bem mais recente, foi a *Proposition 47*, aprovada em 4 de novembro de 2014³²⁸. Em suma, a proposta legislativa reclassificava certos crimes como porte de pequena quantidade de droga, receptação e furto a infrações de menor potencial, estendendo-lhes benesses penais de forma a evitar o encarceramento. A medida, aliás, aplicava-se, inclusive, retroativamente, facultando-se aos internos já condenados o peticionamento para a análise judicial destes direitos.³²⁹

Merece destaque, ainda, a notícia de que o estado vem privilegiando a redução do quantitativo de presos em regime de isolamento total, em suas prisões de segurança máxima denominadas *Security Houses Unit - SHU*. Com efeito, no início de 2014, a Califórnia possuía 9.800 presos distribuídos em suas quatro unidades especiais, tendo operado uma redução para 8.700, em junho de 2015. De fato, há o registro de que apenas a *Pelican Bay*, símbolo das “*supermax*” nos EUA contava com mais de 500 apenados em 2014, possuindo, em 2015, cerca de 80.³³⁰

Mais recentemente, o CDCR divulgou um relatório acerca dos mais atuais índices de reincidência no estado. Segundo o estudo, intitulado *2014 - Outcome Evaluation Report*, a taxa de reingresso nas unidades prisionais do estado atingiu 54,3%, com referência aos condenados colocados em liberdade no período de 2009-2010. Trata-se, pois, de uma melhora significativa, uma vez que o referido índice já chegou a 67,5% para as solturas referentes aos anos 2005-2006. Outro dado importante, noticiado pelo estudo, revela que o índice de

³²⁷ CALIFORNIA GENERAL ELECTIONS. *Proposition three strikes law. Repeat felony offenders. Penalties. initiative statute. Proposition 36*. Disponível em: <<http://vig.cdn.sos.ca.gov/2012/general/pdf/36-title-summary-analysis.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

³²⁸ Idem. *Criminal Sentences. Misdemeanor Penalties. Initiative Statute. Proposition 47*. Disponível em: <<http://vig.cdn.sos.ca.gov/2014/general/pdf/proposition-47-title-summary-analysis.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

³²⁹ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *Public and Employee Communications. Proposition 47: What you need to know*. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/news/Proposition_47.html>. Acesso em 01. jun. 2015.

³³⁰ STATE PRISONS ARE RELYING LESS ON SOLITARY CONFINEMENT AS PUNISHMENT. *Los Angeles Times*. Los Angeles, 12. jul. 2015. Disponível em: <<http://www.latimes.com/local/politics/la-me-ff-pol-solitary-confinement-20150713-story.html>>. Acesso em 13. jul. 2015.

reincidência criminal, relativamente aos internos que participaram de algum programa de reabilitação para dependência química, foi de apenas 21%.³³¹

O conjunto de iniciativas, como se pode observar, vem não apenas revertendo o caráter eminentemente retributivo e incapacitante da pena, com diversas medidas preocupadas com a recuperação do indivíduo, como reduzindo significativamente o quantitativo de presos, que em 2006 chegou a 172.300 pessoas, para um total aproximado de 80.000 vagas.

4.3 Os Números Recentes do Sistema Carcerário e o Impacto das Iniciativas nos Índices de Criminalidade

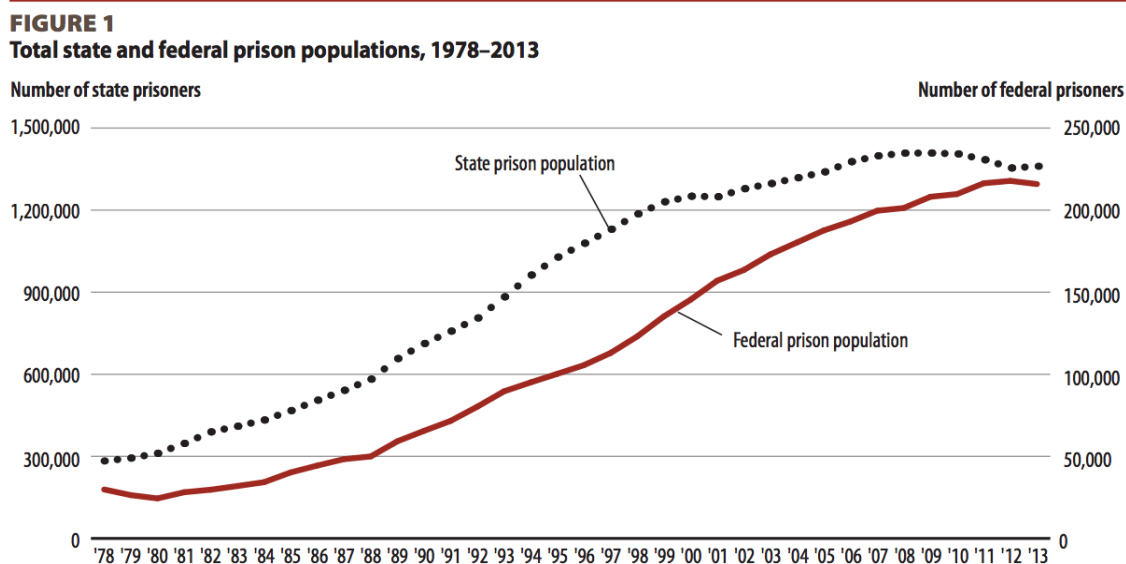
Com a implementação de novas medidas de flexibilização do modelo punitivo, muitas vezes com o aval do Poder Judiciário, os resultados começaram a aparecer, como a queda da população carcerária, a partir de 2010, sem que houvesse, ao que tudo indica, qualquer impacto nos índices de criminalidade. Trata-se, assim, de uma nova realidade produzida à luz de iniciativas pontuais implementadas por alguns estados, com mais consistência a partir do ano 2000, no que, ainda, não se pode denominar propriamente de uma reforma penal. Os resultados, evidentemente, são em número pequeno, tendo aparecido, em sua grande maioria, entre os anos de 2014 e 2015.

De fato, em números absolutos, a população carcerária americana atingiu 1.938.500 pessoas em 2000 e saltou para 2.195.000 em 2005. A partir do ano de 2010, já com 2.270.100 presos, o decréscimo passou a ser lento mas significativo, chegando a 2.240.600 presos em 2011 e 2.228.400 em 2012³³². Em 2013, o *Bureau of Justice Statistics – BJS* constatou um ligeiro aumento no número de condenados em presídios estaduais, embora o quantitativo de presos em cadeias municipais e no plano federal tenha decrescido. O quadro abaixo, extraído

³³¹ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *CDCR Today*. **California's Return-to-Prison Rate Falls for the Fourth Straight Year to 54.3 percent. Offenders who receive substance abuse treatment are dramatically less likely to return to prison.** Disponível em: <<http://cdcrtoday.blogspot.com.br>>. Acesso em 13. jul. 2015.

³³² US DEPARTMENT OF JUSTICE. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Correctional Populations in the United States. 2012.* Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4843>>. Acesso em 29. jun. 2014.

do informe *Prisoners 2013*³³³, divulgado em 30 de setembro de 2014, bem sintetiza a nova realidade carcerária nos EUA:



Neste último informe, noticiou-se que houve um aumento de 0,5% no número de presos estaduais, ou mais especificamente 6300 em números absolutos, relativamente ao ano anterior (2012). Em contrapartida, pela primeira vez desde 1980, a população carcerária federal diminuiu em quase 2000 reclusos no mesmo período comparativo (2012-2013).

Por outro lado, o informe oficial denominado *Correctional Populations in the United States - 2013*, divulgado em dezembro de 2014, identificou que a população submetida a controle penal nos EUA atingiu seu ápice em 2010, com mais de 7 milhões de pessoas, considerados os indivíduos encarcerados e em *parole* ou *probation*.³³⁴

Especificamente com relação aqueles indivíduos encarcerados, o quantitativo neste ano atingiu mais de 2 milhões e 279 mil presos, enquanto os submetidos a probation eram mais de 4 milhões e a parole mais de 840 mil pessoas. No ano seguinte, contudo, o quadro começa a ser alterado. De fato, já a partir 2011 a população submetida a controle penal nos EUA passa para 6 milhões e 990 mil, enquanto o quantitativo de presos decresce para pouco mais de 2 milhões e 252 mil. Em 2012, a queda se acentuou, atingindo-se um quantitativo total de 6 milhões e 940 mil, sendo 2 milhões e 231 mil de presos. Finalmente, em 2013, o número de pessoas sob a tutela penal estatal atinge 6 milhões e 899 mil, sendo 2 milhões e 220 mil de

³³³ US DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. *Prisoners, 2013*. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p13.pdf>>. Acesso em 29. jun. 2014.

³³⁴ Idem. *Correctional Populations in the United States. 2013*. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus13.pdf>>. Acesso em 01. dez. 2014.

indivíduos em segregação de liberdade. O quadro abaixo, extraído do informe oficial, bem sintetiza esta evolução:

TABLE 1
Estimated number of persons supervised by adult correctional systems, by correctional status, 2000, 2005, and 2010–2013

Year	Total correctional population ^a	Community supervision			Incarcerated ^b		
		Total ^{a,c}	Probation	Parole	Total ^a	Local jail	Prison
2000	6,467,900	4,565,100	3,839,500	725,500	1,945,400	621,100	1,394,200
2005	7,055,800	4,946,800	4,162,500	784,400	2,200,400	747,500	1,525,900
2010	7,088,500	4,887,900	4,055,500	840,700	2,279,100	748,700	1,613,800
2011	6,990,400	4,814,200	3,971,300	853,900	2,252,500	735,600	1,599,000
2012	6,940,500	4,781,300	3,942,800	851,200	2,231,400	744,500	1,570,400
2013	6,899,000	4,751,400	3,910,600	853,200	2,220,300	731,200	1,574,700

Em um contexto mais amplo, um recente estudo divulgou um minucioso relatório reconhecendo que após 40 anos de crescimento da população carcerária, nos últimos 5 anos, pelo menos 29 estados americanos conseguiram, através de reformas em suas políticas públicas de segurança, reduzir não apenas o quantitativo de presos como, também, o seu índice de criminalidade. O Estado da Califórnia, por exemplo, reduziu seu contingente total de encarceramento em 17%, seguido de outros Estados como Massachusetts (15%), Nova Jersey (14%) e Nova York (13%).³³⁵

Especificamente com relação ao estado da Califórnia, a situação, de fato, reflete a tendência nacional. Como visto anteriormente, segundo o relatório oficial *Correctional Population in the United States*, divulgado pelo *Bureau of Justice Statistics – BJS*, em dezembro de 2013, a população confinada em penitenciárias do estado da Califórnia correspondia a **168.000**, em **2005**, tendo atingido seu ápice no ano de **2006**, com **172.300** presos³³⁶, o que ensejou, como já abordado, o decreto de emergência no sistema local por parte do então governador.

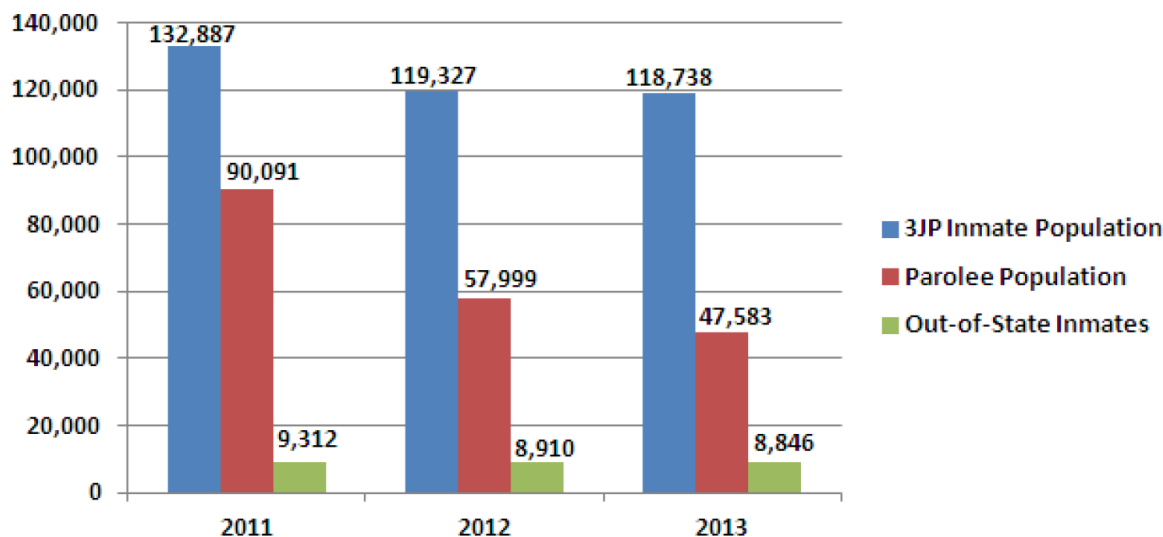
E, segundo o *CDCR*, o estado da Califórnia possuía, em 31 de dezembro de 2008, apenas em suas penitenciárias, mais de 170.000 pessoas, segundo o relatório oficial anual de 2009³³⁷. A situação, de fato, começou a inverter-se a partir de 2008, como bem demonstra o relatório oficial do *BJS*, com quedas significativas e constantes na população penitenciária estadual até atingir 132.900 encarcerados em 2011, ano em que se procedeu à discussão do

³³⁵ *THE PEW CHARITABLE TRUSTS. Press Releases. US prison count continues to drop.* Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.pewtrusts.org/en/about/news-room/press-releases/2013/03/08/us-prison-count-continues-to-drop>>. Acesso em 30. jun. 2014.

³³⁶ *US DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Correctional Populations in the United States. 2012.* Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4843>>. Acesso em 01. jun. 2015.

³³⁷ *CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. CDCR Annual Reports. The Year in Accomplishments, 2009.* Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/News/Press_Release_Archive/2009_Press_Releases/docs/CDCR_Annual_Report.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

Caso *Brown v. Plata* pela Suprema Corte norte-americana. E a queda persistiu, tendo-se atingido, no ano de 2012, o montante de 119.327 internos e, no ano seguinte, em 2013, o quantitativo de 118.738 presos, como bem ilustra o gráfico abaixo, extraído do informe anual oficial (2013), produzido pelo CDCR³³⁸:



Finalmente, merece destaque o fato de que, em 15 de abril de 2015, o poder executivo local informou oficialmente ao Poder Judiciário o cumprimento da determinação de redução de sua população carcerária. De fato, em 8 de abril de 2015, o sistema penitenciário local havia atingido **111.863** presos, ou seja, encontrava-se operando com 135,3% de sua capacidade projetada, abaixo, portanto, do percentual estipulado no Caso *Brown v. Plata*.³³⁹

Por oportuno, vale à pena o registro de que em todo o país, estima-se a existência de 10.000 presos em unidades privadas, sendo ao todo 18 empresas especializadas na custódia de internos do sistema prisional, sendo as duas principais a *Correctional Corporation of America* - CCA e a *Wackenhut*, com aproximadamente 75% das concessões³⁴⁰. Especificamente com relação ao estado da Califórnia, em janeiro de 2015, a população carcerária local em regular cumprimento de pena em presídios privados somava 2.077 internos, localizados na unidade

³³⁸ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *CDCR Annual Reports. The Year in Accomplishments, 2013*. Disponível em <http://www.cdcr.ca.gov/Reports/docs/CDCR_2013Accomplishments.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

³³⁹ Idem. *Three-Judge Court Updates*. Disponível em: <<http://www.cdcr.ca.gov/News/docs/3JP-Apr-2015/April-2015-Status-Report.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

³⁴⁰ GLOBAL RESEARCH. *Centre for Research on Globalization. The Prison Industry in the United States: Big Business or a New Form of Slavery?* Disponível em: <<http://www.globalresearch.ca/the-prison-industry-in-the-united-states-big-business-or-a-new-form-of-slavery/8289>>. Acesso em 01. jun. 2015.

prisonal denominada *California City Correctional Facility*³⁴¹, pertencente a *Corrections Corporation of America*.

Nada obstante, há pelo menos 8.988 presos no programa denominado “*out of state prison facilities*”, distribuídos em pelo menos 4 outros estabelecimentos privados fora do estado da Califórnia, administrados pela *Correctional Corporation of America* ou pela *Wackenhut*, assim contabilizados³⁴²:

- ❖ *North Fork Correctional Facility* (Oklahoma): 2.549 presos
- ❖ *Tallahatchie County Correctional Facility* (Mississippi): 2.719 presos
- ❖ *La Palma Correctional Facility* (Arizona): 3.240 presos
- ❖ *Florence Correctional Center* (Arizona): 480 presos

Relativamente a novas admissões e retorno, o Estado da Califórnia conseguiu reduzir os percentuais para 65% e 57%, respectivamente, se considerarmos os dados dos anos 2011 e 2012³⁴³ e, importante pontuar, sem que houvesse qualquer impacto sobre o índice de criminalidade.³⁴⁴

Outras unidades federativas passaram a refletir a nova realidade punitiva e penitenciária verificada no plano federal e no estado da Califórnia. De fato, o estado de Nova York, vitrine do programa tolerância zero, diversamente do que vinha ocorrendo nos EUA entre os anos de 1997 a 2007, reduziu seu índice de encarceramento e, também, de criminalidade violenta³⁴⁵:

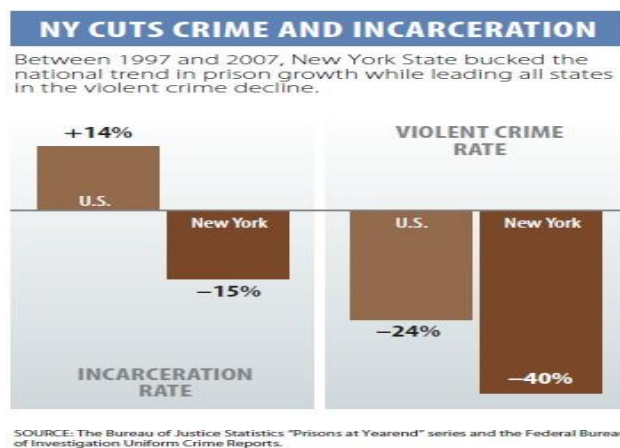
³⁴¹ CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *Population Reports*. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/Reports_Research/Offender_Information_Services_Branch/Monthly/TPOP1A/TPOP1Ad1504.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

³⁴² CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. *Out of State Prison Facilities*. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/Visitors/CA_Out_Of_State_Facilities.html>. Acesso em 01. jun. 2014.

³⁴³ US DEPARTMENT OF JUSTICE. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Prisoners in 2012: trends in admissions and releases (1991-2012)*. Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4842>>. Acesso em 29. jun. 2014.

³⁴⁴ THE PEW CHARITABLE TRUSTS. *Multimedia. States Cut Both Crime and Imprisonment*. Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.pewtrusts.org/en/multimedia/data-visualizations/2013/states-cut-both-crime-and-imprisonment>>. Acesso em 30. jun. 2014.

³⁴⁵ Idem. *Research and analysis. One in 31: the long reach of american corrections*. Washington, 2009. Disponível em: <http://www.pewtrusts.org/~media/Imported-and-Legacy/uploadedfiles/pes_assets/2009/PSPP1in31reportFINALWEB32609pdf.pdf>. Acesso em 29. jun. 2014.



Outro estudo³⁴⁶ constatou que, nos últimos 10 anos, os 19 estados americanos que reduziram a sua taxa de encarceramento, observaram, também, um decréscimo nos índices de criminalidade³⁴⁷. A inexistência de relação, assim, converge ao pensamento de Young que pondera que poucos estudiosos do tema estabeleceriam, de fato, uma consistente relação de causa e efeito entre os índices de criminalidade e as taxas de encarceramento.³⁴⁸

Mathiesen, por outro lado, com foco no plano internacional, identifica que em diversos países os índices de criminalidade têm decrescido nas últimas décadas, conquanto a taxa de aprisionamento venha registrando aumentos substanciais, não sendo mais razoável, portanto, tratar esta como consequência direta daquela, tudo a sugerir uma inexistência de relação direta entre tais variáveis.³⁴⁹

De todo modo àqueles que insistem em atribuir a queda nos índices de criminalidade a cultura de endurecimento no “combate ao crime”, Tonry relembra o caso do Canadá que, ignorando a repressiva reforma penal levada a efeito nos EUA, preservou seu modelo penal, obtendo, já agora, as mesmas taxas de delitos ou mesmo menores, como no casos das infrações graves. O mesmo exemplo do Canadá, aliás, pode ser observado por outras nações como Austrália, França e Suécia, como bem exemplifica a tabela abaixo³⁵⁰:

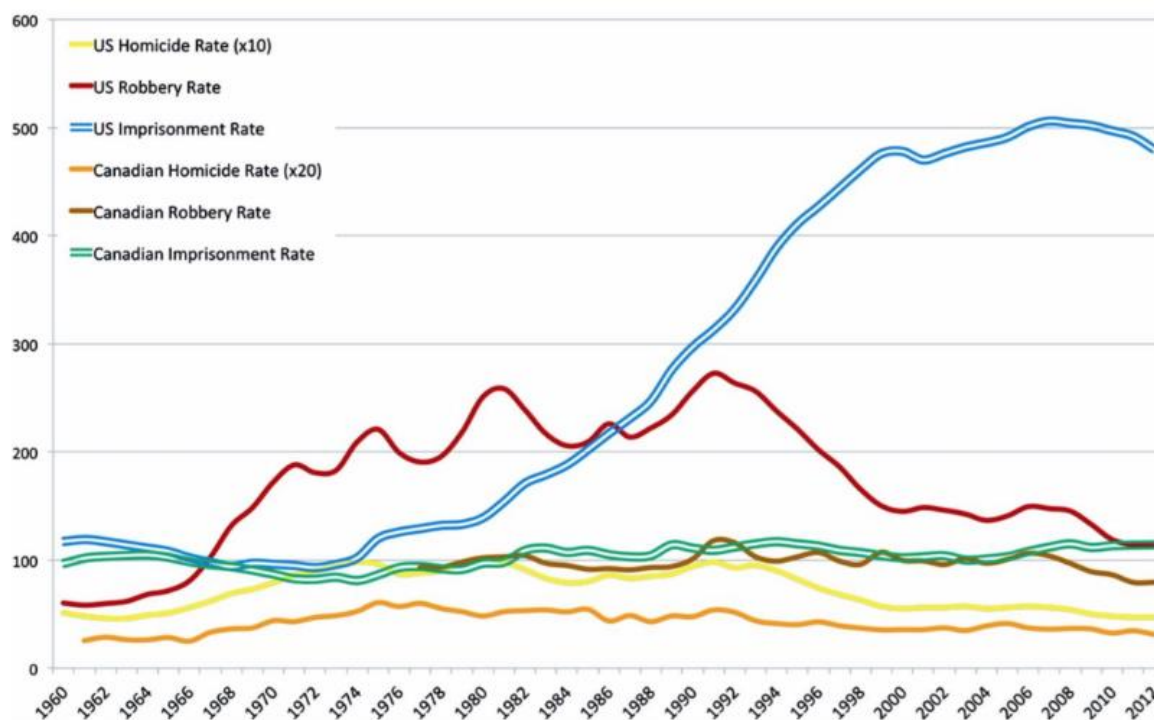
³⁴⁶ THE PEW CHARITABLE TRUSTS. *Research and analysis. State of recidivism: the revolving door of America's prisons*. Washington, 2011. Disponível em <<http://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/reports/2011/04/12/state-of-recidivism-the-revolving-door-of-americas-prisons>>. Acesso em 30. jun. 2014.

³⁴⁷ Segundo o referido estudo, são os seguintes: Alaska, California, Connecticut, Delaware, Georgia, Hawaii, Illinois, Kansas, Maryland, Massachusetts, Michigan, Nevada, New Jersey, New York, Oklahoma, South Carolina, Texas, Utah and Wisconsin.

³⁴⁸ YOUNG, Jock; MATTHEWS, Roger. *Winning the fight against crime? New Labour, populism and lost opportunities*. In *The new politics of crime and punishment*. Portland: Willan Publishing, 2003.

³⁴⁹ MATHIESEN, Thomas. *The politics of abolition revisited*. Nova Iorque: Routledge, 2015, p. 7.

³⁵⁰ TONRY, Michael. *Ob. Cit.*



Enfim, como visto anteriormente, a literatura especializada e os dados oficiais efetivamente sugerem que o endurecimento através da legislação penal e do massivo aprisionamento teria um efeito apenas relativo, ou em alguns casos nulo, nos índices de criminalidade e na segurança pública em geral.

4.4 Breves Lições dos Movimentos de Reforma Penal

Como se demonstrou nos capítulos iniciais, provavelmente nenhuma outra nação no mundo ocidental tenha se dedicado com tanto afinco para fazer funcionar o seu sistema punitivo, fazendo convergir ao sistema de justiça criminal uma quantidade significativa de recursos humanos e de dinheiro público. Assim, inicialmente, sob uma vertente eminentemente transformadora e com foco na ressocialização do indivíduo, fez-se uso de penas indeterminadas e ampla discricionariedade do corpo administrativo para atingir-se tal mister. O fracasso decorreu dos próprios índices de reincidência a demonstrar a inviabilidade de se operar transformações de personalidade por meio do aparelho punitivo do estado. A superação deste modelo ficou emblematicamente atrelada a disseminada expressão “*nothing works*”, como visto nos capítulos antecedentes.

Em um segundo momento, procedeu-se a uma reviravolta no sistema. No plano do controle social, foram adotadas políticas de baixa tolerância e alta seletividade, como o *3-strikes you're out* e o *tolerância zero*. No plano judicial, as penas aplicadas se mostraram significativamente mais severas, ante a implementação cada vez maior pelo legislador de respostas penais fixas e elevadas, cuja aplicabilidade deveria ocorrer por meio de procedimentos objetivos e supostamente mais transparentes, como as *guidelines*, que pretenderam, de plano, afastar a subjetividade judicial na análise dos casos concretos. No plano penitenciário, praticamente se aboliu a discricionariedade administrativa na concessão de benesses, com a restrição a obtenção de benefícios como a *probation* e a *parole* e, conseqüentemente, das respectivas comissões.

Este movimento de endurecimento penal conduziu os EUA a uma inusitada situação. O país tornou-se a maior população carcerária do mundo, inclusive proporcionalmente, sendo obrigado a custear um sistema correicional cada vez maior e mais custoso, a ponto da Califórnia ter declarado “estado de emergência”, não apenas com relação ao aspecto estrutural, mas, também, sob o viés orçamentário.

A partir da realidade produzida pelo movimento de lei e ordem, operaram-se algumas reflexões e mudanças, no âmbito de todos os poderes constituídos. No âmbito do Poder Executivo, houve a elaboração de planos de ação de longo prazo, destinando-se investimentos na área penitenciária, com especial destaque a acomodação e à saúde dos presos. Especificamente no plano policial e de fiscalização, operou-se uma maior tolerância a pequenas infrações e a “falhas técnicas” em cidadãos submetidos a *probation* ou *parole*. Além disso, fomentou-se o uso de mecanismos menos drásticos como o resgate de penas no seio da própria comunidade.

No plano legislativo, foram revisadas as leis extremamente duras concebidas no modelo anterior, especialmente no particular dos delitos de drogas e nas *mandatory minimum sentences*. No plano da justiça, houve uma reestruturação no bojo dos próprios juízos criminais, sendo que muitos passaram a abarcar a competência relativa à saúde pública. Importante destacar que a tendência é que os juízes de primeira instância voltem a ter as sentenças prestigiadas na análise do caso concreto e das peculiaridades do indivíduo, minorando-se o engessamento proporcionado pelas *sentencing guidelines*. Além disso, boa parte da reforma foi capitaneada pelo próprio Poder Judiciário que, através de decisões paradigmáticas, tanto dos Tribunais locais como da Suprema Corte, produziram reflexões e

revisões na prática judiciária e até mesmo no âmbito legislativo, que precisou adaptar as normas às diretrizes judicialmente estabelecidas.

Em suma, tratou-se de um amplo movimento de amadurecimento e conscientização no âmbito dos três poderes e da sociedade, pois muitas das leis passaram pelo crivo, também da população, como ocorreu, por exemplo, com a descriminalização da posse de droga para uso em diversos estados norte-americanos. Tem-se, assim, que tais medidas podem - e devem - ser objeto de estudo e atenção por parte dos operadores do sistema penal, uma vez que bem demonstrada a ineficiência do modelo penal de endurecimento da legislação, cuja relação para com os índices de criminalidade se mostrou, ao que tudo indica, inexistente.

CONCLUSÃO

Segundo Simon, nenhuma outra sociedade depositou tanta crença no seu modelo punitivo como os EUA. A seu ver, o país construiu uma nova ordem política em torno do problema da criminalidade, inclusive com a mitigação de direitos historicamente sagrados, como a liberdade e a igualdade. A questão, de fato, tornou-se fundamental na sociedade norte-americana, sendo objeto de preocupação desde a Casa Branca até as salas de aula. E as consequências desta postura são o enfraquecimento da democracia e a polarização social, especialmente sob o viés racial, criando-se uma cultura do medo e insegurança. Neste contexto, a tendência natural é um protagonismo cada vez maior do poder executivo, uma passividade do legislativo e uma cultura condescendente do judiciário. No aspecto social, o medo do crime destrói os vínculos comunitários, condicionando o comportamento dos indivíduos em todos os níveis, desde a escolha do automóvel à escola mais segura para os filhos. Ademais, as vítimas acabam assumindo um grande destaque, mas apenas sob os aspectos emocional e alarmista, impulsionadores da cultura repressiva no âmbito do sistema de justiça criminal, e nunca sob uma preocupação de pacificação e restauração.³⁵¹

O presente trabalho procurou descrever e analisar o processo de construção do modelo punitivo norte-americano, paradigma para muitos governos e estudiosos do mundo inteiro, tudo à luz das reformas penais mais importantes. Buscou-se delinear o contexto de surgimento e as ideologias de cada modelo, sua superação e transposição para um novo paradigma, sempre se atentando aos resultados obtidos, especialmente no particular do impacto nos índices de criminalidade. No decorrer do trabalho, demonstrou-se, ainda, as alterações dos entendimentos jurisprudenciais, especialmente da Suprema Corte, quanto aos principais temas e problemas relativos à questão punitiva no âmbito dos EUA.

E, após a análise de todos os dados pertinentes, desde os índices de criminalidade, elucidação e contingente carcerário, algumas conclusões puderam ser observadas. Em primeiro lugar, o vazio discursivo. Ferguson, por exemplo, chega a indagar qual seria o fundamento do modelo punitivo atual, podendo-se falar em detenção, reabilitação, encarceramento, vingança, satisfação dos interesses das vítimas ou simplesmente proteção da

³⁵¹ SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

sociedade.³⁵²

De fato, após seguidas crises, o discurso criminológico redundou, paradoxalmente, em uma desnecessidade legitimadora, transmudando-se em uma visão meramente pragmática e segregacionista, onde cada ator pode exercer suas funções no “piloto automático”, sem a necessidade de perquirir as razões de suas ações e as consequências de seus atos. A lógica, na atualidade, restringe-se a prender e deixar preso, controlando, mapeando e identificando possíveis áreas e sujeitos que ofereçam riscos. O modelo punitivo, assim, ao que tudo indica, restringiu-se a cálculos, mas não à razão concreta, valendo à pena a ponderação de Wilson no sentido de se compreender o porquê de continuarmos a utilizar cada vez mais a prisão como solução para os conflitos sociais, sendo certo que esta opção já se mostrou cara e contra produtiva, existindo, outrossim, outras alternativas que correspondam a nossas expectativas de menos crime, comunidades mais seguras e poucas pessoas encarceradas³⁵³.

Como pondera Scheingold, a questão criminal normalmente aparece num contexto de batalha entre alguns indivíduos maus contra uma sociedade composta por cidadãos de bem, o que acaba impondo uma série de expectativas irrealizáveis ao sistema punitivo. Neste ponto, pondera o autor que as pessoas se convencem de que somente através medidas “draconianas” teriam o condão de conter a criminalidade, sendo certo que a não implementação rápida dessas estratégias colocaria em risco toda a sociedade. Sugere, entretanto, o autor que esta atração pela política punitiva deriva mais das dificuldades, complexidades e incertezas do mundo moderno da sociedade contemporânea que, propriamente, um simples desejo de vingança. O fato é que a questão acaba descomplexada ao se dirigir a política criminal para a criminalidade de rua. Em suma, pondera que, nos EUA, a “*law-and-order rhetoric*” abarcou o direito penal justamente em um momento de convulsão social, mormente a partir da década de 1970. De fato, a seu sentir, a politização do crime e a predisposição punitiva da opinião pública devem ser compreendidas em termos culturais em detrimento de uma análise meramente atrelada aos índices de criminalidade³⁵⁴.

Em síntese, em atenção ao problema de pesquisa, podemos afirmar que o modelo punitivo norte-americano converge, na atualidade, para aquele eminentemente repressivo, com origem na década de 1970. Foi possível constatar, outrossim, no desenvolver do presente

³⁵² FERGUSON, Robert A. *Inferno: an anatomy of american punishment*. Massachusetts: Harvard University Press, 2014. p. 3.

³⁵³ WILSON, David. *Ob. Cit*, p. 11.

³⁵⁴ SCHEINGOLD, Stuart A. *The politics of law and order: street crime and public policy*. Louisiana: Quid Pro Books, 2010.

estudo, pontuais movimentos de reforma, especialmente no plano federal e nos estados de Nova Iorque e Califórnia, razão pela qual podemos reconhecer uma tendência, mas não, ainda, uma superação de paradigma, o que, aliás, converge à primeira hipótese proposta para o trabalho.

Quanto à segunda hipótese, também é razoável reconhecer que o movimento de endurecimento do modelo punitivo de fato coincidiu não apenas com o aumento dos índices oficiais de criminalidade, como, essencialmente, com um peculiar contexto social, político e econômico dos EUA, observável a partir da década de 1970. Isso tudo produziu um estado de convulsão na sociedade norte-americana, com difusão pelos meios de comunicação de massa de uma cultura do medo e da insegurança, gerando uma demanda cada vez maior por lei-e-ordem, ao que o Estado respondeu por meio do direito penal.

Para alguns autores, como Quirós, o sistema punitivo acabou se rendendo à racionalidade burocrática. Trata-se, pois, de julgar e prender, mediante procedimentos objetivos de individualização de pena e perquirição de culpa, pragmaticamente concebidos, como no caso da *plea guilty* e da *plea bargaining*³⁵⁵. Na concepção de Garland, a questão, de fato, superou o ideal transformador, esgotando-se ora na mera retribuição ora na incapacitação, tudo devidamente gerenciado pelas autoridades responsáveis pelo controle dos riscos. Sob este aspecto, a decepção para com o modelo reabilitador (“*nothing works*”), transformou-se na versão de que a prisão efetivamente funciona, na medida em que segrega os perigosos condenados.³⁵⁶

A propósito, merece destaque a observação sempre atual de Christie, para quem a racionalidade permitiu que mais pessoas possam ser julgadas, condenadas e encarceradas, com menos esforço. A simplificação e a objetividade, a seu sentir, permitem que qualquer pessoa deduza a pena cabível em determinado caso, através da “tabela de sentenças”. A modernização do sistema penal, assim, seria um típico exemplo de como as coisas funcionam na modernidade. Trata-se, a seu ver, de uma perfeita transmutação do ritualismo exacerbado em eficiência administrativa.³⁵⁷

Em segundo lugar, o estudo sugere que o endurecimento do sistema penal norte-americano, iniciado na década de 1970, de fato, decorreu de um peculiar contexto histórico,

³⁵⁵ QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo y determinación de La pena em los Estados Unidos: Ob. Cit*, pp. 243-244.

³⁵⁶ GARLAND, David. *Ob. Cit*, pp. 51-59.

³⁵⁷ CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 158-161.

de conturbação social e econômica, tudo a difundir uma sensação de insegurança, ensejando a adoção imediata de medidas que, de forma urgente, proporcionassem, ao menos sob o aspecto psicológico, uma maior segurança aos indivíduos. Tais demandas, pontual e seletivamente incorporadas aos sistemas política e justiça, consolidaram-se em um modelo ultraconservador, que mesmo não podendo ser simplesmente visto como uma resultante e/ou evolução dos anteriores, com este estabeleceu um certo grau de comunicação.

Garland, por exemplo, entende que o novo campo do controle do crime e da justiça criminal foi moldado não pelos programas de reforma ou por ideias criminológicas, mas pelo caráter da sociedade do final do século XX, por seus problemas, sua cultura e suas tecnologias de poder. Assim, a seu ver, os novos arranjos institucionais foram originados como mecanismos de solução de problemas, criados a partir da experiência prática as agências governamentais e de seus integrantes, e não da ideologia dos programas de reforma. Desta forma, o campo do controle do crime seria uma resposta institucionalizada para um problema particular de ordem, a partir de uma experiência coletiva muito específica. Em suma, o reconfigurado campo do controle do crime e da justiça criminal seria produto daquela história e das tentativas, de vários atores, de se adaptarem às oportunidades e aos problemas que se colocaram.³⁵⁸

Em terceiro lugar, o estudo indica que inexistiria mesmo relação entre o número de pessoas encarceradas e os índices de criminalidade. Assim, o número de condenações e/ou prisões, ao que tudo indica, não impacta o nível de crimes em um dado recorte espacial e temporal; por outro lado, um alto índice de crimes, inegavelmente um grave problema social, não pode ser solucionado por meio do direito penal, mais especificamente do encarceramento. A propósito, há muito já advertia Christie acerca de não se poder usar o número de presos como indicador do número de delitos, embora se tente criar a ilusão de que o encarceramento seria mera consequência direta da quantidade de delitos, como se se tratasse efetivamente de um destino e não de uma opção política³⁵⁹. Pondera, pois, o autor que encontrar o nível adequado de dor a ser imposta ao infrator não pode ser uma questão de utilidade ou de controle de criminalidade, mas sim de padrões baseados em valores.³⁶⁰

A respeito do tema, ponderou já Zaffaroni acerca do equívoco em se invocar o direito penal como instrumento de solução dos problemas sociais, invocando, a título irônico, o que

³⁵⁸ GARLAND, David. **Op.cit.**, p. 171.

³⁵⁹ *Ibidem*, pp. 24-25.

³⁶⁰ CHRISTIE, Nils. *Ob. Cit*, p. 198.

denominou de “teoria do quitandeiro”:

Poderíamos responder com a chamada lógica do quitandeiro, que não apenas é extremamente respeitável como também impecável, e com a qual nós, penalistas, temos muito o que aprender. Se uma pessoa vai a uma quitanda e pede um antibiótico, o quitandeiro lhe dirá para ir à farmácia, porque ele só vende verduras. Nós, penalistas, devemos dar este tipo de resposta saudável sempre que nos perguntam o que fazer com um conflito que ninguém sabe como resolver e ao qual, como falsa solução, é atribuída natureza penal.

Geralmente, julgamo-nos obrigados a opinar sobre como resolvê-lo, quando, na realidade, não o sabemos. O correto seria que procedêssemos como o sábio quitandeiro: nós só sabemos decidir quando se habilita, ou não, o poder punitivo, e também sabemos que, no caso, isso não serve ou não é suficiente para resolver o conflito. [...] ³⁶¹

A complexidade da questão, de fato, acaba passando pela significativa disparidade entre o direito penal real e o ideal. Sanchez, por exemplo, ao abordar a questão relativa à seletividade estrutural do sistema punitivo atual chega a ponderar que o poder público desconheceria cerca de 90% das infrações penais efetivamente cometidas³⁶². Esta zona de indeterminação, onde se opera a seletividade e a discricionariedade das agências executivas, e onde efetivamente ocorre o processo de criminalização, é talvez a maior prova da aporia do sistema penal, que se compromete com a defesa e proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade. De fato, ao compararmos os supostos verdadeiros números do crime, é razoável deduzir-se que o direito penal opera na superfície (leia-se, sobre a criminalidade “tosca” ou “de rua”), deixando à margem do sistema um quantitativo infinitamente maior de infrações e criminosos, que alimentam a cifra oculta. Assim, ao não se punir sequer a maioria dos crimes (ou pior, ao se escolher aquele a quem se punir), o próprio sistema penal joga por terra os seus fundamentos, ao menos no particular da prevenção. O país mais rico do mundo, e que mais investe em seu modelo penal, como visto anteriormente, elucida, aproximadamente, 64% dos homicídios, 40% dos estupros, 30% dos roubos e 14% dos furtos de veículos, considerando os eventos registrados.

Por outro lado, ao se constatar a realidade penitenciária, seja do ponto de vista estrutural ou organizacional, também é possível aferir que os propalados objetivos são inatingíveis. Com efeito, o sistema acaba por apenas produzir mais seletividade e estigmatização, além de fomentar violência, indignação e revolta, da vítima e de seus familiares, que não conseguem através do modelo atual qualquer resposta aos seus anseios, bem como dos próprios presos, que imergem na prisão e tem destruída sua dignidade,

³⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 184.

³⁶² SANCHEZ, Mauricio Martinez. *Ob. Cit.* p. 54.

personalidade e identidade, mediante um processo muito bem delineado por Goffman.³⁶³

Assim, ao que facilmente se constata, a crença no modelo punitivo e no cárcere como respostas adequadas ao crime mostra-se muito mais como um exercício de fé do que, propriamente, como uma análise racional do problema. Ao avançar sobre o tema, Zaffaroni³⁶⁴ sugere que haveria uma construção social da realidade levada a efeito, especialmente, pelo que denomina de "criminologia midiática" ou mesmo por interesses escusos, políticos e financeiros, que bem se alimentam e se satisfazem da sensação de insegurança disseminada e consumida pela sociedade em geral. Trata-se, pois, de um círculo vicioso de consumo do medo e de segurança, canalizando todo este sentimento para o sistema punitivo, razão pela qual se invoca cada vez mais prisão e morte. Em suma, há muito mais em jogo no controle social do que a verdade e as palavras da academia.

De todo modo, isso estabelecido, podemos chegar a premissa de que a punição não é, como já alertava Christie, um destino mas sim uma opção política. E, uma vez no campo da política, a regra que deveria nortear as decisões é a melhor forma de viver em sociedade, o que certamente arreda nossa aparente obsessão pelo direito penal, pelos inimigos à espreita e pelo sequestro do conflito. Como enfatiza Simon, dignidade humana e segurança pública precisam caminhar juntos.³⁶⁵

Torna-se imperioso perquirir, assim, uma melhor forma de conviver e o que se fazer com esse instrumento chamado "direito penal". Certamente, pode-se fazer uso das experiências estrangeiras no sentido de reconduzir o problema ao seio da comunidade, com envolvimento dos diretamente interessados, seja por meio de uma estratégia eficiente e preventiva de policiamento ou mesmo por intermédio de modelos alternativos de justiça, como a restaurativa.³⁶⁶

Neste aspecto, também opina Dias Neto, para quem a descentralização do poder decisório do Estado, por meio da participação direta dos cidadãos no planejamento da segurança urbana, constitui um dos pilares de um novo paradigma. De fato, a seu ver, o tema da segurança urbana precisa deixar de ser simplificado sob a forma de demanda por repressão estatal contra indivíduos, assumindo a sua complexidade causal, como questão política que

³⁶³ GOFFMAN, Erving. *Ob. Cit.*

³⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: Ob. Cit.**

³⁶⁵ SIMON, Jonathan. *Mass incarceration on trial: Ob. Cit.*, p. 9.

³⁶⁶ TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito:** a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2015, pp. 514-515.

requer o envolvimento do conjunto das instituições sociais.³⁶⁷

Mas, o fundamental, é parar a máquina de encarceramento, pois como sustenta Simon, o encarceramento massivo viola a dignidade humana, contrariando diversos tratados internacionais e os princípios básicos não apenas da Constituição norte-americana como da maioria das nações do ocidente. Além disso, nada acrescentaria de positivo para a sociedade, sequer em termos do controle da criminalidade. É preciso, assim, repensar o modelo de justiça criminal, para que cumpra seu papel respeitando a dignidade de uma sociedade civilizada.³⁶⁸

E isto é uma decisão, repise-se, política e não meramente jurídico-penal³⁶⁹. Outrora, já se tomou essa corajosa decisão, por exemplo, na Noruega³⁷⁰ e na Finlândia³⁷¹, onde se definiu que o número de vagas nas penitenciárias seria observado irrestritamente, por segurança tanto dos próprios infratores, como da equipe de profissionais. O excedente, ao seu turno, aguardaria a sua vez. Mais recentemente, o estado da Califórnia viu-se na obrigação de reduzir, pura e simplesmente, seu contingente carcerário por conta de uma decisão judicial de limitar o estado de superlotação de suas prisões, mediante um decote de cerca de 46.000 presos, num prazo de 2 anos. E o mundo não acabou, nem no velho continente, nem na terra das liberdades e oportunidades.

E isso porque a premissa estabelecida mostra-se, ao que tudo indica, condizente com a verdade: inexistente relação direta entre índice de encarceramento e criminalidade. No fundo, tanto um como outro, são decisões políticas. Decide-se soltar, como se decide prender. O que fez a Suprema Corte dos EUA, guardadas as devidas proporções, não é muito diferente do que fazem os policiais no dia a dia de sua atividade, ao tomar decisões acerca do que se punir e de quem se prender. Afinal, não é possível punir tudo nem todos, como tentaram os norte-americanos. Na verdade, não é possível punir-se sequer a maioria dos fatos criminosos efetivamente existentes em nossa sociedade.

Enfim, ter a coragem de tomar decisões concernentes a respeitar o limite de vagas em penitenciárias, fornecendo uma estrutura básica aos segregados poderia ser um começo. Para tanto, contudo, é imprescindível um amadurecimento conjunto dos poderes constituídos, numa ação transparente e bem conduzida de forma a esclarecer a mídia e a população em

³⁶⁷ DIAS NETO, Theodomiro. *Ob. Cit.*, p. 125.

³⁶⁸ SIMON, Jonathan. *Mass incarceration on trial* *Ob. Cit.*

³⁶⁹ TONRY, Michael. *Why crime rates are falling throughout the western world*. *Ob. Cit.*

³⁷⁰ CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. *Ob. Cit.*, p. 27.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 44.

geral. Não se trata de converter a todos, mas a permitir a compreensão democrática de nossos reais problemas sociais, fomentando o elevado debate e a tomada de decisões. De fato, qualquer movimento de reforma precisa caminhar, *pari passu*, com a conscientização da população, principalmente através dos meios de comunicação de massa, pois é fundamental o amadurecimento das ideias de reforma no tecido social, de modo a não produzir um efeito contrário de descrédito nas instituições, com difusão do medo e ideias relacionadas à impunidade. Trata-se de uma questão de amadurecimento democrático, que não se confunde com juízos de censura, sempre reprováveis e não mais condizentes com a nossa realidade.

Neste aspecto, o Poder Judiciário tem um papel fundamental. Isso porque, nas democracias mais consolidadas, os juízes têm assumido cada vez mais uma postura ativa em face das políticas públicas, inclusive quanto a política criminal e penitenciária, como de fato, sugere Simon³⁷². Assim, um amadurecimento crítico se mostra essencial, de nada adiantando a adoção de políticas excarcerantes que não encontrem aplicabilidade e ressonância na seara judiciária, sendo a última reforma processual penal, levada a efeito no Brasil, em 2011, um bom exemplo. Com efeito, além de não ter atingido os objetivos pretendidos através da previsão legal, os magistrados conseguiram, paradoxalmente, aumentar a punitividade por meio de medidas alternativas à prisão, como ocorre rotineiramente com o uso do instituto da fiança que, atualmente, faz as vezes dos decretos de prisão. O resultado, então, corresponde a milhares de presos provisórios, recolhidos em nosso sistema carcerário, simplesmente por não possuírem renda suficiente³⁷³.

Em um momento seguinte, mostra-se viável a adoção de estratégias legislativas, executivas e judiciárias para a compreensão do problema, ao invés do seu mero enfrentamento, adaptando nossa legislação penal a uma nova etapa, fruto de uma reforma verdadeira, sustentada por um discurso legitimador, respeitador dos direitos e garantias fundamentais e, mais precisamente, da dignidade humana, do infrator e da vítima.

Quanto a este ponto, uma revisão de nossa legislação penal, realista e não-discriminatória, poderia produzir uma normatização mínima, promovendo a descriminalização de diversas condutas, cuja tipificação criminal não faz mais sentido, quer

³⁷² SIMON, Jonathan. *Mass incarceration on trial Ob. Cit.*

³⁷³ LEI DA NOVA FIANÇA COMPLETA 1 ANO, MAS NÃO REDUZ LOTAÇÃO DE CADEIAS: OBJETIVO DA LEI ERA DIMINUIR AS PRISÕES PROVISÓRIAS, MAS NÚMERO AUMENTOU. PARA DEFENSORIA, FIANÇAS 'IMPAGÁVEIS' MANTÊM MAIS POBRES NAS CADEIAS. G1, São Paulo, 02.jul.2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/07/lei-da-nova-fianca-completa-1-ano-mas-nao-reduz-lotacao-de-cadeias.html>>. Acesso em 01.jul.2015.

do ponto de vista racional ou simbólico³⁷⁴. Neste aspecto, por exemplo, sugere Zaffaroni que deveríamos trabalhar em prol do preso, mas não para impor-lhe as estratégias à moda de "re" (ressocialização, readaptação, reintegração, etc), mas sim para reduzir-lhe o estado de vulnerabilidade, causa maior da sua seleção ao sistema.³⁷⁵

Lado outro, importante voltar o olhar à vítima e a seus familiares, bem como à comunidade atingida, mas não através do mero sacrifício do infrator, compensando-se o mal, mas sim através de práticas consistentes com reparações efetivas e atenções básicas no campo médico e psicológico, por exemplo.

Enfim, de algum modo, é preciso um esforço e amadurecimento democrático com vistas ao esquecimento do sistema penal, que não deve ser objeto de pauta quando se propõe a discussão acerca de problemas sociais. As metas a serem estabelecidas não devem ser de produtividade, muito menos de punição e encarceramento, mas de qualidade de vida. O sistema de justiça penal deve perder seu protagonismo midiático, passando a operar no subterrâneo e, ainda assim, minimamente. Deve, pois, pretender um retorno as suas origens, com fundamento na composição e na restauração, e não simplesmente na prolação de decisões e sentenças. A longo prazo é preciso rever até mesmo a sua posição como ramo do direito público. O Estado não abrirá mão do monopólio da jurisdição, mas deverá atuar, como ocorre em outras áreas sensíveis - como os juízos de família -, com foco na solução de conflitos e não meramente na condenação severa de alguém, como se ainda estivesse o magistrado a agir em nome de um Soberano que, uma vez atingido pela prática da infração, exige uma dura resposta, com vistas ao restabelecimento da lei e da ordem.

Essas são apenas algumas sugestões que, uma vez implementadas, poderiam conferir uma dignidade mínima ao modelo punitivo e penitenciário, no qual se inserem, diariamente, milhões de pessoas, em regra jovens, negros e pobres. Certamente, ainda estamos muito distantes do pensamento de Christie no sentido de procurarmos alternativas à imposição de sofrimento por meio do castigo legal, limitando-nos, quando muito, a encontrar punições alternativas. De rigor, então, ao menos limitar a dor e o sofrimento (“*pain*”) a serem artificialmente criados pelos sistema de justiça criminal.³⁷⁶

³⁷⁴ ZACKESKI, Cristina. **Fragmentos do jogo político-criminal brasileiro**. In MACHADO, Bruno Amaral (coord). *Justiça criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Direito Federal e dos Territórios, 2013, p. 285.

³⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: *Ob. Cit.*, p. 503.

³⁷⁶ CHRISTIE, Nils. **Limits to pain**: *Ob. Cit.*

E, como pondera Wilson, as políticas punitivas repressivas, iniciadas nos EUA a partir da década de 1970, produziram uma situação de “*mass incarceration*” seletivo, onde mais de 2 milhões e 200 mil indivíduos encontram-se segregados e onde um em cada três negros encontra-se submetido a um controle penal formal. Neste contexto, indaga o autor se é esta a realidade que os ingleses desejam moldar para a sua nação. A mesma indagação pode ser formulada para os brasileiros³⁷⁷.

Mas, afinal, o que o direito penal pode fazer frente a todos esses graves problemas sociais, dentre os quais os elevados índices de criminalidade e conflituosidade em nossa sociedade? A resposta para esta questão, como sugere Zaffaroni, provavelmente encontra-se na farmácia mais próxima, e não nesta quitanda.

³⁷⁷ WILSON, David. *Pain and retribution: Ob. Cit*, p. 195.

REFERÊNCIAS

4 *KENT STATE STUDENTS KILLED BY TROOPS: 8 HURT AS SHOOTING FOLLOWS REPORTED SNIPING AT RALLY*. **New York Times**, New York, 4. mai. 1970. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/learning/general/onthisday/big/0504.html#article>>. Acesso em 01.jun.2015.

ALEXANDER, Michele. *The new jim crow: mass incarceration in the age of colorblindness*. Nova Iorque: The New Press, 2011.

ALSCHULER, Albert W. *The Failure os Sentencing Guidelines: a plea bargaining por less aggregation*. In **University of Chicago Law Review**, 1991. pp. 901-937. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=journal_articles>. Acesso em 01. jun. 2015.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Tolerancia cero: una geneealogía de la criminología de la intolerancia*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.17, n.76 , p. 210-231, fev. 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca de segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BRONX JAIL BARGE TO OPEN, THOUGH THE COST IS STEEP. **New York Times**, Nova Iorque, 27.jan.1992. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1992/01/27/nyregion/bronx-jail-barge-to-open-though-the-cost-is-steep.html>>. Acesso em: 18. jun. 2015.

CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION. Capital Punishment. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/CALEthInject.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Capital Punishment*. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/Capital_Punishment/docs/CondemnedInmateSummary.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *CDCR Annual Reports. The Year in Accomplishments, 2013*. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/Reports/docs/CDCR_2013_Accomplishments.pdf >. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *CDCR Annual Reports. The Year in Accomplishments, 2009*. Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/News/Press_Release_Archive/2009_Press_Releases/docs/CDCR_Annual_Report.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *CDCR Today. California's Return-to-Prison Rate Falls for the Fourth Straight Year to 54.3 percent. Offenders who receive substance abuse treatment are dramatically less likely to return to prison.* Disponível em: <<http://cdcrtoday.blogspot.com.br>>. Acesso em 13. jul. 2015.

_____. *Decision in mental health care class action (Coleman v. Brown).* Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/DHCS/SMHP_Coleman.html>. Acesso em 01. jun. 2015

_____. *Out of State Prison Facilities.* Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/Visitors/CA_Out_Of_State_Facilities.html>. Acesso em 01. jun. 2014.

_____. *Population Reports.* Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/Reports_Research/Offender_Information_Services_Branch/Monthly/TPOP1A/TPOP1Ad1504.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Public and Employee Communications. Proposition 47: What you need to know.* Disponível em: <http://www.cdcr.ca.gov/news/Proposition_47.html>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *The Cornerstone of California's Solution to Reduce Overcrowding, Costs, and Recidivism.* Disponível em: <<http://www.cdcr.ca.gov/realignment>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Three-Judge Court Updates.* Disponível em: <<http://www.cdcr.ca.gov/News/docs/2011-05-23-Three-Judge-Panel-Background.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Three-Judge Court Updates.* Disponível em: <<http://www.cdcr.ca.gov/News/docs/3JP-Mar-2015/March-2015-Status-Report.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Capital Punishment.* Disponível em <http://www.cdcr.ca.gov/Capital_Punishment/history_of_capital_punishment.html>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Capital Punishment.* Disponível em <http://www.cdcr.ca.gov/Capital_Punishment/Number_Executions.html>. Acesso em 01. jun. 2015

_____. *Realignment Report.* Disponível em: <<http://www.cdcr.ca.gov/realignment>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *The Future of California Corrections: A Blueprint to Save Billions of Dollars, End Federal Oversight, and Improve the Prison System.* Disponível em: <<http://www.cdcr.ca.gov/2012plan/docs/plan/2pg-Highlights.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

CALIFORNIA DOCUMENTS AT DIGITAL COMMONS. *The legal scholarship repositior. California Justice Under Determinate Sentencing: a review anda agenda for research.* Disponível em: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/caldocs_agencies/246>. Acesso em 01. jun. 2015.

CALIFORNIA GENERAL ELECTIONS. *Criminal Sentences. Misdemeanor Penalties. Initiative Statute. Proposition 47.* Disponível em: <<http://vig.cdn.sos.ca.gov/2014/general/pdf/proposition-47-title-summary-analysis.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Proposition three strikes law. Repeat felony offenders. Penalties. initiative statute. Proposition 36.* Disponível em: <<http://vig.cdn.sos.ca.gov/2012/general/pdf/36-title-sum-analysis.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

CALIFORNIA STATE AUDITOR'S OFFICE. *Investigative Reports. Sterilization of Female Inmates.* Disponível em: <<https://www.bsa.ca.gov/pdfs/reports/2013-120.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

CALIFORNIA'S DEATH ROW, WITH NO EXECUTIONS IN SIGHT, RUNS OUT OF ROOM. *Los Angeles Times*, California, 30.mar.2015. Disponível em: <<http://www.latimes.com/local/crime/la-me-ff-death-row-20150330-story.html>>. Acesso em 01. jun. 2015.

CASTEL, Robert. *La inseguridad social: Qué és estar protegido?* Buenos Aires: Manantial, 2013.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. *National Vital Statistics System. Washington.* Disponível em: <http://www.cdc.gov/nchs/nvss/about_nvss.htm>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *National Vital Statistics System. Assault or Homicide.* Washington, 2011. Disponível em <<http://www.cdc.gov/nchs/fastats/homicide.htm>>. Acesso em 01.jun.2015.

CHEN, Elsa Y. *Impacts of Three Strikes and You're Out on Crime Trends in California and Throughout the United States.* Disponível em: <<http://ccj.sagepub.com/content/24/4/345>>. Acesso em 01.jun.2015.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Limits to pain: the role of punishment in penal policy.* Oregon: Wipf & Stock Publishers, 2007.

COBBS, Elizabeth; BLUM; Edward; GJERDE, Jon. *Major problems in America history.* 3. ed. Nova Iorque: Wadsworth Publishing, 2011, Vol. 2.

COMMITTEE FOR THE STUDY OF INCARCERATION. *Doing Justice: the choice of punishment. Report of the Committee for the Study of Incarceration*. Boston: Northeastern University Press, 1986.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CURRIE, Elliott. *Crime and punishment in America*. Nova Iorque: Picador, 2013.

DANSKY, Kara. *Understanding California Sentencing*. *University of San Francisco Review*. San Francisco, n. 45. pp. 45-86. Dezembro. 2008. Disponível em: <<http://usf.usfca.edu/law/academic/journals/lawreview/printissues/v43i1/san103.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y practicas de la sociedad de control*. Barcelona: Virus Editorial, 2005.

DEATH PENALTY COSTS CALIFORNIA \$184 MILLION A YEAR. **Los Angeles Times**, California, 20.jun.2011. Disponível em: <<http://articles.latimes.com/2011/jun/20/local/la-me-adv-death-penalty-costs-20110620>>. Acesso em: 30. jun. 2014.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

DEPARTMENT OF JUSTICE. *Office of the Pardon Attorney. Clemency statistics*. Washington, 2015. Disponível em: <<http://www.justice.gov/pardon/clemency-statistics>>. Acesso em 09. jul. 2015.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana: o modelo da nova prevenção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. America History. *Attica prison revolt*. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1934871/Attica-prison-revolt>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. **California**. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/89503/California>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Pennsylvania system*. Disponível em: <<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/450186/Pennsylvania-system>>. Acesso em 01.jun.2015.

_____. *Penology. Auburn system*. Disponível em: <<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/42435/Auburn-system>>. Acesso em 01. jun. 2015.

EQUAL RIGHTS AMENDMENT FOR WOMEN PASSED BY CONGRESS. **New York Times**, Nova York, 22.mar.2012. Disponível em: <http://learning.blogs.nytimes.com/2012/03/22/march-22-1972-equal-right-amendment-for-women-passed-by-congress/?_r=0>. Acesso em: 01. jun. 2015.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. Crime in the United States in 2013. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/violent-crime/murder-topic-page/murdermain_final>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Crime in the United States in 2013*. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/tables/1tabledatadecoverviewpdf/table_1_crime_in_the_united_states_by_volume_and_rate_per_10000_0_inhabitants_1994-2013.xls>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Crime in the United States in 2013*. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/offenses-known-to-law-enforcement/expanded-homicide/expanded_homicide_data_table_7_murder_types_of_weapons_used_percent_distribution_by_region_2013.xls>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Crime in the United States in 2013*. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/offenses-known-to-law-enforcement/clearances/clearancetopic_final>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Crime in the United States in 2012*. Washington, 2012. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2012/crime-in-the-u.s.-2012/offenses-known-to-law-enforcement/clearances>>. Acesso em 01.jun.2015.

_____. *Crime in the United States in 2013*. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/tables/table-26/table_26_percent_of_offenses_cleared_by_arrest_by_geographic_region_and_division_2013.xls>. Acesso em 01.jun.2015.

_____. *Crime in the United States in 2003*. Washington, 2003. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2003>>. Acesso em 01.jun.2015.

_____. *Uniform Crime Reporting Statistics*. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.ucrdatatool.gov/Search/Crime/Crime.cfm>>. Acesso em 01.jun.2015.

_____. *Uniform Crime Reporting*. Washington. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr>>. Acesso em 01.jun.2015.

FEDERAL JUDGE SAYS CALIFORNIA'S DEATH PENALTY SYSTEM IS 'UNCONSTITUTIONAL'. **The Washington Post**. Washington, 16.jul.2014. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/news/post-nation/wp/2014/07/16/federal-judge-says-californias-death-penalty-system-is-unconstitutional/?Post+generic=%3Ftid%3Dsm_twitter_washingtonpost>. Acesso em: 29. jul. 2014.

FEDERAL RESERVE. History. Recession of 1981–82. Disponível em: <<http://www.federalreservehistory.org/Events/DetailView/44>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *History. The great inflation: 1965-1982*. Disponível em: <<http://www.federalreservehistory.org/Period/Essay/13>>. Acesso em 01. jun. 2015.

FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. *The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*. Califórnia, 1992. Disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/718>>. Acesso em 01. jun. 2015.

FEELEY, Malcolm M; RUBIN, Edward L. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prison*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2000.

FERGUSON, Robert A. *Inferno: an anatomy of american punishment*. Massachusetts: Harvard University Press, 2014.

FOUCAULT, Michael. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2011.

_____. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

FRANKEL, Marvin E. *Criminal sentences: law without order*. New York: Hill and Wang, 1973.

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

GLADWELL, Malcolm. *O ponto da virada: como pequenas coisas podem fazer uma grande diferença*. Rio de Janeiro: Sextante, 2009.

GLOBAL RESEARCH. Centre for Research on Globalization. *The Prison Industry in the United States: Big Business or a New Form of Slavery?* Disponível em: <<http://www.globalresearch.ca/the-prison-industry-in-the-united-states-big-business-or-a-new-form-of-slavery/8289>>. Acesso em 01. jun. 2015.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2010.

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. *What's new. World Prison Population List. Tenth ed. Londres, 2013*. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/news/more-102-million-prisoners-world-new-icps-report-shows>>. Acesso em 01. jun. 2015.

JERRY BROWN CALLS SENTENCE LAW A FAILURE: *the former governor, who signed the measure creating fixed terms in 1977, now regrets it, saying it has saddled the state with recidivism. Los Angeles Times, California, 28.fev.2013*. Disponível em <<http://articles.latimes.com/2003/feb/28/local/me-prisoners28>>. Acesso em 01. jun. 2015.

KELLING, George L.; WILSON, James Q. *Broken windows: the police and neighborhood safety*. Disponível em <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>. Acesso em 01. jun. 2015.

KOERNER, Brenda I. *The skies belong to us: love and terror in the golden age of hijacking*. Nova Iorque: Crown, 2013.

KURKI, Leena; MORRIS, Norval. *The Purposes, practices and problems of supermax prisons*. In *Crime and Justice*, Chicago, 2001. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1147678?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 01. jul. 2015.

LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. In Faculty Scholarship Series. Paper 543. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543>. Acesso em 08. mai. 2015.

MACHADO, Bruno Amaral. Discursos Criminológicos sobre o Crime e o Direito Penal: Comunicação e Diferenciação Funcional. **Revista de Estudos Criminais**, v. 45, p. 41-82, abr/jun 2012.

MARTINSON, Robert. *What works? Questions and answers about prison reform*. The Public Interest, 1974, pp. 22-54. Disponível em <http://www.nationalaffairs.com/doclib/20080527_197403502whatworksquestionsandanswersaboutprisonreformrobertmartinson.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

MASON, Fergus. *The incredibly true history of how 100 prisoners took over Attica Prison*. Nova Iorque: Absolute Crime Books, 2013.

MATHIESEN, Thomas. *The politics of abolition revisited*. Nova Iorque: Routledge, 2015.

MATTHEWS, Roger; YOUNG, Jock. *The new politics of crime and punishment*. Portland: Willan Publishing, 2003.

MICHAEL, Tonry. *Thinking about crime: sense and sensibility in american penal culture*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

MILLIONS MARCH IN US VIETNAM MORATORIUM. **BBC News**, 15.out.1969. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/october/15/newsid_2533000/2533131.stm>. Acesso em 01.jun.2015.

NATIONAL ASSOCIATION OF STATE BUDGET OFFICERS. State Spending for Corrections: Long-Term Trends and Recent Criminal Justice Policy Reform. Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.nasbo.org/sites/default/files/State%20Spending%20for%20Corrections.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. The growth of incarceration in the United States: exploring causes and consequences. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.nap.edu/catalog/18613/the-growth-of-incarceration-in-the-united-states-exploring-causes>>. Acesso em 01. jun. 2015.

NEW YORK CITY TO RELAX BAIL REQUIREMENTS FOR LOW-LEVEL OFFENDERS. **The New York Times**. Nova Iorque, 8. jul. 2015. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2015/07/09/nyregion/new-york-city-introduces-bail-reform-plan-for-low-level-offenders.html>>. Acesso em 11. jul. 2015.

NEW YORK HAS ESSENTIALLY ELIMINATED STOP-AND-FRISK AND CRIME IS STILL DOWN. **The Washington Post**. Washington, 03.dez.2014. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/blogs/the-fix/wp/2014/12/03/new-york-has-essentially-eliminated-stop-and-frisk-and-crime-is-still-down>>. Acesso em: 01.jun.2015.

NEW YORK STATE. Commission of Corrections. Inmate Population Statistics. Disponível em: <<http://www.scoc.ny.gov/pop.htm>>. Acesso em 05. jul. 2015.

_____. *Division of Criminal Justice Services. ALTERNATIVE TO INCARCERATION (ATI) PROGRAMS*. Nova Iorque, 2001. Disponível em: <http://www.criminaljustice.ny.gov/opca/ati_description.htm>. Acesso em 05. jul. 2015.

_____. *Division of Criminal Justice Services. Apply for Clemency*. Nova Iorque, 2014. Disponível em <<https://www.ny.gov/services/apply-clemency>>. Acesso em 05. jul. 2015.

_____. *Division of Criminal Justice Services. Drug Law Reform Series: Preliminary Impact of 2009 Drug Law Reform (October 2009 – September 2010)*. Nova Iorque, 2010. Disponível em: <<http://criminaljustice.ny.gov/drug-law-reform/documents/interim-drug-law-reform-update-10-07-2010.pdf>>. Acesso em 05. jul. 2015.

_____. *News. Governor Cuomo Calls on Legislature to Raise the Age of Criminal Responsibility This Session*. Nova Iorque, 2015. Disponível em: <<https://www.governor.ny.gov/news/governor-cuomo-calls-legislature-raise-age-criminal-responsibility-session>>. Acesso em 08. jul. 2015.

OBAMA PLANS BROADER USE OF CLEMENCY TO FREE NONVIOLENT DRUG OFFENDERS. New York Times. Nova Iorque, 03. jul. 2015. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2015/07/04/us/obama-plans-broader-use-of-clemency-to-free-nonviolent-drug-offenders.html>>. Acesso em 09. jul. 2015.

OFFICE OF GOVERNOR. Prison overcrowging state of emergency proclamation. California, 2006. Disponível em: <<http://gov.ca.gov/news.php?id=4278>>. Acesso em 30. jun. 2014.

OREGON É O 4^o ESTADO DOS EUA A LIBERAR A MACONHA RECREATIVA. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 02.jul.2015. Disponível em: <<http://internacional.estado.com.br/noticias/geral,oregon-e-o-4o-estado-dos-eua-a-liberar-a-maconha-recreativa-,1718045>>. Acesso em 08. jul. 2015.

POSNER, Richard A. *An economic theory of the criminal law*. **Columbia Law Review**. Chicago, out.1985. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1828/>. Acesso em 01.jul.2015.

QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo y determinación de La pena em los Estados Unidos: um estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *Sociologia del castigo: genealogía de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

ROTHMAN, David J.; MORRIS, Norval. *The Oxford History of the Prison: the practice of punishment in western society*. New York: Oxford University Press, 1998.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

_____. *Mass incarceration on trial: a remarkable court decision and the future of prisons in America*. Nova Iorque: The New Press, 2014.

STATE PRISONS ARE RELYING LESS ON SOLITARY CONFINEMENT AS PUNISHMENT. **Los Angeles Times**. Los Angeles, 12. jul. 2015. Disponível em: <<http://www.latimes.com/local/politics/la-me-ff-pol-solitary-confinement-20150713-story.html>>. Acesso em 13. jul. 2015.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Atkins v. Virginia**, 536 U.S. 304. Washington, 2002. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/#annotation>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. **Baxstrom v. Herold**, 383 U.S. 107. Washington, 1966. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/107/>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Brown, Governor of California, et al. v. Plata et al.* Washington, 2011. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>>. Acesso em 30. jun. 2014.

_____. **Buck v. Bell**, 274 U.S. 200. Washington, 1927. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/200>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. **Furman v. Georgia**, 408 U.S. 238. Washington, 1972. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/238/case.html>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. **Johnson v. United States**, no. 13-7120. Washington, 2015. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-7120_p86b.pdf>. Acesso em 01. jul. 2015.

_____. **Kimbrough v. United States**. Washington, 2007. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-6330.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. **Mistretta v. United States**, 488 U.S. 361. Washington, 1989. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/361/case.html>>. Acesso em 30. jun. 2014.

_____. **Pepper v. United States**, 131 S. Ct. 1229. Washington, 2011. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/09-6822/>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113. Washington, 1973. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. **United States v. Booker**, 543 U.S. 220. Washington, 2005. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/220>>. Acesso em 01. jun. 2015.

THE AMERICAN PRESIDENCY PROJECT. Special Message to the Congress on Crime and Law Enforcement. Disponível em <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=27478>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Special Message to the Congress on Drug Abuse Prevention and Control.* Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3048>>. Acesso em 01. jun. 2015.

THE PEW CHARITABLE TRUSTS. Multimedia. States Cut Both Crime and Imprisonment. Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.pewtrusts.org/en/multimedia/data-visualizations/2013/states-cut-both-crime-and-imprisonment>>. Acesso em 30. jun. 2014.

_____. *Press Releases. US prison count continues to drop.* Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.pewtrusts.org/en/about/news-room/press-releases/2013/03/08/us-prison-count-continues-to-drop>>. Acesso em 30. jun. 2014.

_____. *Research and analysis. One in 100: behind bars in America.* Washington, 2008. Disponível em: <http://www.pewtrusts.org/~media/Imported-and-Legacy/uploadedfiles/pes_assets/2008/one20in20100pdf.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Research and analysis. One in 31: the long reach of american corrections.* Washington, 2009. Disponível em: <<http://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/reports/0001/01/01/one-in-31>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Research and analysis. One in 31: the long reach of american corrections.* Washington, 2009. Disponível em: <http://www.pewtrusts.org/~media/Imported-and-Legacy/uploadedfiles/pes_assets/2009/PSPP1in31reportFINALWEB32609pdf.pdf>. Acesso em 29. jun. 2014.

_____. *Research and analysis. State of recidivism: the revolving door os America's prisons.* Washington, 2011. Disponível em <<http://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/reports/2011/04/12/state-of-recidivism-the-revolving-door-of-americas-prisons>>. Acesso em 30. jun. 2014.

_____. *Research and analysis. State of recidivism: the revolving door os America's prisons.* Washington, 2011. Disponível em: <<http://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/reports/2011/04/12/state-of-recidivism-the-revolving-door-of-americas-prisons>>. Acesso em 30. jun. 2014.

_____. *Research and analysis. State Prison Health Care Spending.* Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/reports/2014/07/08/state-prison-health-care-spending>>. Acesso em 01.jun.2015.

THE SOMBER SHADOWS OF ATTICA. *The New York Times*, Nova Iorque, 14.set.2011.

Disponível em: <http://cityroom.blogs.nytimes.com/2011/09/14/the-somber-shadows-of-attica/?_r=1>. Acesso em: 05. jul. 2015.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Agencies. Washington. Disponível em: <<http://www.justice.gov/agencies>>. Acesso em 01. jun. 2015.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal.** Brasília: Thesaurus Jurídica, 2015.

TONRY, Michael. *Why crime rates are falling throughout the western world. In Crime and Justice: why crime rates fall and why they don't.* Chicago: The University of Chicago Press, 2014, vol. 43.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Correctional Populations in the United States. 2013. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus13.pdf>>. Acesso em 01. dez. 2014.

_____. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. The Nation's Two Measures Of Homicide.* Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=5068>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. State Corrections Expenditures, FY 1982-2010.* Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bjs.gov%2Fcontent%2Fpub%2Fpdf%2Fscefy8210.pdf&ei=6BjIVOXhI8G1sQSh74DIDw&usq=AFQjCNG7vI-m-40LluZSCuwuQ12j-WDUIA&bvm=bv.84349003,d.cWc>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Correctional Populations In The United States, 2013.* Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=5177>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Correctional Populations In The United States, 2012.* Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4843>>. Acesso em 01. jun. 2015.

U.S. DEPARTMENT OF LABOR. Bureau of Economic Analysis. Widespread But Slower Growth in 2013. Disponível em: <https://www.bea.gov/newsreleases/regional/gdp_state/2014/pdf/gsp0614.pdf>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Recidivism of Prisoners Released in 30 States in 2005: patters from 2005 to 2010.* Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4986>>. Acesso em 30. jun. 2014.

_____. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Correctional Populations in the United States. 2012.* Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4843>>. Acesso em 29. jun. 2014.

_____. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Prisoners, 2013.* Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p13.pdf>>. Acesso em 29. jun. 2014.

_____. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Correctional Populations in the United States. 2012.* Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4843>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *Office of Programs. Bureau of Justice Statistics. Prisoners in 2012: trends in admissions and releases (1991-2012).* Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=4842>>. Acesso em 29. jun. 2014.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Global Study on Homicide - 2013.* Disponível em: <<https://www.unodc.org/gsh/en/index.html>>. Acesso em 01. jun. 2015.

US PRISONER TO BE RELEASED FROM JAIL AFTER 43 YEARS OF 'TORTURE' IN SOLITARY CONFINEMENT. *The Independent*, Londres, 09.jun.2015. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-prisoner-to-be-released-from-jail-after-43-years-of-torture-in-solitary-confinement-10307220.html>>. Acesso em: 01. jul. 2015.

VERA INSTITUTE OF JUSTICE. *Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands.* Disponível em: <<http://www.vera.org/pubs/sentencing-prison-germany-netherlands>>. Acesso em 08. jul. 2015.

_____. *The price of prisons.* Washington, 2012. Disponível em: <<http://www.vera.org/pubs/special/price-prisons-what-incarceration-costs-taxpayers>>. Acesso em 30. jun. 2014.

WACQUANT, Loic. *America's New Peculiar Institution: on the prison as surrogate ghetto.* In *Theoretical Criminology* 4, no. 3, 2000. Disponível em: <<http://loicwacquant.net/assets/Papers/PRISONSURROGHETTO.pdf>>. Acesso em 01. jun. 2015.

_____. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WASH. TOWN OPENS FIRST GOVERNMENT-RUN MARIJUANA STORE. *USA today*, Washington, 09.mar.2015. Disponível em: <<http://www.usatoday.com/story/news/nation/2015/03/09/washington-town-pot-shop/24660263/>>. Acesso em 08. jul. 2015.

WHITE HOUSE. Home. President Obama Addresses the NAACP's 106th National Convention. Washington, 2015. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2015/07/14/president-obama-addresses-naacps-106th-national-convention>>. Acesso em 14. jul. 2015.

_____. *The Administration. Office of National Drug Control Policy. Criminal Justice Reform.* Washington, 2014. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/ondcp/criminal-justice-reform>>. Acesso em 05. jul. 2015.

WHY IS THE US SUPREME COURT REVIEWING THE LETHAL INJECTION? *BBC News*, 15.mai.2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-32592931>>. Acesso em 01. jun. 2015.

WILSON, David. *Pain and retribution: a short history of british prisons, 1066 to the present.* Londres: Reaktion Books, 2014.

WILSON, James Q. *Crime and public policy.* California: Institute for Contemporary Studies, 1995.

_____. *Thinking about crime: revised edition.* Nova Iorque: Basic Books, 2013.

_____. *Crime and public policy.* California: Institute for Contemporary Studies, 1995.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.** Rio de Janeiro: Revan, 2002.

YOUNG, Jock; MATTHEWS, Roger. *New Labour, crime control and social exclusio.* In *The new politics of crime and punishment.* Portland: Willan Publishing, 2003.

_____. *Winning the fight against crime? New Labour, populism and lost opportunities.* In *The new politics of crime and punishment.* Portland: Willan Publishing, 2003.

ZACKSESKI, Cristina. **Fragmentos do jogo político-criminal brasileiro.** In MACHADO, Bruno Amaral (coord). *Justiça criminal e democracia.* São Paulo: Marcial Pons. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Direito Federal e dos Territórios, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelara**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZIMRING, Franklin E. ***Crime is not the problem: lethal violence in America***. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.

_____. ***The city that became safe: New York lessons for urban crime and its control***. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.

_____. ***The Great American Crime Decline***. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon; KAMIN, Sam. ***Punishment and democracy: three strikes and you're out in California***. Nova Iorque: Oxford university Press, 2001.

ANEXOS

Anexo A – Syllabus - John M. MISTRETTA, Petitioner, v. UNITED STATES UNITED STATES, Petitioner, v. John M. MISTRETTA.

Nos. 87-7028, 87-1904. Argued Oct. 5, 1988. Decided Jan. 18, 1989.

Because the existing indeterminate sentencing system resulted in serious disparities among the sentences imposed by federal judges upon similarly situated offenders and in uncertainty as to an offender's actual date of release by Executive Branch parole officials, Congress passed the Sentencing Reform Act of 1984 (Act), which, inter alia, created the United States Sentencing Commission as an independent body in the Judicial Branch with power to promulgate binding sentencing guidelines establishing a range of determinate sentences for all categories of federal offenses and defendants according to specific and detailed factors. After the District Court upheld the constitutionality of the Commission's resulting Guidelines against claims by petitioner Mistretta, who was under indictment on three counts centering in a cocaine sale, that the Commission was constituted in violation of the separation-of-powers principle, and that Congress had delegated excessive authority to the Commission to structure the Guidelines, Mistretta pleaded guilty to a conspiracy-to-distribute count, was sentenced under the Guidelines to 18 months' imprisonment and other penalties, and filed a notice of appeal. This Court granted his petition and that of the United States for certiorari before judgment in the Court of Appeals in order to consider the Guidelines' constitutionality.

Held: The Sentencing Guidelines are constitutional, since Congress neither (1) delegated excessive legislative power to the Commission nor (2) violated the separation-of-powers principle by placing the Commission in the Judicial Branch, by requiring federal judges to serve on the Commission and to share their authority with nonjudges, or by empowering the President to appoint Commission members and to remove them for cause. **The Constitution's structural protections do not prohibit Congress from delegating to an expert body within the Judicial Branch the intricate task of formulating sentencing guidelines consistent with such significant statutory direction as is present here, nor from calling upon the accumulated wisdom and experience of the Judicial Branch in creating policy on a matter uniquely within the ken of judges.**

Anexo B – Syllabus - UNITED STATES v. BOOKER

CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR

THE SEVENTH CIRCUIT

No. 04.104. Argued October 4, 2004. Decided January 12, 2005

Under the Federal Sentencing Guidelines, the sentence authorized by the jury verdict in respondent Booker's drug case was 210-to-262 months in prison. At the sentencing hearing, the judge found additional facts by a preponderance of the evidence. Because these findings mandated a sentence between 360 months and life, the judge gave Booker a 30-year sentence instead of the 21-year, 10-month, sentence he could have imposed based on the facts proved to the jury beyond a reasonable doubt. The Seventh Circuit held that this application of the Guidelines conflicted with the *Apprendi v. New Jersey*, 530 U. S. 466, 490, holding that "[o]ther than the fact of a prior conviction, any fact that increases the penalty for a crime beyond the prescribed statutory maximum must be submitted to a jury, and proved beyond a reasonable doubt.. Relying on *Blakely v. Washington*, 542 U. S. ___, the court held that the sentence violated the Sixth Amendment and instructed the District Court either to sentence Booker within the sentencing range supported by the jury's findings or to hold a separate sentencing hearing before a jury. In respondent Fanfan's case, the maximum sentence authorized by the jury verdict under the Guidelines was 78 months in prison. At the sentencing hearing, the District Judge found by a preponderance of the evidence additional facts authorizing a sentence in the 188-to-235-month range, which would have required him to impose a 15- or 16-year sentence instead of the 5 or 6 years authorized by the jury verdict alone. Relying on *Blakely's* majority opinion, statements in its dissenting opinions, and the Solicitor General's brief in *Blakely*, the judge concluded that he could not follow the Guidelines and imposed a sentence based solely upon the guilty verdict in the case. The Government filed a notice of appeal in the First Circuit and a petition for certiorari before judgment in this Court.

Held: The judgment of the Court of Appeals in No. 04.104 is affirmed, and the case is remanded. The judgment of the District Court in No. 04.105 is vacated, and the case is remanded. No. 04.104, 375 F. 3d 508, affirmed and remanded; and No. 04.105, vacated and remanded.

JUSTICE STEVENS delivered the opinion of the Court in part, concluding that the Sixth Amendment as construed in *Blakely* applies to the Federal Sentencing Guidelines. Pp. 5.20.

(a) In addressing Washington State's determinate sentencing scheme, the *Blakely* Court found that *Jones v. United States*, 526 U. S. 227; *Apprendi v. New Jersey*, 530 U. S. 466; and *Ring v. Arizona*, 536 U. S. 584, made clear that the statutory maximum. For *Apprendi* purposes is the maximum sentence a judge may impose *solely on the basis of the facts reflected in the jury verdict or admitted by the defendant*. 542 U. S., at _____. As *Blakely*'s dissenting opinions recognized, there is no constitutionally significant distinction between the Guidelines and the Washington procedure at issue in that case. This conclusion rests on the premise, common to both systems, that the relevant sentencing rules are mandatory and impose binding requirements on all sentencing judges. Were the Guidelines merely advisory recommending, but not requiring, the selection of particular sentences in response to differing sets of facts, their use would not implicate the Sixth Amendment. However, that is not the case. Title 18 U. S. C. A. §3553(b) directs that a court *shall* impose a sentence of the kind, and within the range, established by the Guidelines, subject to departures in specific, limited cases. Because they are binding on all on judges, this Court has consistently held that the Guidelines have the force and effect of laws. Further, the availability of a departure where the judge *finds . . . an aggravating or mitigating circumstance of a kind, or to a degree, not adequately taken into consideration by the Sentencing Commission in formulating the guidelines that should result in a sentence different from that described, . §3553(b)(1), does not avoid the constitutional issue. Departures are unavailable in most cases because the Commission will have adequately taken all relevant factors into account, and no departure will be legally permissible. In those instances, the judge is legally bound to impose a sentence within the Guidelines range. Booker's case illustrates this point. The jury found him guilty of possessing at least 50 grams of crack cocaine, based on evidence that He had 92.5 grams. Under those facts, the Guidelines required a possible 210-to-262-month sentence. To reach Booker's actual sentence, which was almost 10 years longer, the judge found that he possessed an additional 566 grams of crack. Although, the jury never heard any such evidence, the judge found it to be true by a preponderance of the evidence. Thus, as in *Blakely*, the jury's verdict alone does not authorize the sentence. The judge acquires that authority only upon finding some additional fact. 542 U. S., at _____. Finally, because there were no factors the Sentencing Commission failed to adequately consider, the judge was required to impose a sentence within the higher Guidelines range. Pp. 5.12.*

(b) The Government's arguments for its position that *Blakely's* reasoning should not be applied to the Federal Sentencing Guidelines are unpersuasive. The fact that the Guidelines are promulgated by the Sentencing Commission, rather than Congress, is constitutionally irrelevant. The Court has not previously considered the question, but the same Sixth Amendment principles apply to the Sentencing Guidelines. Further, the Court's pre-*Apprendi* cases considering the Guidelines are inapplicable, as they did not consider the application of *Apprendi* to the Sentencing Guidelines. Finally, separation of powers concerns are not present here, and were rejected in *Mistretta*. In *Mistretta* the Court concluded that even though the Commission performed political rather than adjudicatory functions, Congress did not exceed constitutional limitations in creating the Commission. 488 U. S., at 393, 388. That conclusion remains true regardless of whether the facts relevant to sentencing are labeled "sentencing factors" or "elements of crimes." Pp. 13-20. JUSTICE BREYER delivered the opinion of the Court in part, concluding that 18 U. S. C. A. §3553(b)(1), which makes the Federal Sentencing Guidelines mandatory, is incompatible with today's Sixth Amendment "jury trial" holding and therefore must be severed and excised from the Sentencing Reform Act of 1984 (Act). Section 3742(e), which depends upon the Guidelines' mandatory nature, also must be severed and excised. So modified, the Act makes the Guidelines effectively advisory, requiring a sentencing court to consider Guidelines ranges, see §3553(a)(4), but permitting it to tailor the sentence in light of other statutory concerns, see §3553(a). Pp. 2-26. a) Answering the remedial question requires a determination of what "Congress would have intended" in light of the Court's constitutional holding. *E.g., Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U. S. 727, 767. Here, the Court must decide which of two approaches is the more compatible with Congress. Intent as embodied in the Act: (1) retaining the Act (and the Guidelines) as written, with today's Sixth Amendment requirement engrafted onto it; or (2) eliminating some of the Act's provisions. Evaluation of the constitutional requirement's consequences in light of the Act's language, history, and basic purposes demonstrates that the requirement is not compatible with the Act as written and that some severance (and excision) is necessary. Congress would likely have preferred the total invalidation of the Act to an Act with the constitutional requirement engrafted onto it, but would likely have preferred the excision of the Act's mandatory language to the invalidation of the entire Act. Pp. 2-6. b) Several considerations demonstrate that adding the Court's constitutional requirement onto the Act as currently written would so transform the statutory scheme that Congress likely would not have intended the Act as so modified to stand. First, references to "[t]he court" in §3553(a)(1), which requires "[t]he court" when sentencing to

consider the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant, and references to the judge in the Act's history must be read in context to mean the judge without the jury, not the judge working together with the jury. That is made clear by §3661, which removes typical jury trial. Limitations on the information concerning the offender that the sentencing court . . . may receive. Second, Congress basic statutory goal of diminishing sentencing disparity depends for its success upon judicial efforts to determine, and to base punishment upon, the *real conduct* underlying the crime of conviction. In looking to real conduct, federal sentencing judges have long relied upon a probation officer's presentence report, which is often unavailable until *after* the trial. To engraft the Court's constitutional requirement onto the Act would destroy the system by preventing a sentencing judge from relying upon a presentence report for relevant factual information uncovered after the trial. Third, the Act, read to include today's constitutional requirement, would create a system far more complex than Congress could have intended, thereby greatly complicating the tasks of the prosecution, defense, judge, and jury. Fourth, plea bargaining would not significantly diminish the consequences of the Court's constitutional holding for the operation of the Guidelines, but would make matters worse, leading to sentences that gave greater weight not to real conduct, but rather to counsel's skill, the prosecutor's policies, the caseload, and other factors that vary from place to place, defendant to defendant, and crime to crime. Fifth, Congress would not have enacted sentencing statutes that make it more difficult to adjust sentences *upward* than to adjust them *downward*, yet that is what the engrafted system would create. For all these reasons, the Act cannot remain valid in its entirety. Severance and excision are necessary. Pp. 6.15.

(c) The entire Act need not be invalidated, since most of it is perfectly valid. In order not to .invalidat[e] more of the statute than is necessary, *Regan v. Time, Inc.*, 468 U. S. 641, 652, the Court must retain those portions of the Act that are (1) constitutionally valid, *ibid.*, (2) capable of .functioning independently, *Alaska Airlines, Inc. v. Brock*, 480 U. S. 678, 684, and (3) consistent with Congress. Basic objectives in enacting the statute, *Regan, supra*, at 653. Application of these criteria demonstrates that only §3553(b)(1), which requires sentencing courts to impose a sentence within the applicable Guidelines range (absent circumstances justifying a departure), and §3742(e), which provides for *de novo* review on appeal of departures, must be severed and excised. With these two sections severed (and statutory cross-references to the two sections consequently invalidated), the rest of the Act satisfies the Court's constitutional requirement and falls outside the scope of *Apprendi v. New Jersey*, 530

U. S. 466. The Act still requires judges to take account of the Guidelines together with other sentencing goals, see §3553(a)(4); to consider the Guidelines sentencing range established for . . . the applicable category of offense committed by the applicable category of defendant, pertinent Sentencing Commission policy statements, and the need to avoid unwarranted sentencing disparities and to retribute victims, §§3553(a)(1), (3).(7); and to impose sentences that reflect the seriousness of the offense, promote respect for the law, provide just punishment, afford adequate deterrence, protect the public, and effectively provide the defendant with needed training and medical care, §3553(a)(2). Moreover, despite §3553(b)(1)'s absence, the Act continues to provide for appeals from sentencing decisions (irrespective of whether the trial judge sentences within or outside the Guidelines range). See §§3742(a) and (b). Excision of §3742(e), which sets forth appellate review standards, does not pose a critical problem. Appropriate review standards may be inferred from related statutory language, the statute's structure, and the sound administration of justice.. *Pierce v. Underwood*, 487 U. S. 552, 559.560. Here, these factors and the past two decades of appellate practice in cases involving departures from the Guidelines imply a familiar and practical standard of review: review for unreasonable[ness].. See, e.g., 18 U. S. C. §3742(e)(3) (1994 ed.). Finally, the Act without its mandatory provision and related language remains consistent with Congress' intent to avoid unwarranted sentencing disparities . . . [and] maintain sufficient flexibility to permit individualized sentences when warranted,. 28 U. S. C. §991(b)(1)(B), in that the Sentencing Commission remains in place to perform its statutory duties, see §994, the district courts must consult the Guidelines and take them into account when sentencing, see 18 U. S. C. §3553(a)(4), and the courts of appeals review sentencing decisions for unreasonableness. Thus, it is more consistent with Congress' likely intent (1) to preserve the Act's important pre-existing elements while severing and excising §§3553(b) and 3742(e) than (2) to maintain all of the Act's provisions and engraft today's constitutional requirement onto the statutory scheme. Pp. 15.22.

(d) Other possible remedies, including, e.g., the parties' proposals that the Guidelines remain binding in cases other than those in which the Constitution prohibits judicial factfinding and that the Act's provisions requiring such factfinding at sentencing be excised, are rejected. Pp. 22.24.

(e) On remand in respondent Booker's case, the District Court should impose a sentence in accordance with today's opinions, and, if the sentence comes before the Seventh Circuit for review, that court should apply the review standards set forth in this Court's remedial opinion.

In respondent Fanfan's case, the Government (and Fanfan should he so choose) may seek resentencing under the system set forth in today's opinions. As these dispositions indicate, today's Sixth Amendment holding and the Court's remedial interpretation of the Sentencing Act must be applied to all cases on direct review. See, *e.g.*, *Griffith v. Kentucky*, 479 U. S. 314, 328. That does not mean that every sentence will give rise to a Sixth Amendment violation or that every appeal will lead to a new sentencing hearing. That is because reviewing courts are expected to apply ordinary prudential doctrines, determining, *e.g.*, whether the issue was raised below and whether it fails the plain-error test. It is also because, in cases not involving a Sixth Amendment violation, whether resentencing is warranted or whether it will instead be sufficient to review a sentence for reasonableness may depend upon application of the harmless-error doctrine. Pp. 24-25.

STEVENS, J., delivered the opinion of the Court in part, in which SCALIA, SOUTER, THOMAS, and GINSBURG, JJ., joined. BREYER, J., delivered the opinion of the Court in part, in which REHNQUIST, C. J., and

O'CONNOR, KENNEDY, and GINSBURG, JJ., joined. STEVENS, J., filed an opinion dissenting in part, in which SOUTER, J., joined, and in which SCALIA, J., joined except for Part III and footnote 17. SCALIA, J., and THOMAS, J., filed opinions dissenting in part. BREYER, J., filed an opinion dissenting in part, in which REHNQUIST, C. J., and O'CONNOR and KENNEDY, JJ., joined.

Anexo C – Syllabus - KIMBROUGH v. UNITED STATES CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FOURTH CIRCUIT

Decided: December 10, 2007

Under the statute criminalizing the manufacture and distribution of cocaine, 21 U. S. C. §841, and the relevant Federal Sentencing Guidelines, a drug trafficker dealing in crack cocaine is subject to the same sentence as one dealing in 100 times more powder cocaine. Petitioner Kimbrough pleaded guilty to four offenses: conspiracy to distribute crack and powder; possession with intent to distribute more than **50 grams of crack**; possession with intent to distribute powder; and possession of a firearm in furtherance of a drug-trafficking offense. Under the relevant statutes, Kimbrough’s plea subjected him to a minimum prison term of **15 years** and a maximum of life. The applicable advisory Guidelines range was 228 to 270 months, or **19 to 22.5 years**. The District Court found, however, **that a sentence in this range would have been greater than necessary to accomplish the purposes of sentencing** set forth in 18 U. S. C. §3553(a). In making that determination, the court relied in part on its view that Kimbrough’s case exemplified the “**disproportionate and unjust effect that crack cocaine guidelines have in sentencing.**” The court noted that if Kimbrough had possessed only powder cocaine, his Guidelines range would have been far lower: 97 to 106 months. Concluding that the statutory minimum sentence was long enough to accomplish §3553(a)’s objectives, the court sentenced Kimbrough to 15 years, or 180 months, in prison. **The Fourth Circuit vacated the sentence, finding that a sentence outside the Guidelines range is per se unreasonable when it is based on a disagreement with the sentencing disparity for crack and powder offenses.**

Held: 1. Under *United States v. Booker*, 543 U. S. 220, the cocaine Guidelines, like all other Guidelines, are advisory only, and the Fourth Circuit erred in holding the crack/powder disparity effectively mandatory. **A district judge must include the Guidelines range in the array of factors warranting consideration, but the judge may determine that, in the particular case, a within-Guidelines sentence is “greater than necessary” to serve the objectives of sentencing, §3553(a). In making that determination, the judge may consider the disparity between the Guidelines’ treatment of crack and powder offenses.** Pp. 5– 21.

(a) Crack and powder cocaine have the same physiological and psychotropic effects, but are handled very differently for sentencing purposes. The relevant statutes and Guidelines employ a 100-to-1 ratio that yields sentences for crack offenses three to six times longer than those for

offenses involving equal amounts of powder. Thus, a major supplier of powder may receive a shorter sentence than a lowlevel dealer who buys powder and converts it to crack. Pp. 5–11.

(1) The crack/powder disparity originated in the Anti-Drug Abuse Act of 1986 (1986 Act), which created a two-tiered scheme of five- and ten-year mandatory minimum sentences for drug manufacturing and distribution offenses. Congress apparently adopted the 100-to-1 ratio because it believed that crack, a relatively new drug in 1986, was significantly more dangerous than powder. Thus, the 1986 Act’s five-year mandatory minimum applies to any defendant accountable for 5 grams of crack or 500 grams of powder, and its tenyear mandatory minimum applies to any defendant accountable for 50 grams of crack or 5,000 grams of powder. In developing Guidelines sentences for cocaine offenses, the Sentencing Commission employed the statute’s weight-driven scheme, rather than its usual empirical approach based on past sentencing practices. The statute itself specifies only two quantities of each drug, but the Guidelines used the 100-to-1 ratio to set sentences for a full range of drug quantities. Pp. 6–8.

(2) Based on additional research and experience with the 100- to-1 ratio, the Commission later determined that the crack/powder differential does not meet the objectives of the Sentencing Reform Act and the 1986 Act. The Commission also found the disparity inconsistent with the 1986 Act’s goal of punishing major drug traffickers more severely than low-level dealers, and furthermore observed that the differential fosters a lack of confidence in the criminal justice system because of a perception that it promotes an unwarranted divergence based on race. Pp. 8–10.

(3) The Commission has several times sought to achieve a reduction in the crack/powder ratio. Congress rejected a 1995 amendment to the Guidelines that would have replaced the 100-to-1 ratio with a 1-to-1 ratio, but directed the Commission to propose revision of the ratio under the relevant statutes and Guidelines. Congress took no action after the Commission’s 1997 and 2002 reports recommended changing the ratio. The Commission’s 2007 report again urged Congress to amend the 1986 Act, but the Commission also adopted an ameliorating change in the Guidelines. The modest amendment, which became effective on November 1, 2007, yields sentences for crack offenses between two and five times longer than sentences for equal amounts of powder. The Commission thus noted that it is only a partial remedy to the problems generated by the crack/powder disparity. Pp. 10–11.

(b) **The federal sentencing statute, as modified by Booker, requires a court to give respectful consideration to the Guidelines, but “permits the court to tailor the sentence in light of other [§3553(a)] concerns as well,”** 543 U. S., at 245–246. The Government contends that the Guidelines adopting the 100-to-1 ratio are an exception to this general freedom and offers three arguments in support of its position, each of which this Court rejects. Pp. 11–21.

(1) The Government argues that the 1986 Act itself prohibits the Commission and sentencing courts from disagreeing with the 100-to-1 ratio. This position lacks grounding in the statute, which, by its terms, mandates only maximum and minimum sentences: A person convicted of possession with intent to distribute 5 grams or more of crack must be sentenced to a minimum of 5 years and a maximum of 40. A person with 50 grams or more of crack must be sentenced to a minimum of 10 years and a maximum of life. The statute says nothing about appropriate sentences within these brackets, and this Court declines to read any implicit directive into the congressional silence. See *Jama v. Immigration and Customs Enforcement*, 543 U. S. 335, 341. Drawing meaning from silence is particularly inappropriate here, because Congress knows how to direct sentencing practices in express terms. See, e.g., 28 U. S. C. §994(h). This cautious reading of the 1986 Act draws force from *Neal v. United States*, 516 U. S. 284, which involved different methods of calculating lysergic acid diethylamide (LSD) weights: The method applicable in determining statutory minimum sentences combined the weight of the pure drug and its carrier medium, while the one controlling the calculation of Guidelines ranges presumed a lower weight for the carrier medium. This Court rejected the argument that the Guidelines and the statute should be interpreted consistently, with the Guidelines’ presumptive-weight method controlling the mandatory minimum calculation. Were the Government’s current position correct, the Guidelines involved in *Neal* would be in serious jeopardy. The same reasons alleged to justify reading into the 1986 Act an implicit command to the Commission and sentencing courts to apply the 100- to-1 ratio to all crack quantities could be urged in support of an argument that the 1986 Act requires the Commission to include the full weight of the carrier medium in calculating LSD weights. Yet *Neal* never questioned the Guidelines’ validity, and in fact endorsed the Commission’s freedom to adopt a new method. If the 1986 Act does not require the Commission to adhere to the Act’s method for determining LSD weights, it does not require the Commission—or, after *Booker*, sentencing courts—to adhere to the 100-to-1 ratio for crack quantities other than those triggering the statutory mandatory minimum sentences. Pp. 13–16.

(2) The Government also argues that Congress made clear, in disapproving the Commission's 1995 proposed Guidelines amendment, that the 1986 Act required the Commission and courts to respect the 100-to-1 ratio. But nothing in Congress' 1995 action suggested that crack sentences must exceed powder sentences by a ratio of 100 to 1. To the contrary, Congress required the Commission to recommend a revision of the ratio. The Government argues that, by calling for recommendations to change both the statute and the Guidelines, Congress meant to bar any Guidelines alteration in advance of congressional action. But the more likely reading is that Congress sought proposals to amend both the statute and the Guidelines because the Commission's criticisms of the 100-to-1 ratio concerned the exorbitance of the crack/powder disparity in both contexts. Moreover, as a result of the 2007 amendment, which Congress did not disapprove or modify, the Guidelines now deviate from the statute's 100-to-1 ratio, advancing a ratio that varies (at different offense levels) between 25 to 1 and 80 to 1. Pp. 16–18.

(3) Finally, the Government argues that if district courts are free to deviate from the Guidelines based on disagreements with the crack/powder ratio, “unwarranted sentence disparities,” 18 U. S. C. §3553(a)(6), will ensue. The Government claims that, because sentencing courts remain bound by the 1986 Act's mandatory minimum sentences, deviations from the 100-to-1 ratio could result in sentencing “cliffs” around quantities triggering the mandatory minimums. For example, a district court could grant a sizable downward variance to a defendant convicted of distributing 49 grams of crack, but would be required by the statutory minimum to impose a much higher sentence for only 1 additional gram. The LSD Guidelines approved in *Neal*, however, create a similar risk of sentencing “cliffs.” The Government also maintains that, if district courts are permitted to vary from the Guidelines based on their disagreement with the crack/powder disparity, defendants will receive markedly different sentences depending on the particular judge drawn for sentencing. While uniformity remains an important sentencing goal, *Booker* recognized that some departures from uniformity were a necessary cost of the remedy that decision adopted. And as to crack sentences in particular, possible variations among district courts are constrained by the 1986 Act's mandatory minimums. Moreover, to the extent that the Government correctly identifies risks of “unwarranted sentence disparities” within the meaning of §3353(a)(6), the proper solution is for district courts to take account of sentencing practices in other courts and the “cliffs” resulting from the statutory mandatory minimum sentences and weigh these

disparities against the other §3553(a) factors and any unwarranted disparities created by the crack/powder ratio itself. Pp. 18–20.

(c) Booker rendered the Sentencing Guidelines advisory, 543 U. S., at 245, but preserved a key role for the Sentencing Commission. In the ordinary case, the Commission’s recommendation of a sentencing range will “reflect a rough approximation of sentences that might achieve §3553(a)’s objectives.” *Rita v. United States*, 551 U. S. ___, ___ (slip op., at 11). **The sentencing judge, on the other hand, is “in a superior position to find facts and judge their import under §3553(a) in each particular case.”** *Gall v. United States*, ante, at 13 (internal quotation marks omitted). In light of these discrete institutional strengths, a district court’s decision to vary from the advisory Guidelines may attract greatest respect when the sentencing judge finds a particular case “outside the ‘heartland’ to which the Commission intends individual Guidelines to apply.” *Rita*, 551 U. S., at ___ (slip op., at 12). On the other hand, while the Guidelines are no longer binding, closer review may be in order when the sentencing judge varies from the Guidelines based solely on the judge’s view that the Guidelines range “fails properly to reflect §3553(a) considerations” even in a mine-run case. *Ibid.* The crack cocaine Guidelines, however, present no occasion for elaborative discussion of this matter because those Guidelines do not exemplify the Commission’s exercise of its characteristic institutional role. Given the Commission’s departure from its empirical approach in formulating the crack Guidelines and its subsequent criticism of the crack/powder disparity, it would not be an abuse of discretion for a district court to conclude when sentencing a particular defendant that the crack/powder disparity yields a sentence “greater than necessary” to achieve §3553(a)’s purposes, even in a mine-run case. Pp. 20–21.

2. The 180-month sentence imposed on Kimbrough should survive appellate inspection. The District Court began by properly calculating and considering the advisory Guidelines range. It then addressed the relevant §3553(a) factors, including the Sentencing Commission’s reports criticizing the 100-to-1 ratio. Finally, the court did not purport to establish a ratio of its own, but appropriately framed its final determination in line with §3553(a)’s overarching instruction to “impose a sentence sufficient, but not greater than necessary” to accomplish the sentencing goals advanced in §3553(a)(2). The court thus rested its sentence on the appropriate considerations and “committed no procedural error,” *Gall*, ante, at 17. Kimbrough’s sentence was 4.5 years below the bottom of the Guidelines range. **But in determining that 15 years was the appropriate prison term, the District Court properly homed in on the particular circumstances of Kimbrough’s case** and accorded weight to

the Sentencing Commission's consistent and emphatic position that the crack/powder disparity is at odds with §3553(a). Giving due respect to the District Court's reasoned appraisal, a reviewing court could not rationally conclude that the 4.5- year sentence reduction Kimbrough received qualified as an abuse of discretion.

Anexo D – Syllabus - PEPPER V. UNITED STATES

Certiorari to the United States Court of Appeals for the Eighth Circuit

No. 09–6822

Argued December 6, 2010 - Decided March 2, 2011

After pleading guilty to drug charges, petitioner Pepper was sentenced under the Federal Sentencing Guidelines to 24 months' imprisonment, a nearly 75 percent downward departure from the low end of the Guidelines range based in part on his substantial assistance, followed by five years of supervised release. In *Pepper I*, the Eighth Circuit reversed and remanded for resentencing in light of, *inter alia*, *United States v. Booker*, 543 U. S. 220. Pepper, who had begun serving his supervised release, testified at his resentencing hearing that he was no longer a drug addict, having completed a 500-hour drug treatment program while in prison; that he was enrolled in community college and had achieved very good grades; and that he was working part time. Pepper's father testified that he and his son were no longer estranged, and Pepper's probation officer testified that a 24-month sentence would be reasonable in light of Pepper's substantial assistance, postsentencing rehabilitation, and demonstrated low recidivism risk. The District Court again sentenced Pepper to 24 months, granting a 40 percent downward departure based on Pepper's substantial assistance and a further downward variance based on, *inter alia*, Pepper's rehabilitation since his initial sentencing. In *Pepper II*, the Eighth Circuit again reversed and remanded for resentencing, concluding that Pepper's postsentencing rehabilitation could not be considered as a factor supporting a downward variance, and directing that the case be assigned to a different district judge. After this Court vacated and remanded the *Pepper II* judgment in light of *Gall v. United States*, 552 U. S. 38, the Eighth Circuit, in *Pepper III*, reversed and remanded once more. At the second resentencing hearing, Pepper informed the new district judge that he was still in school, was about to be promoted at his job, and had married and was supporting his new family. Noting the nearly identical remand language of *Pepper II* and *Pepper III*, the court observed that it was not bound to reduce Pepper's range by 40 percent for substantial assistance. Instead, it found him entitled to a 20 percent reduction and refused to grant a further downward variance for, *inter alia*, postsentencing rehabilitation. It imposed a 65-month prison term and 12 months of supervised release. In *Pepper IV*, the Eighth Circuit once again rejected Pepper's postsentencing rehabilitation argument. It also rejected his claim that the law of the case from

Pepper II and *Pepper III* required the District Court to reduce the applicable Guidelines range by at least 40 percent.

Held:

1. *When a defendant's sentence has been set aside on appeal, a district court at resentencing may consider evidence of the defendant's postsentencing rehabilitation, and such evidence may, in appropriate cases, support a downward variance from the now-advisory Guidelines range. Pp. 9–27.*

(a) Consistent with the principle that “the punishment should fit the offender and not merely the crime,” *Williams v. New York*, 337 U. S. 241, 247, this Court has observed a consistent and uniform policy “under which a sentencing judge could exercise a wide discretion in the sources and types of evidence used to assist him in determining the kind and extent of punishment to be imposed within limits fixed by law,” *id.*, at 246, particularly “the fullest information possible concerning the defendant’s life and characteristics,” *id.*, at 247. That principle is codified at 18 U. S. C. §3661, which provides that “[n]o limitation shall be placed on the information” a sentencing court may consider “concerning the [defendant’s] background, character, and conduct,” and at §3553(a), which specifies that sentencing courts must consider, among other things, a defendant’s “history and characteristics,” §3553(a)(1). The Guidelines, which *Booker* made “effectively advisory,” 543 U. S., at 245, “should be the starting point and the initial benchmark,” but district courts may impose sentences within statutory limits based on appropriate consideration of all of the §3553(a) factors, subject to appellate review for “reasonableness,” *Gall v. United States*, 552 U. S. 38, 49–51. This sentencing framework applies both at initial sentencing and at any subsequent resentencing after a sentence has been set aside on appeal. Pp. 9–12.

(b) Postsentencing rehabilitation evidence may support a downward variance from the advisory Guidelines range. The plain language of §3661 makes clear that there is “[n]o limitation ... on ... background, character, and conduct” information, and it makes no distinction between an initial sentencing and a subsequent resentencing. In addition, postsentencing rehabilitation evidence may be highly relevant to several §3553(a) factors that district courts are required to consider at sentencing. The extensive evidence of *Pepper*’s rehabilitation since his initial sentencing is clearly relevant to the selection of an appropriate sentence here. Most fundamentally, that evidence provides the most up-to-date picture of his “history and characteristics.” §3553(a)(1). At the time of his initial sentencing, he was an

unemployed drug addict who was estranged from his family and sold drugs. By his second resentencing, he had been drug-free for nearly five years, was attending college, was a top employee slated for promotion, had re-established a relationship with his father, and was married and supporting a family. His postsentencing conduct also sheds light on the likelihood that he will engage in future criminal conduct, a central factor that sentencing courts must consider. See §§3553(a)(2)(B)–(C). Pp. 12–15.

(c) The contrary arguments advanced by *amicus* appointed to defend the judgment are unpersuasive. Pp. 15–26.

(1) While §3742(g)(2)—which prohibits a district court at resentencing from imposing a sentence outside the Guidelines range except upon a ground it relied upon at the prior sentencing—effectively precludes a court from considering postsentencing rehabilitation, that provision is invalid after *Booker*. Like the provisions invalidated in *Booker*—§§3553(b)(1) and 3742(e)—§3742(g)(2) requires district courts effectively to treat the Guidelines as mandatory in an entire set of cases. Thus, the proper remedy is to invalidate the provision. While applying §3742(g)(2) at resentencing would not always result in a Sixth Amendment violation, this Court rejects a partial invalidation that would leave the Guidelines effectively mandatory in some cases and advisory in others. The fact that §3742(g)(2) permits a resentencing court on remand to impose a non-Guidelines sentence where the prior sentence expressly relied on a departure upheld by the court of appeals also does not cure the constitutional infirmity. And the argument that any constitutional infirmity in §3742(g)(2) can be remedied by invalidating §3742(j)(1)(B) is rejected. Pp. 15–20.

(2) This Court finds unpersuasive *amicus*' arguments focusing on Congress' sentencing objectives under §3553(a). Contrary to *amicus*' contention, §3742(g)(2) does not reflect a congressional purpose to preclude consideration of postsentencing rehabilitation evidence. Thus, that provision has no bearing on this Court's analysis of whether §3553(a) permits consideration of such evidence. Nor is the consideration of postsentencing rehabilitation inconsistent with the sentencing factor in §3553(a)(5)—which directs sentencing courts to consider “any pertinent policy statement” of the Sentencing Commission—particularly as the pertinent policy statement in this case is based on unconvincing policy rationales not reflected in the relevant sentencing statutes. Consideration of postsentencing rehabilitation is also not inconsistent with §3553(a)(6)—which requires courts to consider “the need to avoid unwarranted sentenc[ing] disparities among defendants with similar records who have been

found guilty of similar conduct”—as any disparity arises only from the normal trial and sentencing process. The differences in procedural opportunity that may result because some defendants are inevitably sentenced in error and must be resentenced are not the kinds of “unwarranted” sentencing disparities that Congress sought to eliminate under §3553(a)(6). Pp. 21–26.

(d) On remand, the District Court should consider and give appropriate weight to the postsentencing rehabilitation evidence, as well as any additional evidence concerning Pepper’s conduct since his last sentencing. Pp. 26–27.

2. Because the Eighth Circuit in *Pepper III* set aside Pepper’s entire sentence and remanded for *de novo* resentencing, the District Court was not bound by the law of the case doctrine to apply the same 40 percent departure applied by the original sentencing judge. To avoid undermining a district court’s original sentencing intent, an appellate court when reversing one part of a sentence “may vacate the entire sentence ... so that, on remand, the trial court can reconfigure the sentencing plan ... to satisfy [§3553(a)’s] sentencing factors.” *Greenlaw v. United States*, 554 U. S. 237, 253. That is what the Eighth Circuit did here. Pp. 27–30.

570 F. 3d 958, vacated in part, affirmed in part, and remanded.

Sotomayor, J., delivered the opinion of the Court, in which Roberts, C. J., and Scalia, Kennedy, and Ginsburg, JJ., joined, and in which Breyer and Alito, JJ., joined as to Part III. Breyer, J., filed an opinion concurring in part and concurring in the judgment. Alito, J., filed an opinion concurring in part, concurring in the judgment in part, and dissenting in part. Thomas, J., filed a dissenting opinion. Kagan, J., took no part in the consideration or decision of the case.

Anexo E – Syllabus - SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

JOHNSON v. UNITED STATES

CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE EIGHTH
CIRCUIT No. 13–7120.

Argued November 5, 2014 - Reargued April 20, 2015 - Decided June 26, 2015

After petitioner Johnson pleaded guilty to being a felon in possession of a firearm, see 18 U. S. C. §922(g), the Government sought an enhanced sentence under the Armed Career Criminal Act, which imposes an increased prison term upon a defendant with three prior convictions for a “violent felony,” §924(e)(1), a term defined by §924(e)(2)(B)’s residual clause to include any felony that “involves conduct that presents a serious potential risk of physical injury to another.” The Government argued that Johnson’s prior conviction for unlawful possession of a short-barreled shotgun met this definition, making the third conviction of a violent felony. This Court had previously pronounced upon the meaning of the residual clause in *James v. United States*, 550 U. S. 192; *Begay v. United States*, 553 U. S. 137; *Chambers v. United States*, 555 U. S. 122; and *Sykes v. United States*, 564 U. S. 1, and had rejected suggestions by dissenting Justices in both *James* and *Sykes* that the clause is void for vagueness. Here, the District Court held that the residual clause does cover unlawful possession of a short-barreled shotgun, and imposed a 15-year sentence under ACCA. The Eighth Circuit affirmed.

Held: Imposing an increased sentence under ACCA’s residual clause violates due process. Pp. 3–15. (a) The Government violates the Due Process Clause when it takes away someone’s life, liberty, or property under a criminal law so vague that it fails to give ordinary people fair notice of the conduct it punishes, or so standardless that it invites arbitrary enforcement. *Kolender v. Lawson*, 461 U. S. 352, 357–358. Courts must use the “categorical approach” when deciding whether an offense is a violent felony, looking “only to the fact that the defendant has been convicted of crimes falling within certain categories, and not to the facts underlying the prior convictions.” *Taylor v. United States*, 495 U. S. 575, 600. Deciding whether the residual clause covers a crime thus requires a court to picture the kind of conduct that the crime involves in “the ordinary case,” and to judge whether that abstraction presents a serious potential risk of physical injury. *James*, supra, at 208. Pp. 3–5. (b) Two features of the residual clause conspire to make it unconstitutionally vague. By tying the judicial assessment of risk to a judicially imagined “ordinary case” of a crime rather than to real-world facts or

statutory elements, the clause leaves grave uncertainty about how to estimate the risk posed by a crime. See *James*, supra, at 211. At the same time, the residual clause leaves uncertainty about how much risk it takes for a crime to qualify as a violent felony. Taken together, these uncertainties produce more unpredictability and arbitrariness than the Due Process Clause tolerates. This Court's repeated failure to craft a principled standard out of the residual clause and the lower courts' persistent inability to apply the clause in a consistent way confirm its hopeless indeterminacy. Pp. 5–10.(c) This Court's cases squarely contradict the theory that the residual clause is constitutional merely because some underlying crimes may clearly pose a serious potential risk of physical injury to another. See, e.g., *United States v. L. Cohen Grocery Co.*, 255 U. S. 81, 89. Holding the residual clause void for vagueness does not put other criminal laws that use terms such as “substantial risk” in doubt, because those laws generally require gauging the riskiness of an individual's conduct on a particular occasion, not the riskiness of an idealized ordinary case of the crime. Pp. 10–13.(d) The doctrine of stare decisis does not require continued adherence to *James* and *Sykes*. Experience leaves no doubt about the unavoidable uncertainty and arbitrariness of adjudication under the residual clause. *James* and *Sykes* opined about vagueness without full briefing or argument. And continued adherence to those decisions would undermine, rather than promote, the goals of evenhandedness, predictability, and consistency served by stare decisis. Pp. 13–15. 526 Fed. Appx. 708, reversed and remanded.

SCALIA, J., delivered the opinion of the Court, in which ROBERTS, C. J., and GINSBURG, BREYER, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., joined. KENNEDY, J., and THOMAS, J., filed opinions concurring in the judgment. ALITO, J., filed a dissenting opinion.

Anexo F - PRISON OVERCROWDING STATE OF EMERGENCY PROCLAMATION

WHEREAS, various trends and factors, including population increases, parole policies, sentencing laws, and recidivism rates have created circumstances in which the CDCR is now required to house a record number of inmates in the CDCR prison system, making the CDCR prison system the largest state correctional system in the United States, **with a total inmate population currently at an all-time high of more than 170,000 inmates**; and

WHEREAS, due to the record number of inmates currently housed in prison in California, all 33 CDCR prisons are now at or above maximum operational capacity, and 29 of the prisons are so overcrowded that the CDCR is required to house more than **15,000 inmates in conditions that pose substantial safety risks**, namely, prison areas never designed or intended for inmate housing, including, but not limited to, common areas such as prison gymnasiums, dayrooms, and program rooms, with approximately 1,500 inmates sleeping in triple-bunks; and

WHEREAS, the current severe overcrowding **in 29 CDCR prisons has caused substantial risk to the health and safety of the men and women who work inside these prisons and the inmates housed in them** [...]

WHEREAS, in addition to all of the above, **in the 29 prisons with severe overcrowding**, the following circumstances exist:

Avenal State Prison has an operational housing capacity of **5,768** inmates, but it currently houses **7,422** inmates, with 1,654 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 64 incidents of assault/battery by inmates — 31 of them against CDCR staff — along with 15 riots/meles, and 27 weapon confiscations.

The California Correctional Center has an operational housing capacity of **5,724** inmates, but it currently houses **6,174** inmates, with 450 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 128 incidents of assault/battery by inmates — 16 of them against CDCR staff — along with 34 riots/meles, and 21 weapon confiscations.

The California Correctional Institution has an operational housing capacity of **4,931**, but it currently houses **5,702** inmates, with

771 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 125 incidents of assault/battery by inmates — 79 of them against CDCR staff — along with 5 riots/melees, and 57 weapon confiscations.

Centinela State Prison has an operational housing capacity of 4,368, but it currently houses 4,956 inmates, with 588 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 141 incidents of assault/battery by inmates — 30 of them against CDCR staff — along with 10 riots/melees, and 151 weapon confiscations.

The California Institution for Men has an operational housing capacity of 5,372, but it currently houses 6,615 inmates, with 1,243 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 170 incidents of assault/battery by inmates — 57 of them against CDCR staff — along with 21 riots/melees, and 47 weapon confiscations.

The California Institution for Women has an operational housing capacity of 2,228, but it currently houses 2,624 inmates, with 396 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 65 incidents of assault/battery by inmates — 26 of them against CDCR staff — and 6 weapon confiscations.

The California Men's Colony has an operational housing capacity of 6,294, but it currently houses 6,574 inmates, with 280 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 151 incidents of assault/battery by inmates — 33 of them against CDCR staff — along with 11 riots/melees, and 29 weapon confiscations.

The California State Prison at Corcoran has an operational housing capacity of 4,954, but it currently houses 5,317 inmates, with 363 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 147 incidents of assault/battery by inmates — 58 of them against CDCR staff — along with 5 riots/melees, and 111 weapon confiscations.

The California Rehabilitation Center has an operational housing capacity of 4,660, but it currently houses 4,856 inmates, with 196 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 65 incidents of assault/battery by inmates — 28 of them against CDCR staff — 9 riots/melees, and 34 weapon confiscations.

The Correctional Training Facility has an operational housing capacity of 6,157, but it currently houses 7,027 inmates, with 870 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 85 incidents of assault/battery by inmates — 26 of them against CDCR staff — along with 9 riots/meles, and 27 weapon confiscations.

Chuckawalla Valley State Prison has an operational housing capacity of 3,443, but it currently houses 4,292 inmates, with 849 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 50 incidents of assault/battery by inmates — 11 of them against CDCR staff — along with 5 riots/meles, and 21 weapon confiscations.

Deuel Vocational Institution has an operational housing capacity of 3,115, but it currently houses 3,911 inmates, with 796 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 114 incidents of assault/battery by inmates — 54 of them against CDCR staff — along with 7 riots/meles, and 37 weapon confiscations.

High Desert State Prison has an operational housing capacity of 4,346, but it currently houses 4,706 inmates, with 360 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 351 incidents of assault/battery by inmates — 44 of them against CDCR staff — along with 6 riots/meles, and 289 weapon confiscations.

Ironwood State Prison has an operational housing capacity of 4,185, but it currently houses 4,665 inmates, with 480 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 96 incidents of assault/battery by inmates — 19 of them against CDCR staff — along with 14 riots/meles, and 52 weapon confiscations.

Kern Valley State Prison has an operational housing capacity of 4,566, but it currently houses 4,686 inmates, with 120 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 146 incidents of assault/battery by inmates — 60 of them against CDCR staff — along with 10 riots/meles, and 46 weapon confiscations.

The California State Prison at Los Angeles has an operational housing capacity of 4,230, but it currently houses 4,698 inmates, with 468 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 211 incidents of assault/battery by inmates — 123 of them against CDCR staff — along with 4 riots/meles, and 101 weapon confiscations.

Mule Creek State Prison has an operational housing capacity of 3,197, but it currently houses 3,929 inmates, with 732 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 65 incidents of assault/battery by inmates — 35 of them against CDCR staff — along with 1 riot/melee, and 28 weapon confiscations.

North Kern State Prison has an operational housing capacity of 5,189, but it currently houses 5,365 inmates, with 176 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 135 incidents of assault/battery by inmates — 43 of them against CDCR staff — along with 16 riots/melees, and 70 weapon confiscations.

Pelican Bay State Prison has an operational housing capacity of 3,444, but it currently houses 3,604 inmates, with 160 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 256 incidents of assault/battery by inmates — 88 of them against CDCR staff — along with 9 riots/melees, and 106 weapon confiscations.

Pleasant Valley State Prison has an operational housing capacity of 4,368, but it currently houses 5,112 inmates, with 744 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 205 incidents of assault/battery by inmates — 59 of them against CDCR staff — along with 12 riots/melees, and 26 weapon confiscations.

The Richard J. Donovan Correctional Facility has an operational housing capacity of 4,120, but it currently houses 4,720 inmates, with 600 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 244 incidents of assault/battery by inmates — 118 of them against CDCR staff — along with 11 riots/melees, and 96 weapon confiscations.

The California State Prison at Sacramento has an operational housing capacity of 2,973, but it currently houses 3,213 inmates, with 240 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 264 incidents of assault/battery by inmates — 159 of them against CDCR staff — along with 5 riots/melees, and 118 weapon confiscations.

The California Substance Abuse Treatment Facility and State Prison at Corcoran has an operational housing capacity of 6,360, but it currently houses 7,593 inmates, with 1,233 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 120 incidents of assault/battery by inmates — 53 of them against

CDCR staff — along with 20 riots/melees, and 124 weapon confiscations.

The Sierra Conservation Center has an operational housing capacity of 5,657, but it currently houses 6,107 inmates, with 450 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 61 incidents of assault/battery by inmates — 18 of them against CDCR staff — along with 19 riots/melees, and 50 weapon confiscations.

The California State Prison at Solano has an operational housing capacity of 5,070, but it currently houses 5,858 inmates, with 788 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 60 incidents of assault/battery by inmates — 26 of them against CDCR staff — along with 4 riots/melees, and 114 weapon confiscations.

San Quentin State Prison has an operational housing capacity of 4,933, but it currently houses 5,183 inmates, with 287 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 262 incidents of assault/battery by inmates — 123 of them against CDCR staff — along with 15 riots/melees, and 118 weapon confiscations.

Salinas Valley State Prison has an operational housing capacity of 4,200, but it currently houses 4,680 inmates, with 480 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 181 incidents of assault/battery by inmates — 82 of them against CDCR staff — along with 7 riots/melees, and 91 weapon confiscations.

Valley State Prison for Women has an operational housing capacity of 3,902, but it currently houses 3,958 inmates, with 56 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 125 incidents of assault/battery by inmates — 75 of them against CDCR staff — and 15 weapon confiscations.

Wasco State Prison has an operational housing capacity of 5,838, but it currently houses 6,098 inmates, with 260 inmates housed in areas designed for other purposes. At the same time, in the last year, there were 226 incidents of assault/battery by inmates — 97 of them against CDCR staff — along with 32 riots/melees, and 82 weapon confiscations.

WHEREAS, in addition to the 1,671 incidents of violence perpetrated in these 29 severely overcrowded prisons by inmates against CDCR staff last year, and the 2,642 incidents of

violence perpetrated in these prisons on inmates by other inmates in the last year, the suicide rate in these 29 prisons is approaching an average of one per week; and [...]

WHEREAS, overcrowded prisons in other states have experienced some of the deadliest prison riots in American history, including:

In **1971**, the nation's deadliest prison riot occurred in *Attica*, New York, resulting in the death of 43 people. On the day of this riot, the prison — which was built for 1600 — housed approximately 2,300 inmates.

In **1981**, a riot occurred in the *New Mexico State Penitentiary*. More than 30 inmates were killed, more than 100 people were injured, and 12 officers were taken hostage, some of whom were beaten, sexually assaulted, and/or raped. On the day of this riot, the prison — which was built for 900 — housed approximately 1,136 inmates.

In **1993**, a riot occurred in *Lucasville*, Ohio. One officer was murdered, four officers were seriously injured, and nine inmates were killed. On the day of this riot, the prison - which was built for 1600 - housed approximately 2,300 inmates.

WHEREAS, **I believe immediate action is necessary to prevent death and harm caused by California's severe prison overcrowding;** and

WHEREAS, the overcrowding crisis gets worse with each passing day, creating an emergency in the California prison system.

NOW, THEREFORE, I, ARNOLD SCHWARZENEGGER, Governor of the State of California, in light of the aforementioned, find that conditions of **extreme peril to the safety of persons and property exist in the 29 CDCR prisons identified above, due to severe overcrowding, and that the magnitude of the circumstances exceeds the capabilities of the services, personnel, equipment, and facilities of any geographical area in this state.**

Additionally, the counties within the state are harmed by this situation, as the inability to appropriately house inmates directly impacts local jail capacity and the early release of felons. This crisis spans the eastern, western, northern, and southern parts of the state and compromises the public's safety, and I find that local authority is inadequate to cope with the emergency. Accordingly, under the authority of the California Emergency Services Act, set forth at Title 2, Division 1, Chapter 7 of the California Government Code, commencing with

section 8550, **I hereby proclaim that a State of Emergency exists within the State of California's prison system.**

I FURTHER DIRECT that as soon as hereafter possible, this proclamation be filed in the Office of the Secretary of State and that widespread publicity and notice be given of this proclamation.

IN WITNESS WHEREOF I have here unto set my hand and caused the Great Seal of the State of California to be affixed this *4th day of October 2006*.

ARNOLD SCHWARZENEGGER,

Governor of California

**Anexo G – Syllabus - BROWN, GOVERNOR OF CALIFORNIA, ET AL.
v. PLATA ET AL.**

Appeal from the United States District Courts for the Eastern and Northern Districts of
California

No. 09 - 1233. Argued November 30, 2010 - Decided May 23, 2011

California’s prisons are designed to house a population just under 80,000, but at the time of the decision under review the population was almost double that. The resulting conditions are the subject of two federal class actions. In *Coleman v. Brown*, filed in 1990, the District Court found that prisoners with serious mental illness do not receive minimal, adequate care. A Special Master appointed to oversee remedial efforts reported 12 years later that the state of mental health care in California’s prisons was deteriorating due to increased overcrowding. In *Plata v. Brown*, filed in 2001, the State conceded that deficiencies in prison medical care violated prisoners’ Eighth Amendment rights and stipulated to a remedial injunction. But when the State had not complied with the injunction by 2005, the court appointed a Receiver to oversee remedial efforts. Three years later, the Receiver described continuing deficiencies caused by overcrowding. Believing that a remedy for unconstitutional medical and mental health care could not be achieved without reducing overcrowding, the *Coleman* and *Plata* plaintiffs moved their respective District Courts to convene a three-judge court empowered by the Prison Litigation Reform Act of 1995 (PLRA) to order reductions in the prison population. The judges in both actions granted the request, and the cases were consolidated before a single three-judge court. **After hearing testimony and making extensive findings of fact, the court ordered California to reduce its prison population to 137.5% of design capacity within two years.** Finding that the prison population would have to be reduced if capacity could not be increased through new construction, the court ordered the State to formulate a compliance plan and submit it for court approval.

Held:

1. The court-mandated population limit is necessary to remedy the violation of prisoners’ constitutional rights and is authorized by the PLRA. Pp. 12–41.

(a) If a prison deprives prisoners of basic sustenance, including adequate medical care, the courts have a responsibility to remedy the resulting Eighth Amendment violation. See *Hutto v. Finney*, 437 U. S. 678, 687, n. 9. They must consider a range of options, including the

appointment of special masters or receivers, the possibility of consent decrees, and orders limiting a prison's population. Under the PLRA, only a three-judge court may limit a prison population. 18 U. S. C. §3626(a)(3). Before convening such a court, a district court must have entered an order for less intrusive relief that failed to remedy the constitutional violation and must have given the defendant a reasonable time to comply with its prior orders. §3626(a)(3)(A). Once convened, the three-judge court must find by clear and convincing evidence that "crowding is the primary cause of the violation" and "no other relief will remedy [the] violation," §3626(a) (3) (E); and that the relief is "narrowly drawn, extends no further than necessary. . . , and is the least intrusive means necessary to correct the violation," §3626 (a) (1) (A). The court must give "substantial weight to any adverse impact on public safety or the operation of a criminal justice system caused by the relief." *Ibid.* Its legal determinations are reviewed *de novo*, but its factual findings are reviewed for clear error. Pp. 12–15.

(b) The Coleman and Plata courts acted reasonably in convening a three-judge court. Pp. 15–19.

(1) The merits of the decision to convene are properly before this Court, which has exercised its 28 U. S. C. §1253 jurisdiction to determine the authority of a court below, including whether a three-judge court was properly constituted. *Gonzalez v. Automatic Employees Credit Union*, 419 U. S. 90, 95, n. 12. Pp. 15–16.

(2) Section 3626(a)(3)(A)(i)'s previous order requirement was satisfied in Coleman by the Special Master's 1995 appointment and in Plata by the 2002 approval of a consent decree and stipulated injunction. Both orders were intended to remedy constitutional violations and were given ample time to succeed—12 years in Coleman, and 5 years in Plata. Contrary to the State's claim, §3626(a)(3)(A)(ii)'s reasonable time requirement did not require the District Courts to give more time for subsequent remedial efforts to succeed. Such a reading would in effect require courts to impose a moratorium on new remedial orders before issuing a population limit, which would delay an eventual remedy, prolong the courts' involvement, and serve neither the State nor the prisoners. The Coleman and Plata courts had a solid basis to doubt that additional efforts to build new facilities and hire new staff would achieve a remedy, given the ongoing deficiencies recently reported by both the Special Master and the Receiver. Pp. 16–19.

(c) The three-judge court did not err in finding that "crowding[was] the primary cause of the

violation,” §3626(a)(3)(E)(i). Pp. 19–29.

(1) The trial record documents the severe impact of burgeoning demand on the provision of care. **The evidence showed that there were high vacancy rates for medical and mental health staff, e.g., 20% for surgeons and 54.1% for psychiatrists;** that these numbers understated the severity of the crisis because the State has not budgeted sufficient staff to meet demand; **and that even if vacant positions could be filled, there would be insufficient space for the additional staff.** Such a shortfall contributes to significant delays in treatingmentally ill prisoners, who are housed in administrative segregation for extended periods while awaiting transfer to scarce mental healthtreatment beds. **There are also backlogs of up to 700 prisoners waiting to see a doctor for physical care.** Crowding creates unsafe and unsanitary conditions that hamper effective delivery of medical andmental health care. It also promotes unrest and violence and can cause prisoners with latent mental illnesses to worsen and develop overt symptoms. Increased violence requires increased reliance on lockdowns to keep order, and lockdowns further impede the effective delivery of care. Overcrowding’s effects are particularly acute inprison reception centers, which process 140,000 new or returning prisoners annually, and which house some prisoners for their entire incarceration period. **Numerous experts testified that crowding is the primary cause of the constitutional violations.** Pp. 19–24.

(2) Contrary to the State’s claim, the three-judge court properly admitted, cited, and considered evidence of current prison conditions as relevant to the issues before it. Expert witnesses based theirconclusions on recent observations of prison conditions; the court admitted recent reports on prison conditions by the Receiver and Special Master; and both parties presented testimony related to current conditions. The court’s orders cutting off discovery a few months before trial and excluding evidence not pertinent to the issue whether a population limit is appropriate under the PLRA were within the court’s sound discretion. Orderly trial management may require discovery deadlines and a clean distinction between litigation of themerits and the remedy. The State points to no significant evidence that it was unable to present and that would have changed the outcome here. Pp. 24–26.

(3) **It was permissible for the three-judge court to conclude that overcrowding was the “primary,” but not the only, cause of the violations, and that reducing crowding would not entirely cure the violations.** This understanding of the primary cause requirement is consistent with the PLRA. Had Congress intended to require that crowding be the only cause,

the PLRA would have said so. Pp. 26–29.

(d) The evidence supports the three-judge court’s finding that “noother relief [would] remedy the violation,” §3626(a)(3)(E)(ii). The State’s claim that out-of-state transfers provide a less restrictive alternative to a population limit must fail because requiring transfers is a population limit under the PLRA. Even if they could be regarded as a less restrictive alternative, the three-judge court found no evidence of plans for transfers in numbers sufficient to relieve overcrowding. **The court also found no realistic possibility that Californiacould build itself out of this crisis, particularly given the State’s ongoing fiscal problems.** Further, it rejected additional hiring as a realistic alternative, since the prison system was chronically understaffed and would have insufficient space were adequate personnel retained. The court also did not err when it concluded that, absent a populationreduction, the Receiver’s and Special Master’s continued efforts would not achieve a remedy. Their reports are persuasive evidence that, with no reduction, any remedy might prove unattainable and would at the very least require vast expenditures by the State. The State asserts that these measures would succeed if combined, but a long history of failed remedial orders, together with substantial evidence of overcrowding’s deleterious effects on the provision of care, compels a different conclusion here. Pp. 29–33.

(e) The prospective relief ordered here was narrowly drawn, extended no further than necessary to correct the violation, and was the least intrusive means necessary to correct the violation. Pp. 33–41.

(1) The population limit does not fail narrow tailoring simplybecause prisoners beyond the plaintiff class will have to be releasedthrough parole or sentencing reform in order to meet the required reduction. While narrow tailoring requires a “fit” between the [remedy’s] ends and the means chosen to accomplish those ends, *Board of Trustees of State Univ. of N. Y. v. Fox*, 492 U. S. 469, 480, a narrow and otherwise proper remedy for a constitutional violation is not invalid simply because it will have collateral effects. Nor does the PLRA require that result. **The order gives the State flexibility to determine who should be released,** and the State could move the threejudge court to modify its terms. The order also is not overbroad because it encompasses the entire prison system, rather than separately assessing each institution’s need for a population limit. The *Coleman* court found a systemwide violation, and the State stipulatedto systemwide relief in *Plata*. Assuming no constitutional violation results, some facilities may retain populations in excess of the 137.5% limit provided others fall sufficiently

below it so the system as a whole remains in compliance with the order. This will afford the State flexibility to accommodate differences between institutions. The order may shape or control the State's authority in the realm of prison administration, but it leaves much to the State's discretion. The order's limited scope is necessary to remedy a constitutional violation. The State may move the three-judge court to modify its order, but it has proposed no realistic alternative remedy at this time. Pp. 33–36.

(2) **The three-judge court gave “substantial weight” to any potential adverse impact on public safety from its order.** The PLRA's “substantial weight” requirement does not require the court to certify that its order has no possible adverse impact on the public. Here, **statistical evidence showed that prison populations had been lowered without adversely affecting public safety in some California counties, several States, and Canada.** The court found that various available methods of reducing overcrowding—good time credits and diverting low-risk offenders to community programs—would have little or no impact on public safety, and its order took account of such concerns by giving the State substantial flexibility to select among the means of reducing overcrowding. The State complains that the court approved the State's population reduction plan without considering whether its specific measures would substantially threaten public safety. But the court left state officials the choice of how best to comply and was not required to second-guess their exercise of discretion. Developments during the pendency of this appeal, when the State has begun to reduce the prison population, support the conclusion that a reduction can be accomplished without an undue negative effect on public safety. Pp. 37–41.

2. The three-judge court's order, subject to the State's right to seek its modification in appropriate circumstances, must be affirmed. Pp. 41–48.

(a) To comply with the PLRA, a court must set a population limit at the highest level consistent with an efficacious remedy, and it must order the population reduction to be achieved in the shortest period of time reasonably consistent with public safety. Pp. 41–42.

(b) **The three-judge court's conclusion that the prison populations should be capped at 137.5% of design capacity was not clearly erroneous. The court concluded that the evidence supported a limit between the 130% limit supported by expert testimony and the Federal Bureau of Prisons and the 145% limit recommended by the State Corrections Independent Review Panel.** The PLRA's narrow tailoring requirement is

satisfied so long as such equitable, remedial judgments are made with the objective of releasing the fewest possible prisoners consistent with an efficacious remedy. Pp. 42–44.

(c) The three-judge court did not err in providing a 2-year deadline for relief, especially in light of the State’s failure to contest the issue at trial. The State has not asked this Court to extend the deadline, but the three-judge court has the authority, and responsibility, to amend its order as warranted by the exercise of sound discretion. Proper respect for the State and for its governmental processes require that court to exercise its jurisdiction to accord the State considerable latitude to find mechanisms and make plans that will promptly and effectively correct the violations consistent with public safety. The court may, *e.g.*, grant a motion to extend the deadline if the State meets appropriate preconditions designed to ensure that the plan will be implemented without undue delay. Such observations reflect the fact that the existing order, like all ongoing equitable relief, must remain open to appropriate modification, and are not intended to cast doubt on the validity of the order’s basic premise. Pp. 44–48.

Affirmed.

KENNEDY, J., delivered the opinion of the Court, in which GINSBURG, BREYER, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., joined. SCALIA, J., filed a dissenting opinion, in which THOMAS, J., joined. ALITO, J., filed a dissenting opinion, in which ROBERTS, C. J., joined.

Anexo H - Remarks by the President at the NAACP Conference

**Pennsylvania Convention Center
Philadelphia, Pennsylvania³⁷⁸**

(tradução livre)

(...)

Hoje eu quero focar em um aspecto da vida americana que permanece particularmente distorcida pela raça e pela riqueza, uma fonte de desigualdade que tem efeitos em cascata sobre as famílias e comunidades e, finalmente, na nossa nação, ou seja, o nosso sistema de justiça criminal. Isto não é um novo tópico. (...) Há uma longa história de desigualdade no sistema de justiça penal na América. (...) O que mudou, porém, é que, nos últimos anos, os Americanos abriram seus olhos para mais essa verdade. (...) Não podemos mais fechar os nossos olhos.

E a grande notícia é que algumas boas pessoas, de todos os quadrantes políticos, estão começando a pensar que precisamos fazer algo a respeito. Então, vamos olhar para as estatísticas. Os Estados Unidos têm 5% da população mundial, mas 25% dos prisioneiros do mundo. Pensem sobre isso. Nossa taxa de encarceramento é quatro vezes superior a da China. Mantemos mais pessoas atrás das grades que os 35 países europeus combinados. E nem sempre foi o caso. Observamos uma explosão enorme nas taxas de encarceramento. Em 1980, havia 500.000 pessoas atrás das grades na América: meio milhão de pessoas em 1980. (...) Hoje, existem 2,2 milhões, ou seja, o quantitativo quadruplicou desde 1980. Nossa população carcerária dobrou apenas nas últimas duas décadas. Agora, precisamos ser honestos. (...) Ao longo das últimas décadas, prendemos infratores de drogas não-violentos mais do que em qualquer outro período, por mais tempo do que nunca. E esta é a verdadeira razão da nossa população carcerária ser tão alta. Em muitos casos, a punição simplesmente não corresponde à gravidade do crime. Se você é um pequeno traficante, ou se viola a sua condicional, deve responder à sociedade por sua conduta. (...) Mas não deve ser por 20 anos de reclusão ou por uma vida inteira atrás das grades. Isso é desproporcional.

³⁷⁸ *THE WHITE HOUSE. Office of the Press Secretary. Remarks by the President at the NAACP Conference.* Washington, 2015. Disponível em <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/07/14/remarks-president-naacp-conference>>. Acesso em 20.jul.2015.

E a propósito, os contribuintes estão pagando essa conta. Todos os anos, gastamos US \$80 bilhões para manter pessoas encarceradas. Agora, só para colocar isso em perspectiva, para US \$ 80 bilhões, poderíamos ter ensino pré-escolar universal gratuito para todas as crianças de 3 ou 4 anos. É isso que US \$80 bilhões compra. Por US \$80 bilhões, poderíamos dobrar o salário de todos os professores de ensino médio nos EUA. Por US \$80 bilhões, poderíamos financiar novas estradas, pontes, aeroportos, programas de treinamento para o mercado de trabalho, pesquisa e desenvolvimento. (...) É muito dinheiro. Ao invés de gastar tanto dinheiro para manter essa população trancada por um ano, poderíamos eliminar mensalidades em cada uma de nossas universidades e faculdades públicas. (...) Aproximadamente, um terço do orçamento do Ministério da Justiça vai para a prisão. (...)

E, claro, há custos que não podem ser medidos em dólares e centavos. (...) Afrodescendentes e latinos compõem 30% da nossa população; eles compõem 60% dos nossos presos. Cerca de um em cada 35 homens afrodescendentes, um em cada 88 homens latinos está cumprindo pena agora. Entre os homens brancos, esse número é um em 214. Os rapazes negros e latinos estão sendo tratados de forma diferente nos termos da lei. (...) E eu quero ser claro - isto não é piada nem conversa fiada: um crescente corpo de pesquisa mostra que as pessoas de cor são mais propensas a ser paradas, revistas, questionadas, acusadas e detidas. Afrodescendentes são mais propensos a serem presos. Eles são mais propensos a serem condenados. E uma das consequências disto é que, aproximadamente 1 milhão de pais estão atrás das grades. Cerca de uma em nove crianças negras tem um pai na prisão. Qual o impacto disto para nossas comunidades? E para as nossas crianças? Nossa nação está sendo roubada de homens e mulheres que poderiam ser trabalhadores e contribuintes, poderiam ser mais ativamente envolvidos nas vidas de seus filhos, poderiam ser modelos, poderiam ser líderes comunitários e, agora, eles estão presos por um crime não-violento. Então o nosso sistema de justiça criminal não é tão inteligente como deveria ser. Ele não está nos deixando tão seguros como deveria. Ele não é tão justo como deveria ser. O encarceramento em massa piora nosso país, e precisamos fazer algo a respeito. Mas eis a boa notícia. (...) Na verdade, hoje, em Washington, senadores republicanos de Utah e Texas estão se unindo a senadores democratas de New Jersey e Rhode Island para falar sobre como o Congresso pode passar uma significativa reforma penal ainda este ano. Isso é uma boa notícia. (...) Isso não acontece muito frequentemente. E não no Senado. Esta é uma causa que deve aproximar as pessoas nas duas casas do Congresso. (...) Existem Estados do Texas e Carolina do Sul até a Califórnia e

Connecticut que agiram para reduzir suas populações carcerárias nos últimos cinco anos e viram seus índices de criminalidade caírem. (...)

Minha administração tem tomado medidas para reduzir nossa população prisional federal. Eu assinei uma lei reduzindo a disparidade de 100:1 relativamente ao crack e a cocaína pura. Eu comutei as sentenças de dezenas de pessoas condenadas sob antigas leis de drogas que agora reconhecemos injustas. Ontem mesmo anunciei que o indulto de mais dezenas de presos. (...)

E recentemente, algo extraordinário aconteceu. Pela primeira vez em 40 anos, a taxa de criminalidade e taxa de encarceramento nos EUA diminuíram ao mesmo tempo. Isso aconteceu no ano passado. Então, há algum impulso para a reforma. Há evidências de que precisamos de uma reforma. (...) Nós temos que nos certificar de que nosso sistema de justiça juvenil se lembre de que os jovens são diferentes. Não podemos simplesmente marcá-los como futuros criminosos. Devemos falar com eles como futuros cidadãos. (...)

Para crimes de drogas não-violentos, precisamos diminuir o tempo das sentenças mínimas obrigatórias – ou mesmo nos livrarmos delas completamente. (...) Nós deveremos passar um projeto de reforma de sentença no Congresso ainda neste ano. (...)

Nós precisamos de promotores que usem suas prerrogativas para buscar a melhor punição, aquela que sera a mais eficaz, em vez de apenas o maior castigo. Devemos investir em alternativas à prisão, como os juízos de drogas e tratamento e programas correlatos (...) Então, na quinta-feira, serei o primeiro Presidente a visitar uma prisão federal. Eu vou colocar um holofote sobre esta questão, porque conquanto as pessoas presas tenham cometido alguns erros – e, às vezes, grandes erros - eles também são Americanos (...) Nós não devemos tolerar as condições de uma prisão que não correspondam a de um país civilizado. Nós não devemos ser tolerantes com a superlotação das prisões. Nós não devemos tolerar a atividade de gangues nas prisões. Nós não devemos tolerar estupros nas prisões. E nós não deveria fazer piadas sobre isso na nossa cultura popular. Isso não é brincadeira. Estas coisas são inaceitáveis. Além disso, eu pedi ao meu procurador-geral para iniciar uma revisão do uso excessivo de confinamento solitário em prisões americanas. A ciência tem mostrado que um ambiente como este é muitas vezes mais propício para produzir pessoas mais alienadas, hostis e violentas. Será que faz algum sentido trancafiar tantas pessoas sozinhas em células minúsculas, durante 23 horas por dia, às vezes por meses ou mesmo anos? Isso não nos traz segurança. Isso não nos torna mais fortes. (...) Isso não é inteligente. (...) Conquanto hoje

tenha falado sobre o sistema de justiça criminal, temos de reconhecer que essa questão não pode ser vista de forma isolada. Qualquer sistema que nos permita fazer vista grossa à desesperança e ao desespero, não é um sistema de justiça, mas de injustiça. Mas isso é uma extensão e uma reflexão de algumas decisões mais amplas que estamos fazendo como sociedade. E isso tem que mudar. Isso tem que mudar. (...)

As coisas não são fáceis. É preciso uma longa caminhada. E se tivermos a coragem de dar o primeiro passo, então daremos o segundo passo. E se tivermos a coragem de dar o segundo passo, então de repente nós daremos 10 passos. Quando você vê, já deu 100 passos. Isso ocorre com os indivíduos e também para com uma nação. Nós não somos perfeitos, mas temos a capacidade de nos tornarmos melhores. Milha após milha; passo após passo. Nós estamos em um lugar melhor porque tivemos a coragem de seguir em frente. Então não podemos ignorar os problemas que temos; não podemos parar a corrida. É assim que se ganha. É assim que se corrige um sistema quebrado. É assim que se muda um país.