

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
GUSTAVO OSNA

**“THREE STRIKES AND YOU'RE OUT” - ENCARCERAMENTO, SELETIVIDADE E
EXCLUSÃO À LUZ DA SISTEMÁTICA CALIFORNIANA**

CURITIBA
2009

GUSTAVO OSNA

**“THREE STRIKES AND YOU'RE OUT” - ENCARCERAMENTO SELETIVIDADE E
EXCLUSÃO À LUZ DA SISTEMÁTICA CALIFORNIANA**

**Trabalho de Conclusão de curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito, da Universidade Federal do
Paraná.**

Orientador: Prof. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

CURITIBA

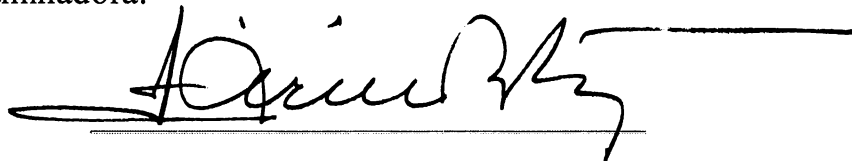
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

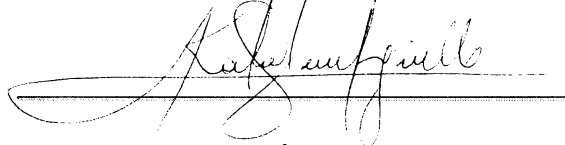
GUSTAVO OSNA

\"Three Strikes and You

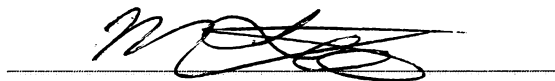
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



JUAREZ CIRINO DOS SANTOS
Orientador



KATIE SILENE CÁCERES ARGÜELLO
Primeiro Membro



MAURÍCIO STEGEMANN DIETER
Segundo Membro

Aos meus pais, por serem tudo.

Aos professores, por demonstrarem que o real nem sempre é o que se vê.

Aos meus amigos, por transformarem cinco anos em segundos.

À Mayara, por me iluminar.

RESUMO

É objeto do presente estudo o exame da sistemática californiana de *three strikes and you're out*, modelo penal comumente tido como exemplar, inobstante seus equívocos. Para tal, essencial se faz a observação das diversas nuances inerentes à estrutura legislativa, de modo a investigar o contexto de sua adoção, seus mecanismos de funcionamento e os fins aos quais verdadeiramente se situa polarizada. Imprescindível, de igual sorte, é que a leitura efetuada seja dotada de viés crítico, sob pena de não se habilitar à ruptura face ao senso comum, afeito à punitividade máxima. Trata-se, em decorrência, da linha metodológica adotada. É intuito da leitura, por conseguinte, observar criticamente a série de facetas situadas no entorno da lei penal californiana, apontando suas mazelas e as reais consequências por si ensejadas.

Palavras chave: Exclusão; Seletividade; Encarceramento; Desproporção; Punição.

SUMÁRIO

Sumário

1. Notas Introdutórias.....	8
2. Three Strikes and You're Out – Uma observação sobre a sistemática californiana.....	11
2.1 Contexto de Adoção da Estrutura Legal.....	12
2.1.1 Kimber Reynolds e Polly Klass.....	13
2.1.2 A peculiar aprovação do modelo legislativo.....	17
2.2 Recepção do sistema pelo senso comum.....	20
3. “Lógica” de funcionamento do sistema.....	24
3.1 Punição desmedida – Qualquer delito como “strike”.....	25
3.2 2º Strike – A realidade encoberta pelo título.....	28
3.3 3º Strike – A cartada final.....	30
4. Dissuadir e Incapacitar: Os fins declarados do modelo legal.....	32
4.1 Feuerbach revisitado: A ameaça à comunidade.....	34
4.2 Exclusão do Condenado e Defesa Social.....	37
5. Inviabilidade de justificação do sistema com base nas finalidades oficiais.....	39
5.1 A instrumentalização do condenado.....	40
5.2 Medo e Homo Sacer – Ausência de limites à ameaça punitiva.....	42
5.3 Estigmatização e Vida em Desconfiança.....	45
6. Three Strikes And You're Out: Enrijecimento das Punições para quem?.....	49
6.1 A seletividade na acusação em meio ao sistema californiano.....	50
6.2 People v Romero: Um novo filtro de seleção.....	53
6.3 Da discricionariedade ao arbítrio – Os “interesses da justiça”.....	56
7. A verdade maquiada pelo discurso.....	61
7.1 Estado Carcerário e Sociedade Excludente.....	63
7.2 Three Strikes and You're Out pra quem nunca esteve in.....	70
8. Considerações Finais.....	77
9. Referências Bibliográficas.....	83

1. Notas Introdutórias

Da opressão decorre a violência; da sociedade midiática o medo. A informação, concebida e repassada tal qual mercadoria teleologicamente orientada, instaura temor no seio da coletividade. Configurado tal cenário marcado pela insegurança, abre-se margem para o oportunismo. Soluções simplistas são tidas como panacéias. A criminalidade, conforme ensinamento de Juarez CIRINO DOS SANTOS, deixa de ser enfrentada como consequência da problemática social, para ser combatida como se a esta última desse causa ¹. Chega-se à corriqueiramente propagada, por mais inócuos que sejam seus meios para consecução das finalidades oficialmente lhe atribuídas, “guerra contra o crime”. À primeira vista, natural seria a crença de que o enredo narrado possuiria feições íntimas tão-somente àquelas perceptíveis nos Estados Periféricos, notórios por adotarem a política penal como metodologia única de política criminal ². Nada obstante, sua verificabilidade se dá na mais rica das nações e, para além, em seu “Estado Dourado” ³. Trata-se do sistema californiano de *Three Strikes and You’re Out*, cujas mais diversas nuances compõem o objeto do presente estudo.

Imperativo se faz destacar, de início, que inexistiu Estado Democrático em cujo espaço territorial tenha ocorrido, nas últimas quatro décadas, bulímia carcerária sequer próxima àquela manifesta nos Estados Unidos da América do Norte ⁴. Abdicando dos necessários investimentos em políticas públicas, passou o agente estatal a se orientar, e de modo inverso ao recomendado em um ente que se proponha democrático, não mais no rumo de um combate à pobreza, passando, ao revés, a envidar esforços para combater diretamente os socialmente excluídos ⁵, servindo o poder punitivo como força motriz para o novo norte adotado. É neste diapasão que entre os anos de 1977 e 1999 os gastos despendidos no país com fito

¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006. p. 41.

² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p.01-02.

³ Ainda que haja divergência entre as razões pelas quais se atribuí ao estado californiano a alcunha de *golden state*, a mais aceita das teorias indica se tratar de decorrência do vasto número de minas de ouro existentes na região, o qual ocasionou, em tempo, notória migração para o ente estatal em 1849.

⁴ WACQUANT, Lóic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. 3. ed. ver. e ampl. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 207-213.

⁵ Idem. p.96.

ao incremento do sistema corretivo foram ampliados em proporção quase três vezes maior que a verba direcionada ao ensino ⁶. Percebe-se, pois, que longe de ser exclusividade dos condados californianos, o encarceramento desmedido e o manejo da punição de maneira máxima representam medidas já dotadas de traços endêmicos no estado norte-americano. Poder-se-ia, desta feita, haver crença centralizada na desnecessidade de um estudo apartado do modelo de *strikes* implantado há uma década e meia na Califórnia. Não é, entretanto, o caso.

Conforme destacam ZIMRING, HAWKINS e KAMIN, o sistema de *Three Strikes and You're Out* adotado em território californiano, dotado deliberadamente do intento de potencializar o temor e respaldado de modo oficial unicamente por discursos negativos, por mais que inserido em um estado carcerário constitui verdadeiro caso à parte, tendo sido traçado para representar a maior experiência penal de qualquer espécie na história norte-americana ⁷. Suas peculiaridades tornam impositivo seu exame. Seus pressupostos dão expressões de imprescindibilidade à leitura detalhada de seu funcionamento. É ao que se propõe e se direcionará o presente ensaio: analisar a legislação penal californiana em suas mais diversas facetas, com viés crítico e, por conseguinte, apto a propiciar a compreensão da face concreta que não se tem examinado ⁸.

Observado será, em um primeiro momento, o contexto fático que conduziu à implementação do sistema legislativo; os acontecimentos que levaram a massa populacional a deliberar favoravelmente à positivação da lei penal. Igualmente será objeto de análise a aceitação e defesa da estrutura pelo senso comum, a qual lhe dá sustentáculo apto e suficiente para seguir prosperando de modo quase incontestado. Em passagem posterior, passaremos a dissertar sobre o próprio texto do diploma que consagrou os *strikes* na Califórnia. Destacadas serão

⁶ Mais precisamente, e conforme relatam Bruce WESTERN, Vicent SCHIRALDI e Jason ZIEDENBERG, o valor destinado ao sistema de correção, no referido período, foi ampliado em 946%, ao passo que a verba orientada à educação foi ampliada em 370%. Vale destacar igualmente, em conformidade ao indicado pelos mesmos autores, que no lapso temporal situado entre 1980 e 2000, período em que a população carcerária norte-americana foi quadruplicada, os gastos com correção sofreram incremento, em comparação proporcional, cinco vezes superior àquele verificável no orçamento voltado ao ensino superior. Cita-se: WESTERN, Bruce. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBERG, Jason. *Education & Incarceration*. Washington D.C: Justice Policy Institute, 2003. p.4.

⁷ ZIMRING, Frankli E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. *Punishment and Democracy: Three Strikes and You're Out in California*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001. p. 22-23.

⁸ QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In, *Criminologia Crítica*. Org. TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980. p.235.

as peculiaridades inerentes à referida carta legal, bem como os pilares sobre os quais se encontra alicerçada.

Efetuada esta leitura acerca do modo de funcionamento da estrutura penal californiana, tomar-se-á objetivo do presente estudo analisar os fins aos quais assumidamente a legislação em pauta se propõe. Em harmonia ao citado enfoque crítico, por nós investido do posto de diretriz metodológica, será alvo de questionamento a concreta efetividade das mencionadas finalidades, bem como a correição dos meios propostos para a obtenção de tais fins e sua possibilidade de prosperar no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Devidamente filtrada a viabilidade prática das finalidades às quais o sistema de *strikes* se encontra assumidamente polarizado, nosso exame passará a se voltar na direção dos efeitos ensejados pela estrutura legislativa no mundo dos fatos. Representará objeto de leitura o que de verídico se manifesta como consequência da lei penal, bem como, e em ponto especial, quais os cidadãos aos quais sua aplicabilidade se encontra diretamente tencionada, questionando-se a igualdade com que sua concretização se dá para cada cidadão para que, por fim, chegue-se aos apontamentos últimos do estudo.

Análise crítica, exame pontual e reflexão são as linhas mestras que se impõem no presente ensaio. Parece verídico que, e em que pese a crítica criminológica já devidamente efetuada, a crença de que não tem logrado êxito o intento de desconstrução do ideário de controle do delito por vias totais⁹ se mostra inafastável ao abordarmos o sistema de *strikes* adotado em território californiano. Sua receptividade social toma feições vultuosas cujo entendimento passa de modo indelével pelo exame dos modos e razões pelos quais o diploma legislativo foi editado. É o que se passa a expor.

2. *Three Strikes and You're Out* – Uma observação sobre a sistemática californiana

⁹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.82.

Conforme concepção de Antonio Carlos WOLKMER, com a qual se afigura recomendável apresentar concordância, inexistente razoabilidade em intuir compreender o Direito, por se tratar de realidade histórico-social, sem efetuar questionamentos acerca do contexto material em que se manifesta ¹⁰. A compreensão do fático, desta feita, torna-se pressuposto lógico ao acurado exame do jurídico, vez que, a atividade efetuada no campo do direito é, por excelência, exposição de uma prática ideológica ¹¹, e é nas relações sociais que a ideologia dominante se afeiçoa.

Em sendo assim, o estudo do sistema de *strikes* possui como premissa a observação do panorama em que se deu sua positivação, sob pena de teorizar-se com exacerbada abstração, afastando-se do que de concreto há. O Direito Penal, tal qual leciona Nilo BATISTA, é legislado dentro de uma sociedade, à qual deve, por sua própria organização, servir ¹². No que toca o modelo legislativo californiano, a regra não introduz quaisquer exceções. Marcado por influxos políticos, pressões populares e atribuições diárias de feições de espetáculo à violência, o cenário que conduziu à consagração do sistema penal máximo ora estudado apresenta peculiaridade cuja compreensão oferece subsídio ao entendimento de suas próprias deformações, bem como de sua inabalável aceitação popular. Trata-se de momento histórico ímpar, caracterizado pela conjunção de fatores diversos e interesses distintos, ainda que deturpados.

Propõe-se este momento do ensaio, por conseguinte, a apresentar reconstrução histórica do plano de fundo que não apenas ensejou a aceitação do sistema de *strikes* pelo ente populacional, mas garantiu verdadeiro apoio deste último à estrutura legal. Desde o trâmite de aprovação do modelo legislativo, até os fatores que conduzem à sua popularidade na atualidade, intuí-se desvelar quais as verdadeiras forças que conduziram à consagração da lei californiana. Passemos à esta leitura histórico-social, basilar à compreensão dos pontos subseqüentes do exame.

¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.155-156.

¹¹ BRUM, Nilo de Barros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p.11.

¹² BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.19.

2.1 Contexto de Adoção da Estrutura Legal

Analisar o cenário fático em que se deu a propositura, tal qual a passagem, do sistema penal vigente em território californiano corresponde à, inequivocamente, traçar exame acerca do panorama político verificável no “estado dourado” no referido período. Constitui o trâmite de aprovação do modelo legislativo de *Three Strikes and You're Out* verdadeiro tipo ideal de utilização do aparelho legislativo estatal, bem como do arsenal de discricionariedade política de que usufrui o Executivo, com vistas dotadas de caráter eminentemente eleitoral. E nesta prevalência de interesses calcados na autopromoção em detrimento daqueles orientados pela consecução da vida digna por todos assume relevância inarredável a figura de Pete Wilson, cuja atuação se faz merecedora de breves comentários.

Prefeito de San Diego por mais de uma década, e senador encarregado da representação da população californiana por oito anos, Wilson, cujos feitos pretéritos, cambiáveis desde o atendimento ao serviço militar junto à marinha norte-americana até graduações nas consagradas Universidades de Yale e Berkeley, apresenta histórico irretocável se confrontado com os padrões inerentes ao pensamento republicano verificável nos Estados Unidos da América do Norte. Sua carreira política, iniciada com atuação em favor da campanha de Richard Nixon ao governo da Califórnia em 1962 e transcorrida por mais de um quarto de século, credenciou-o à candidatura ao Poder Executivo californiano em 1990, tendo se consagrado vencedor do pleito disputado contra a democrata Diane Feinstein. É em tal contexto que, com o devido respaldo da massa populacional, Pete Wilson assumiu o posto de governador do estado.

Sem embargos da confiança em si depositada, todavia, a gestão de Wilson se mostrava incapaz de obter o suporte no seio da coletividade necessário para credencia-lo à sempre desejada reeleição. Em assim sendo, e como se afigura *modus operandi* corriqueiro entre os governantes em quaisquer localidades, paulatinamente os atos políticos passaram a possuir como plano de fundo à prospecção referente aos eventuais efeitos que poderiam por si ser ensejados em um futuro embate eleitoral. O afã por incremento nos índices de popularidade se

tornava fio condutor das medidas governamentais. Neste cenário, e dados os traços de espetáculo que se tem atribuído à criminalidade ¹³, nada surpreende que o crime, por mais que neutra não seja sua concepção, como expõe Juarez CIRINO DOS SANTOS ¹⁴, passe a compor a ordem do dia.

Imperativo mencionar, igualmente, e em consonância a este embate encampado contra a criminalidade, ainda que por consequência da confusão em nada involuntária instaurada no pensamento coletivo entre esta última e a violência ¹⁵, que, como destaca Lóic WACQUANT, a sede carcerária que se fez aplicar por sobre o espaço norte-americano não decorre de aumentos na quantidade de condutas delituosas verificadas ¹⁶. O que se operou, em verdade, foi uma alteração de postura das classes dominantes face àquelas subalternas ¹⁷, das quais se exigem padrões inatingíveis e às quais se intui a aplicação de punições gradativamente mais árduas. Chegou-se à panorama em que um fato, isolado, por mais reprovável que se fulgure, poderia se apresentar, simultaneamente, eficaz do ponto de vista eleitoral e atemorizador frente à população, engendrando sua reação. Mais que um único ocorrido, entretanto, foram dois os acontecimentos que viriam a marcar definitivamente a história penal-legislativa do Estado da Califórnia.

2.1.1 Kimber Reynolds e Polly Klass

Vulnerável de modo sensível ao temor que lhe é incutido sucessivamente pelo trato da criminalidade oferecido pelos veículos midiáticos, concebendo-a tal qual verdadeiro show que nos é oferecido em tempos hodiernos, o senso comum existente no seio da comunidade não raro oferece a ocorrências pontuais vestes de problemática generalizada. Casos cujo gravame não se discute,

¹³ Possível é afirmarmos que, fazendo uso de expressão que deu título à obra de Guy DEBORD, o contexto que se tem apresentado nos últimos anos se afeiçoa de modo bastante delineado à chamada "sociedade do espetáculo". Não parece restar dúvidas que cresce progressivamente o papel exercido pela mídia no cotidiano da comunidade. Insuscetível de questionamentos, também, demonstra-se o fato desta mídia tratar de modo cada vez mais nítido a notícia como bem em cujos âmbitos possíveis manipulações, com fito mercadológico, são plenamente aceitáveis.

¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia Radical*. p. 35.

¹⁵ Neste sentido, ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. *Crime is Not the Problem: Lethal Violence in América*. Nova Iorque: University of Oxford Press, 2007.

¹⁶ WACQUANT, Lóic. *Obra citada*. p. 225.

¹⁷ Idem.

ainda que em pauta se devesse colocar seu caráter esporádico, são elevados ao posto de temática predominante em quaisquer debates. Foi o que ocorreu no território californiano. Dois crimes e uma resposta desproporcional que em nada seria capaz de apagá-los ¹⁸. Um par de situações, à cuja análise se passa, que deu ensejo à lei de *strikes*, deixando rastro indelével na história penal norte-americana.

Em nada constitui equívoco asseverar que, no Estado da Califórnia, recai sobre o assassinato de Kimber Reynolds a responsabilidade pelo desencadeamento da propositura do modelo legislativo de *Three Strikes And You're Out* ¹⁹. É na madrugada de 30 de junho de 1992, no condado de Fresno, que a história da legislação californiana de *strikes* tem, indubitavelmente, seu ponto de partida. Com dezoito anos completos e um futuro promissor, Kimber deixava um dos mais movimentados restaurantes da localidade, situado à pouco mais de duas milhas de sua residência, quando, ao se aproximar de seu veículo, foi abordada por dois indivíduos ²⁰. Sob o efeito de anfetamina, ambos, e nada obstante a quantidade de testemunhas existente no local, intuíram roubar da jovem seus pertences e, ao encontrar resistência por parte da vítima, não hesitaram em disparar o gatilho. Na tranqüila Fresno, Kimber Reynolds havia sido assassinada por dois reincidentes. A imprensa possuía tema a explorar incessantemente. A história penal norte-americana jamais seria a mesma.

Mais relevante do que a própria repercussão engendrada no âmbito societal, entretanto, o assassinato de Kimber Reynolds possui especial e destacado relevo por ter propiciado a personificação da “guerra à criminalidade” de modo central em um único indivíduo, cujos anseios e angústias coadunavam de maneira potencializada com aqueles predominantes na mudança de enfoque da sociedade face à violência ²¹. Trata-se de Mike Reynolds, pai da vítima e responsável por encampar verdadeira cruzada em favor do agravamento das sanções penais ²².

¹⁸ EGELKO, Bob. *Hás three-strikes laws made state's streets safer? After 10 years on the books, opinion is divided on if it works*. Disponível eletronicamente em www.sigate.com/cgi-bin/article.cgi?_of=paronicle/archive/2003/09/28/BA292961.DTL&type=printable. Acesso em 12 de março de 2009.

¹⁹ WALSH, Jennifer E. *Tough for whom? How prosecutors and judges use their discretion to promote justice under the California Three Strikes Law*. Claremont: The Henry Salvatore Center, 2004. p. 06.

²⁰ GLEICK, Elizabeth. *Slamming the prison door: A daughter's murder triggers an angry father crusade against repeat offenders*. Disponível eletronicamente em <http://www.people.com/people/archive/article/0,,20107437,00.html>. Acesso em 11 de fevereiro de 2009.

²¹ Vide nota 5.

²² Impossível não citar, neste ponto, registro bibliográfico de autoria de Mike Reynolds, obviamente marcado por sentimentos decorrentes da perda da filha, em que o autor relata suas crenças e pensamentos acerca da

Movido por sentimentos em nada estranhos se considerado o homicídio de sua filha, e ainda que desprovido de quaisquer formações jurídicas ou conexões políticas, por mais que nesta última esfera tenha se feito útil ao oportunismo de muitos, Reynolds passou a envidar esforços máximos com fito a eventuais incrementos das punições. Neste campo, e por consequência de diálogos traçados entre o pai de Kimber e juristas que lhe eram próximos, o alvo foi eleito: os criminosos reincidentes ²³. Era sobre eles que deveria recair o enrijecimento penal. Foi tendo como pano de fundo tal ideário, inarredavelmente impregnado de sentimentos e emoções decorrentes de um fato isolado, que coube a Mike Reynolds propor, pela vez primeira, uma lei de *Three Strikes* em território californiano ²⁴.

Inobstante o temor instaurado na seara da coletividade, sempre incrementado de modo teleologicamente orientado por aqueles que dele se servem, a proposta de Reynolds, em um momento inicial, não obteve o respaldo necessário, seja entre a população, seja entre as forças políticas. De um extremismo sem precedentes, o modelo proposto foi inicialmente desconsiderado no âmbito legislativo ²⁵. Sem a ressonância necessária, e transpassado lapso temporal suficiente para que a morte de Kimber Reynolds não mais representasse produto, na acepção mercantilista do termo, válido aos meios de imprensa, tudo levava a crer que a proposta do pai da vítima estava fadada à não vigência. Outro fato, entretanto, responsabilizou-se por recolocar a “guerra contra o crime” em pauta. E desta vez com força ainda maior. Está-se a falar do homicídio de Polly Klass.

Se é verídico, e em harmonia ao já apresentado, que foi a morte de Kimber Reynolds a força à qual se pode atribuir a responsabilidade pela propositura de legislação pautada no modelo de *strikes*, também o é que se deve ao assassinato de Polly Klass o resgate da proposta, e sua adoção como diretriz amplamente aceita no espaço social ²⁶. Versão idealizada da filha ou irmã de qualquer um, conforme definição de ZIMRING, HAWKINS e KAMIN ²⁷, Polly, a poucos meses de completar seu décimo terceiro aniversário, havia convidado na data de primeiro de outubro de

criminalidade, bem como os esforços por si envidados em prol da positivação de legislação penal mais rígida no estado californiano. Cita-se REYNOLDS, Mike. JONES, Bill. EVANS, Dan. *Three Strikes and You're Out: A Promise to Kimber*. Fresno: Quill Driver Books. 1996.

²³ GLEICK, Elizabeth. Obra citada.

²⁴ ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. *Punishment and...*p.04.

²⁵ EGELKO, Bob. Obra citada.

²⁶ WELSCH, Jennifer. Obra citada. p.07.

²⁷ ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.05.

1993 duas amigas para passarem a noite em sua casa. Cerca de dez e meia da noite, entretanto, a jovem foi surpreendida pela entrada de um indivíduo na residência. Entre ameaças e pressões, as demais vítimas foram atadas, e Polly sequestrada. Iniciava-se maratona de cerca de dois meses que prenderia a atenção da população californiana, gerando influxo direto em seu emocional.

Pressões populares, transmissões ao vivo, coberturas diárias. Envolvimento de celebridades ²⁸, autopromoção de parlamentares, exposição de familiares. Expectativa, apreensão, temor. A arena perfeita para a manipulação da opinião pública estava formada. E o desfecho do enredo não poderia ser mais propício. No dia quatro de dezembro o responsável pelo seqüestro, devidamente identificado e, de modo idêntico ao ocorrido no caso de Kimber Reynolds, reincidente penal, conduziu a força policial ao corpo de Polly, já em estado deteriorado. Abria-se, com base em um caso isolado e marcado por violência, novo capítulo na “guerra contra o crime”. E desta vez o ímpeto atingia proporções sem precedentes, formulando cenário ideal para que o oportunismo viesse a prevalecer.

Sob o calor do assassinato de Polly Klass, dotado de características aptas a engendrar em cada cidadão o sentimento de vulnerabilidade, não tardou para que o já esquecido projeto legislativo elaborado por Mike Reynolds viesse a ser rememorado. Criou-se conjuntura onde o político e o jurídico assumiram fusão indissolúvel, sobrepondo-se àquele a todos os demais fatores que pudessem influir no trato da problemática e no oferecimento de respostas aparentes às pressões populacionais. O desacreditado governador Pete Wilson, às vésperas do ano em que fatalmente não conseguiria se fazer reeleito, propugnava nos periódicos locais, fazendo uso de visibilidade que até então lhe era inatingível, a transformação da dor em ação, com fins preventivos ²⁹.

Pressões populares, instabilidade social e oportunismo político convergiam quanto à necessidade de adoção em caráter urgente de medidas orientadas à redução da criminalidade. Coadunavam, igualmente, na equivocada crença de que o arrefecimento dos delitos se faz viável por intermédio de um

²⁸ Cumpre, aqui, destacar, exemplificativamente, a participação de Winona Ryder, atriz criada na mesma localidade em que seu deu o seqüestro de Polly Klass, qual seja, Petaluma, que ofereceu recompensa de duzentos mil dólares para a devolução em estado de segurança de Polly.

²⁹ Estampava o Los Angeles Times de 12 de dezembro de 1993, exemplificativamente, declaração do líder do Executivo estadual cujo conteúdo, em tradução livre, corresponde à “Devemos converter nosso pesar em ação, e observar que isto jamais ocorra novamente”.

agravamento das punições. É neste contexto que se chega à tentativa de aprovação da legislação de *strikes* em solo californiano. Imperativo destacar, todavia, que o procedimento de análise e aprovação da lei se viu marcado por uma diversidade de interesses entrelaçados, formando rede onde ações são adotadas com fundamento em suas eventuais repercussões junto à sociedade, sendo irrelevante o questionamento sobre o real acerto da matéria a ser deliberada. Constitui o que nos cabe observar.

2.1.2 A peculiar aprovação do modelo legislativo

Conforme destacam ZIMRING, HAWKINS e KAMIN, em cenário caracterizado pelo misto de temor e raiva face à criminalidade, tal qual o que se afeiçoou verificável em território californiano após os homicídios de Kimber Reynolds e Polly Klass, natural é a instauração de preocupação generalizada no espaço social, possibilitando manipulações e manejos da opinião pública dotados de viés político ³⁰. Trata-se, em exato, do que ocorreu nos trâmites que conduziram à aprovação e positivação do projeto legal apresentado, sob o influxo das emoções decorrentes do assassinato de sua filha, por Mike Reynolds. Articulações dotadas de caráter eleitoreiro e posicionamentos pautados tão-somente pela repercussão capazes de ensejar em meio à comunidade suprimiram necessários debates sobre a essência da proposta, propiciando sua aprovação sem que medidas fossem suas conseqüências, tal qual se passa a averiguar.

Em consonância ao anteriormente manifestado, Pete Wilson, governador californiano cujo mandato findar-se-ia no término do ano de 1994, não usufruía, em absoluto, da popularidade necessária para se credenciar como efetivo candidato à reeleição. Era necessária, para a consecução do referido intento, a configuração de fato novo, em cujo trato a atuação do governante se mostrasse apta a restaurar a confiança em si perdida por aqueles que o elegeram. Neste diapasão, mostrou-se a polarização das atenções populares na problemática da criminalidade verdadeiro oásis eleitoral para o republicano, que, por consequência, passou a centralizar toda a atenção em si depositada, bem como quaisquer ações de si

³⁰ ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.160.

oriundas, no alegórico “combate ao crime”. Correspondia em exato àquilo que, para Wilson, apresentava-se imprescindível: a possibilidade de resgatar sua credibilidade sem, para tal, ter de enfrentar de frente as reais mazelas existentes no estado por si governado, atendo-se unicamente a uma de suas conseqüências.

Ocorre, todavia, que ao longo do período legislativo para o qual havia Pete Wilson sido conduzido ao cargo de líder do Executivo californiano, a maioria do Poder Legislativo do território era composta por integrantes do opositor Partido Democrata³¹. Tão atentos ao movimento político que se apresentava sob os céus da Califórnia quanto o próprio Wilson, observaram os democratas que a inclusão da criminalidade, invariavelmente confundida com a violência, como preocupação primeira da população favorecia apenas o impopular governador. Desta feita, e longe de observar os verdadeiros motivos do crime, orientou-se a oposição exclusivamente à tentativa de desviar as atenções do ente comunitário. Deveria a violência ser excluída o quanto antes do posto de assunto cotidiano.

O processo de submissão do projeto legislativo de autoria de Mike Reynolds, conseqüentemente, compõe prova cabal do afirmado por WACQUANT, para quem a explosão repressiva verificada em território norte-americano não provém unicamente dos partidos conservadores. Contrariamente, conta com a mais plena co-autoria das organizações partidárias que, ao menos na teoria, apresentam-se como atreladas ao pensamento esquerdista³². O que se observa, em verdade, é a diligência de ambas as partes com vistas à promoção de acréscimos de popularidade. É a ação eleitoreira, do mais maquiavélico modo³³. Convergem democratas e republicanos não apenas em relação à suas reais finalidades, mas igualmente no que toca o fato de pouco se preocuparem com os meios necessários à consecução do selecionado escopo. A procura desmedida por votos rege as ações de qualquer uma das partes.

³¹ Eis, em exato, uma das causas que vinham ensejando crescente descrédito da população no trabalho do governador, vez que seus constantes conflitos com o Legislativo obstaculizavam a promoção de efetivas melhorias para a comunidade. Em resumo, ambas as partes da dialética não se preocupavam com avanços sociais, mas com sobreposições políticas aptas a render frutos futuros.

³² WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.33-34.

³³ Expõe Nicolau MAQUIAVEL, em sua célebre obra *O Príncipe*, que “nos atos de todos os homens, em especial dos príncipes, em que não há tribunal a que recorrer, somente importa o êxito, bom ou mau. Procure, pois, um príncipe vencer e preservar o Estado. Os meios empregados sempre serão considerados honrosos e louvados por todos”. Lamentável é o quão verificável no mundo fático hodierno segue se apresentando a prática do referido expediente. Cita-se, MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*: cap. XVIII. Trad. Olivia Bauduh. In. *Os pensadores: Maquiavel – O Príncipe e Escritos Políticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p.111.

Pois bem. Voltados os democratas apenas ao intento de esvaziar as atenções populares até então centralizadas na temática da criminalidade, com o objeto de findar as possibilidades de autopromoção do governador Wilson, utilizaram sua maioria no Legislativo para aprovar de modo célere, sem qualquer emenda, a proposta de Mike Reynolds ³⁴. Possível asseverar, assim, que modelo legislativo desenvolvido em sua essência por indivíduo desprovido de quaisquer conhecimentos no campo legal ³⁵, e sob a influência de evento recente apto a alterar de modo profundo seu estado psíquico-emocional, foi encaminhada à deliberação popular sem sofrer qualquer alteração, ou mesmo possíveis questionamentos, tanto do Poder Executivo quando do Legislativo ³⁶. Enquanto aquele visava se autopromover às custas da temática ³⁷, este intuía esvazia-la tão logo se fizesse viável. Assim, dispendo de apoio quase unânime, o modelo legislativo de *Three Strikes and You're Out* foi encaminhado à apreciação da comunidade.

Foi tendo como pano de fundo sentimentos de temor e apreensão, exacerbados pelos veículos midiáticos e pela mercantilização da informação, que a população californiana, servindo como objeto de interesses políticos, viu-se obrigada a deliberar sobre a proposta de Reynolds. E, agravando a situação, deu-se a votação pelo simplista sistema dual de “tudo ou nada”. A opção apresentada a cada cidadão que se dirigia à urna era maniqueísta: ou se aprovava o modelo em cujo texto sequer foram propostas alterações pelos legisladores ou se aceitava a manutenção integral da legislação então vigente ³⁸. Evidente que no narrado cenário esta última possibilidade não possui chance alguma de subsistir. Avalizado por 72% dos eleitores californianos ³⁹, o projeto foi alvo de aprovação. Para além de sua aceitação popular no momento da deliberação, entretanto, passível de destaque é o

³⁴ ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.5-7.

³⁵ Mike Reynolds, quando do homicídio de Kimber, atuava profissionalmente como fotógrafo. Apenas após a positivação da estrutura legal de sua autoria passou a apresentar conduta em meio ao setor público, representando presença constante em palanques políticos ou eventos voltados ao trato da criminalidade como problema social central. Situação distinta, vale frisar, é a verificável em meio à família de Polly Klass, cabendo destacar seu avó, Joe Klass, cujo posicionamento já se deu publicamente de modo favorável à redução de aplicabilidade da lei de *strikes*, restringindo-a a casos de violência.

³⁶ ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.12.

³⁷ É o que expõe C-BO, músico norte-americano, na canção *Deadly Game*, a qual, em tempo, rendeu-lhe a suspensão da liberdade provisória, ao fazer menção ao governador Pete Wilson. Em tradução livre, “Veja o que ele fez com Polly Klass, usou sua morte e o nome de sua família para obter mais votos e mais fama política”.

³⁸ ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.193.

³⁹ CALIFORNIA DISTRICT ATTORNEY’S ASSOCIATION. *Prosecutor’s Perspective on California’s Three Strikes Law – A 10-year retrospective*. Sacramento: CDAA, 2004. p.02.

respaldo que segue recebendo da população nos tempos subseqüentes, tal qual as razões que conduzem a este apoio. Trata-se de aspecto que se passa a abordar.

2.2 Recepção do sistema pelo senso comum

Nada surpreende, levando-se em conta o palco em que se deu a deliberação popular acerca da estrutura legislativa de *strikes*, bem como a metodologia adotada como norte de votação, que a considerável maioria do bloco populacional tenha se posicionado de maneira favorável à positivação do novo diploma. Digno de nota, por contrapartida, é que, mesmo transpassado considerável lapso temporal desde a edição da carta legal, vasto respaldo popular prossiga sendo endereçado à legislação. Sua aceitação parece ter tomado traços inarredáveis em território californiano, sem embargos das inúmeras vicissitudes a si intrínsecas. Fatores diversos convergiram em um fim uno, o qual foi devidamente obtido. Por mais inócuo que seja para os escopos a que se propõe, o modelo de *Three Strikes and You're Out* dispõe de destacada credibilidade junto à comunidade, restando-nos analisar por quais razões.

Faz-se imperativa, neste especial exame, lição de Richard QUINNEY, cujos apontamentos ressaltam o fato de nosso pensamento sobre a legislação e a criminalidade nada mais fazer do que alicerçar uma ideologia oficial, voltada à sustentação da ordem existente ⁴⁰. Sob tal ótica, dotada de flagrante veracidade, constituiria o direito projeção normativa tencionada à instrumentalização de princípios de cunho ideológico, bem como de relações sociais de poder ⁴¹.

Inafastável a íntima relação entre direito e ideologia, toma traços de obviedade que à consagração de modificações legislativas profundas se deve reconhecer como fator correlato o devido câmbio no pensamento comunitário. Alterando-se dispositivos, modificam-se expectativas e sentimentos. Trata-se em justaposição precisa do ocorrido quanto ao sistema de *strikes*, cuja mudança instaurada não se restringiu, em absoluto, à ampliação dos prazos prisionais. Explica-se.

⁴⁰ QUINNEY, Richard. Obra citada. p.222.

⁴¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Obra citada. p.154.

Refletindo realidade social caracterizada pelo avanço do ódio face à criminalidade, o modelo legislativo atualmente vigente na Califórnia constituiu verdadeira guinada ideológica no que toca a política penal do estado. Distanciando-se de modo gradativamente mais amplo do debate voltado às verdadeiras razões do crime, passou-se a adota-lo como foco único de debate, arraigando-se no ideário coletivo a crença de que unicamente com a aplicação de severas punições poder-se-ia ser obtida a tranqüilidade. Sem óbice da pretensa imparcialidade com que deveriam pautar suas condutas, tal pensamento passou a constituir, igualmente, fator preponderante nos atos dos operadores de direito. Mais que mudança legislativa, por conseguinte, operou-se efetiva alteração no modo de se pensar o crime.

Não representa coincidência, conseqüentemente, a inexistência de tendência por parte de juízes e promotores californianos de direcionar seus trabalhos para que a condenação do réu se desse pelo mais vasto tempo possível ter dado lugar, após a edição da lei, a pensamento diametralmente inverso, onde parece predominar a noção de que quanto mais severa for a punição maior acerto representará ⁴². Mais que ter como causa exclusiva a alteração engendrada no texto positivo pela nova carta legal, o agravamento das penas decorre da mudança ideológica instaurada pelo modelo de *strikes*, com reflexos diretos no incremento do “ativismo” verificável na conduta dos atores do processo ⁴³.

A esse intento de resposta à sociedade, encampado por promotores e magistrados, deve-se acrescentar de modo *sine qua non*, e por novo momento, o papel exercido pela mídia no imaginário coletivo. Concebendo o direito penal máximo como mais acurada resposta à criminalidade, o que faz invariavelmente explorando de modo exaustivo casos penais onde a marca primeira é a violência, o trato da informação como espetáculo, cuja consequência primeira é sua distorção, mostra-se suficientemente apto a dar vestes de herói ou vilão para seus eleitos. Cria-se comunhão entre a difusão do medo no âmbito da coletividade e a abordagem do aprisionamento como se efetiva resposta à criminalidade constituísse. Manipula-se o senso comum, conduzindo-o, a partir de premissas inexatas, a resultados imprecisos.

⁴² ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.73.

⁴³ Idem. p.76.

Pode-se afirmar, de modo inequívoco, que a lógica de escusa autopoiese sob a qual opera o sistema punitivo, atribuindo falsas justificativas a si próprio, pois pela violência e insegurança por si ensejadas se torna cada vez mais “necessário”⁴⁴, atua de modo claro no sistema californiano de *Three Strikes And You're Out*, permitindo sua destacada aceitação popular. Problematicamente, e consagrando crença errônea, presume-se que a queda de violência no território da Califórnia é devida à instauração do novo modelo legal, desconsiderando-se o que como irrelevante não pode ser concebido: a proporcional atenuação dos índices de violência verificada antes e depois do modelo de *strikes* foi mantida⁴⁵. O argumento, em decorrência lógica, não serve como justificativa válida para embasar o real acréscimo de violência concretizado com o novo modelo legislativo, qual seja, o incremento da violência do estado face aos cidadãos.

Fato é que a pretensa efetividade do sistema, por mais que desprovida de sustentabilidade no campo fático, encontra-se arraigada em meio à população. Notícia probatória do asseverado é o fato de, em tempos atuais, escasso e resumido a casos aberrantes⁴⁶ ser o debate efetuado acerca da possibilidade de obtenção dos fins a que se propõe o modelo por intermédio dos meios por sua estrutura eleitos. Restringe-se a controvérsia, em sua maior parcela, ao embate sobre os custos e benefícios econômico-pecuniários extraíveis como consequência do diploma legal. Não se questiona a justiça da punição aplicada a um indivíduo, mas os gastos provenientes da pena e a conveniência em contraí-los.

Aceito o modelo legal pelo ente populacional, inviável se faz sua modificação, nada obstante o louvável trabalho efetuado por alguns com orientação

⁴⁴ WACQUANT, Lïc. Obra citada. p.125.

⁴⁵ ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.86-88.

⁴⁶ Trata-se do ocorrido no caso de Jerry Dewayne Williams, cuja desenvoltura seria cômica caso trágica não fosse. Reincidente e já sujeito à irracional punição aplicada ao terceiro dos *strikes*, Williams viu sobre si imposta, em primeiro grau de jurisdição, pena de reclusão de 25 anos pelo “lesivo” roubo de uma fatia de pizza pepperoni. Não bastasse a condenação, impõe-se frisar que o então Promotor-Geral do Estado da Califórnia defendeu a medida, ao afirmar ao New York Times em 05 de março de 1995, de acordo com tradução livre, ser “exatamente este o tipo de pessoas em cuja direção o sistema de *three strikes and you're out* foi destinado: criminosos de carreira”. Perceptível, pois, constituir a declaração supracitada verdadeira confissão das mazelas que permeiam a sistemática em exame. Mais acertado é o exposto pelo à época defensor de Williams, Arnold Lester, ao mesmo periódico, ressaltando que, e igualmente em tradução livre, a condenação atribuída ao seu cliente “seria a mesma se ele houvesse praticado estupro ou molestado uma criança, pois o sistema não possui distinções”. Dado o gravame do caso, e a atenção popular que sobre si se viu pairar por conta de suas feições discrepantes, acabou-se por, lançando-se mão dos níveis de discricionariedade do modelo, os quais comporão objeto futuro deste exame, reduzir em sede recursal o lapso temporal atinente à punição, tendo Williams cumprido pena de 06 anos.

à referida meta ⁴⁷. Tendo ingressado no mundo do direito sob a adoção da iniciativa popular como via de deliberação, o modelo legislativo de *strikes* apenas pode ser alterado por nova votação da maioria da comunidade californiana, ou por estatuto aprovado por dois terços dos legisladores ⁴⁸. Suficientemente nítido é que destes últimos, dada a adoção do pensamento eleitoral como diretriz primeira de seus atos, não proveria qualquer modificação à estrutura legislativa aprovada, tal qual exposto, por vasta maioria da população. Igualmente claro é que mobilização popular orientada à modificação de modelo legal que tacitamente conta com a concordância da maior parcela da comunidade não haverá.

Eis o porquê de várias, desde a edição do modelo legislativo, terem sido as tentativas de amenizá-lo, obtendo-se modificação relevante tão-somente por intermédio de uma delas ⁴⁹. Soma-se à aprovação do sistema pela comunidade, ainda, o constante reforço formal que lhe é dado pela promotoria californiana, a qual, invariavelmente, intenta demonstrar a eficiência do modelo de *strikes* apontando casos extremos, como regra voltada à sensibilização comum relacionados à pedofilia, como prova de que graças à legislação vigente se pode chegar a mais adequada punição do condenado ⁵⁰.

Caracteriza-se campo propício à perpetuação do modelo legal, representando possível assegurar sua refutação exclusivamente através do pensamento crítico, caminho único para que não nos limitemos à forma de vida existente nos tempos presentes ⁵¹. A crítica, entretanto, pressupõe o conhecimento, sob pena de se mostrar irreversivelmente viciada. Criticar a legislação penal californiana, por consequência, tem como premissa analisá-la em suas diversas

⁴⁷ Neste particular, imperativa é menção à *Families to Amend California's Three Strikes*, instituição desvinculada de quaisquer organizações partidárias e desprovida de apoio governamental composta, em sua maior parcela, por familiares de indivíduos que se encontram apenados por decorrência das previsões legais contidas no modelo legislativo objeto de análise, cujos trabalhos constantes e incessantes intentam alterar a estrutura punitiva consagrada pelo diploma de *strikes*. Os esforços dispendidos, inobstante, não tem conseguido se fazer prevalecer sobre a aceitação popular do diploma legal.

⁴⁸ WELSCH, Jennifer E. Obra citada. p. 08.

⁴⁹ Trata-se, como demonstrado por EHLERS, SCHIRALDI e ZIEDENBERG da Proposição 36, cujo texto tem como escopo subtrair dependentes químicos das punições aplicadas aos *strikes*, propiciando seu encaminhamento ao tratamento que lhes é necessário. EHLERS, Scott. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBERG, Jason. *Still Striking Out: Ten Years of California's Three Strikes*. Washington DC: Justice Policy Institute, 2004. p.27.

⁵⁰ É o que se percebe, exemplificativamente, de já mencionado documento oficial publicado pela promotoria estadual por ocorrência do aniversário de uma década da vigência do modelo legislativo. PROSECUTORS PERSPECTIVE ON CALIFORNIA'S THREE STRIKES LAW. Obra citada.

⁵¹ QUINNEY, Richard. Obra citada. p.232.

nuances, permitindo o entendimento de suas peculiaridades. Trata-se de nosso próximo foco.

3. “Lógica” de funcionamento do sistema

De modo contraposto ao que, à primeira vista, poder-se-ia crer, não corresponde a Califórnia ao único dos entes confederados dos Estados Unidos da América do Norte a fazer uso de modelo legislativo-penal pautado na estrutura de *Three Strikes and You're Out*. Em verdade, sequer se faz possível asseverar que o estado californiano foi pioneiro na positivação de sistemática legal alicerçada sobre a idéia de *strikes*. Revela-nos o plano fático, todavia, e sem embargos da existência concomitante de modelos legislativos aparentemente similares em outras localidades, que tão-somente na prática forense californiana a sistemática possui aplicabilidade regular⁵². Inobstante sua verificabilidade em entes estatais diversos, por conseguinte, é no território da Califórnia que a estruturação normativa alicerçada sobre a idéia de *strikes* repercute no plano dos fatos, concretizando-se no espaço social.

Oriunda de medidas verificadas nos estados de Washington e Wisconsin em 1993, a estrutura penal-legislativa fundada sobre a concepção de *three strikes* em período menos de meia década posterior ao seu nascedouro já se fazia prevista em mais de vinte unidades estatais norte-americanas⁵³. Tratou-se de opção legal adotada, ao longo da década de 90, por vinte e seis territórios confederados dos Estados Unidos da América do Norte, para além do próprio governo federal⁵⁴. Perceptível se faz, dado o exposto, que o ideário teleologicamente orientado a uma pretensa “guerra” em desfavor da criminalidade repercutiu de modo direto na sistemática legal norte-americana ao longo do destacado período, ainda que, e de modo reverso àquele que intuem fazer crer os teóricos do direito penal máximo, ao longo do mesmo lapso temporal a redução da criminalidade violenta tenha se

⁵² CLARK, John. AUSTIN, James. HENRY, Alan D. *Three Strikes and You're Out: A Review of State Legislation*. Washington: U.S Department of Justice. 1997.

⁵³ IYENGAR, Radha. *I'd rather be hanged for a sheep than a lamb: The unintended consequences of "Three Strikes" Laws*. Cambridge: Harvard University, .2007. p.10

⁵⁴ SHEPERD, Joana M. Fear of the first strike: the full deterrent effect of California's two and three strikes legislations. In. *The Journal of legal studies*. Chicago: University of Chicago Press. Janeiro/2002. p.01.

afeiçoado bastante superior nos estados que optaram pela não-adoção do conceito de *three strikes* como base para a punição ⁵⁵.

Não é por acaso que possível se faz desvelar que na extrema maioria das pessoas políticas em cujo âmbito foi positivado modelo de *strikes* a previsão normativa, hodiernamente, nada mais detém que viés simbólico ⁵⁶. Na Califórnia, entretanto, e em grande medida pelas especialidades intrínsecas ao trâmite de aprovação do diploma legal, em que se fulgurou evidente a comunhão entre a ausência da devida discussão sobre a temática ⁵⁷ e o intuito de atribuir traços de maximização à punição no que toca sua abrangência e sua extensão, ampliando tanto quanto factível fosse o impacto da legislação ⁵⁸, o arrefecimento da aplicação prática da estrutura de *three strikes* não se impôs. Segue a lei penal, de modo a desconsiderar sua falibilidade, sendo objeto concreto e gozando de prestígio no seio comunitário, tal qual cumprisse efetivamente as funções que declaradamente afirma assumir, o que não ocorre.

A configuração de deslinde diverso ao modelo californiano, todavia, em nada corresponde à coincidência. Imperativo se demonstra perceber que a estrutura adotada no estado dourado é, por si só, peculiar, apresentando-se consideravelmente distinta, inclusive, das demais estruturas construídas no entorno da noção de *strike*. Características próprias, responsáveis por assegurar a quase-perpetuação que vem usufruindo a legislação, a cuja análise agora nos voltamos.

3.1 Punição desmedida – Qualquer delito como “strike”

Concebido como qualquer delito em cuja esfera faz o legislador recair tal qualificação ⁵⁹, tarefa que, notoriamente, se apresenta desprovida da pretensa neutralidade defendida de modo teleologicamente orientado por alguns, trata-se a definição de “*strike*” de elemento nevrálgico à compreensão da diversidade existente entre a aplicabilidade do modelo penal californiano em comparativo àquela

⁵⁵ AMBROSIO, Tara-Jen. SCHIRALDI, Vincent. *Striking Out: The crime control impact of “Three Strikes” Laws*. Washington D.C: Justice Policy Institute, 1997.

⁵⁶ ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.20.

⁵⁷ Idem. p.11.

⁵⁸ Idem. p.22.

⁵⁹ HELLAND, Eric. Tabarrok, Alexander. Does the three strikes deter? A non parametric estimation. In. *Journal of Human Resources*. Vol. 42. Número 2 (Spring). Madison: The University of Wisconsin Press, 2007. p.01.

verificável nos demais estados dotados de sistemáticas teoricamente similares. Do próprio conceito essencial à estrutura, por consequência, decorre diferenciação que em grande parcela se demonstra responsável pela hipertrofia da normatização do estado dourado. Trata-se do que se passa a explicar.

Conforme exposto, corresponde a definição de quais delitos acabariam por constituir *strikes*, passando a marcar o indivíduo de modo irreparável no âmbito societal, à escolha política. Como tal, e de modo redundante em um direito penal máximo, expõe-se direcionada ao adimplemento das reais funções do poder punitivo, afeiçoando-se impregnada dos viéses de exclusão e seletividade. Pois bem. Ocorre que, e nada obstante a ausência de quaisquer juízos de proporcionalidade em tal posituação, na formatação instaurada pelo sistema californiano ainda que nem todo delito possa ser qualificado como o primeiro *strike*, após seu registro quaisquer lesões ao ordenamento tidas como *felonies*⁶⁰ virão a constituir *strikes*⁶¹ subsequentes. E, não por coincidência, à luz da legislação californiana *felony* toda ofensa patrimonial é⁶².

Chega-se, por conseguinte, à panorama em que a gravidade do delito nada importa, sendo suficiente para a configuração de um segundo ou terceiro *strike* a mera prática delituosa⁶³. Aborda-se como irrelevante a efetiva lesividade do desvio. O agravamento da sanção independe do quão grave o crime se demonstre, ou do bem jurídico em que venha a fazer recair dano. Não por acaso, e de modo correlato à mencionada diversidade de aplicação do sistema legal de *strikes* na Califórnia face às demais localidades, corresponde o modelo californiano ao único que se orienta em tal direção⁶⁴. Uma vez rotulado pelo arcabouço jurídico estatal como *striker*, sujeita-se o indivíduo, em decorrência, a tratamento jurídico destacadamente diverso se condenado por qualquer infração. Tem aplicabilidade,

⁶⁰ Conforme aproximação teórica extraída da obra de Lóic WACQUANT, tratar-se-ia um *felony* de toda infração criminal cuja sanção cominada excedesse ou se igualasse ao hiato temporal de um ano de reclusão. WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.208.

⁶¹ IYENGAR, Radha. Obra citada. p.14.

⁶² ZIMRING, Franklin. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.36.

⁶³ Não por acaso, e em consonância ao demonstrado por intermédio de dados estatísticos, em Setembro de 2003 cerca de 57% dos condenados pela prática de um terceiro *strike* haviam sido apenados por condutas não-violentas, valendo o mesmo para 64,5% dos que cumpriam punição correspondente ao *strike* de número dois, conforme se observa em EHLERS, Scott. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBERG, Jason. Obra citada. p.08.

⁶⁴ EHLERS, Scott. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBERG, Jason. Obra citada. p.02.

conforme perceptível, um modelo penal prático carente de qualquer teoria ou carga principiológica que divirja do enrijecimento desmedido da sanção do reincidente ⁶⁵.

Cumprido destacar, para além, que, pelo sistema instaurado pela acriticamente aprovada proposta legislativa, uma vez imputado ao apenado a prática do primeiro *strike*, ou daquele que o sucede, a reincidência que lhes é inerente toma traços de imprescritibilidade. Em assim sendo, pouco importa o transcurso do tempo para que aquele uma vez etiquetado como *striker* sofra com as distorções da estrutura legal caso venha a ser responsabilizado pela prática de qualquer delito criminal, ainda que inócuo à criação de maiores danos ou lesões. Um *striker* sempre o será, sem embargos do transpassar temporal ou da possibilidade de residir injustiça em sua condenação anterior. Tutelado por sistemática legal desprovida de razoabilidade, o tratamento jurídico a si oferecido será eternamente diverso. E esta diversidade se faz apresentar de modo nefasto.

Desconsiderando a gravidade de um delito para qualificá-lo para o mundo do Direito como *strike* acaba a sistemática californiana por, naturalmente, assegurar o carácter exacerbado de sua concretização fática. Extrai tal afirmação sua incontestada veracidade pelo próprio exame da sociedade hodierna, em que a comissão de condutas avessas à previsão legal é diária e constante, representando a punição medida seletivamente aplicada. Aceita tal premissa, o que não parece passível de questionamentos, não dificultoso é perceber que atribuir trato jurídico caracterizado pela prescrição de acentuada gravidade a qualquer delito, independentemente da repercussão por si efetivamente ocasionada no plano material, é oferecer alicerce ao apenamento constante de quem da sociedade criminógena se vê vítima. E igualmente incontestada é que em tal papel social se enquadra o reincidente.

Eis que, e dado o exposto, acaba por paulatinamente se fazer desenhar o que de diverso introduz o modelo legislativo californiano, de modo a não apenas justificar e fazer urgir seu estudo apartado, mas, igualmente, tornar plausível a compreensão das diferenças existentes entre sua aplicabilidade e aquela de cartas legislativas à primeira vista similares. Para que aplicável se fulgurem as consequências cabíveis a um segundo ou terceiro *strike* não é relevante questionar

⁶⁵ ZIMRING, Franklin. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.07-10.

se o indivíduo lesou de modo irreparável o bem jurídico vida ou simplesmente efetuou um leve delito patrimonial. Peculiariza-se a estrutura, vez que tal “lógica”, cuja racionalidade parece não haver, apresenta-se estranha aos diplomas legais do demais entes confederados norte-americanos. Não sem motivo apenas na Califórnia, conforme exposto, pode-se dizer que a aplicabilidade da estrutura legislativa prosperou. Grave o delito ou não, inafastáveis ao *striker* se tornam as decorrências legais de seu *status*⁶⁶, as quais, conforme observar-se-á, em nada são insignificantes. É ao que se passa.

3.2 2º Strike – A realidade encoberta pelo título

Não rara é a crença orientada ao fato de que, na seara da legislação penal californiana, tratamento agravado seria dispendido tão-somente à punição decorrente do terceiro dos *strikes* objetos de comissão por parte de determinado indivíduo. Trata-se, em verdade, de pensamento que se revela decorrência direta da própria nomenclatura atribuída ao sistema. Exercício hermenêutico pautado em juízo de sentido contrário, partindo da premissa de que *three strikes and you're out*⁶⁷, poderia conduzir à conclusão polarizada em ideário cujo conteúdo revelasse que até a terceira condenação nada de diverso ocorreria com o apenado. Não, é, todavia, o que acontece. Na realidade, e pelo contrário, representa a punição aplicada pela prática de um segundo *strike* o mais marcante traço do diploma legislativo no contexto cotidiano. Configura sua face mais comumente aplicada, assegurando-lhe reforço e respaldo, tal qual se passa a expor.

“Parceiro silencioso” do pacote legislativo, conforme expressão lapidada da obra de ZIMRING, HAWKINS e KAMIN⁶⁸, o agravamento da punição aplicável ao segundo *strike*, por mais que objeto de reduzida percepção popular ou midiática, acabou por, de modo paulatino, assumir a função de elemento central da estrutura legal. De modo quase alheio a todas as atenções, voltadas à punição do

⁶⁶ Exceção aqui veio a ser posta tão-somente pela *Proposition 36*, situada de modo ímpar como atenuação do modelo legal sujeita à aprovação legislativa, cujo conteúdo faculta a todo indivíduo acusado por posse de drogas, no que se incluem os *strikers*, receber o necessário tratamento, de modo substitutivo à punição. Idem. p.04.

⁶⁷ Em tradução livre, corresponde a denominação da sistemática penal californiana à ideia de que “três strikes e você está fora”.

⁶⁸ ZIMRING, Franklin. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.219.

terceiro dos *strikes*, seja por sua maior severidade ⁶⁹, seja por se constituir aspecto responsável pela denominação da estrutura normativa, o apenamento do condenado pela prática do *strike* de número dois tomou para si as vestes de fator basilar para a concretização e a concretude da carta legal, possibilitando que seus defensores a julguem dotada de sucesso. Representa o agravamento da punição da segunda infração ao ordenamento a expressão mais cotidiana da legislação. Sua face oculta, mas vultuosa, cuja análise usufrui de imprescindibilidade.

Para além de impossibilitar a concessão de todo benefício correlato à figura da liberdade condicional em momento anterior ao cumprimento de 80% da pena prevista, consequência que é comum à punição proveniente de um terceiro *strike* ⁷⁰, possui a condenação do *strike* de número dois como mais determinante feição o fato de impor uma duplicação da punição a ser aplicada concretamente ao acusado ⁷¹. Partindo-se de juízo eminentemente matemático, fundado na crença de um pretense livre arbítrio absoluto por parte do responsável pela prática delituosa, intenta-se lhe oferecer espécie descomunal e carente de razoabilidade de “aviso”. Constituiria o ato de dobrar a punição, sob tal ótica, espécie de antesala do afastamento definitivo do âmbito societal, medida consagrada pela pena aplicável ao *striker* após sua terceira ofensa à legislação penal. Trata-se do que orienta sua corriqueira aplicação, responsável direta pela hipertrofia do modelo legislativo.

Não importa, de acordo com o previamente demonstrado, a gravidade do delito. Havendo condenação prévia suficiente para engendrar a verificação de um *strike*, aplicar-se-á de modo dobrado a punição ao indivíduo. Formula-se juízo de proporção em que o que impera e perdura é a ausência de razoabilidade. Apresenta-se possibilidade última de que o *striker* passe a “optar” pela não-delinquência. Não por acaso a extrema maioria dos que se encontram reclusos por previsão do tratamento diferenciado oferecido pelo sistema legal californiano o estão por punições atinentes ao segundo dos *strikes* e não à última das condenações ⁷², inobstante ser esta a responsável por dar nome à legislação ⁷³. De modo silencioso,

⁶⁹ HELLAND, Eric. TABARROK, Alexander. Obra citada. p.09.

⁷⁰ EHLERS, Scott. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBER, Jason. Obra citada. p.02.

⁷¹ IYERNGAR, Radha. Obra citada. p.10-11.

⁷² ZIMRING, Franklin. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.64-66.

⁷³ Possível atribuir tal divergência de intensidade na aplicação legal a uma série de fatores, os quais, em momento posterior do exame, mais claros se demonstrarão. Por ora, cumpre destacar que a referida disparidade é devida, de modo essencial, ao fato de, e dado o sem número de mecanismos de seletividade atinentes à estrutura legal, constituir a punição do terceiro *strike* arma de exclusão definitiva posta pelo arcabouço normativo,

serve a segunda punição à perpetuação da estrutura legal, consolidando modelo que ao mesmo tempo em que se expõe vazio de lógica-funcional, e repleto de irracionalidade punitiva, intui reforçar o caráter extremo da punição do terceiro *strike*, desviando as atenções, entretanto, do próprio extremismo que igualmente detém.

Inviável é, por conseguinte, querer reduzir a aplicabilidade do sistema legislativo de *three strikes and you're out* à punição do terceiro *strike*, por mais que sua titulação, e de modo satisfatório aos que objetivam mitigar a repercussão dos seus equívocos, possa conduzir a tal direção. Destinada precipuamente a incutir medo no reincidente, constitui a punição do *strike* de número dois a mecanismo inafastável da engrenagem formulada pelo sistema legislativo californiano, tornando equivocado qualquer exame que desconsidere sua relevância ou a julgue provida de menor vulto se comparada ante aquela do *strike* derradeiro. Tratam-se de figuras distintas, ainda que igualmente criticáveis, recaindo sobre esta última o escopo de exclusão definitiva do apenado do espaço social, fazendo com que não mais a advertência se direcione ao condenado, mas à comunidade. É à punição do terceiro *strike* que agora nos voltamos.

3.3 3º Strike – A cartada final

Verdadeiro é, de modo condizente ao previamente destacado, que o sistema californiano de *three strikes and you're out* peculiariza-se por atribuir faces de irrelevância à gravidade do delito para qualificá-lo como *strike* de número dois ou três, fazendo com que sobre o condenado recaiam as consequências legalmente cominadas para tal. Possível se faz afirmar, todavia, e sem embargos, que é com a passagem do segundo para o terceiro *strike* que se opera a subtração integral dos resquícios de respeito à lesividade do fato desviante, ou, mais precisamente, à pena que lhe seria cabível⁷⁴. Tal se dá pois, se corresponde traço central da punição aplicada ao *strike* de número dois o fato de acarretar na duplicação da pena cabível, no que toca a sanção a ser aplicada ao *strike* três desprovida de pertinência é a condenação que sobre o apenado far-se-ia residir. Em nada importa o crime

justificando, por se tratar de medida mais extrema, sua menos corriqueira aplicação, de modo a silenciar a distorção do sistema e assegurar sua constante aceitação pela massa societal.

⁷⁴ ZIMRING, Franklin. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.124.

cometido ou a pena a si correlata ⁷⁵. A punição terá como patamar mínimo o período de 25 anos de reclusão, e encontrará baliza máxima unicamente na prisão perpétua, seja qual for a conduta responsável por dar ensejo à concretização do terceiro *strike*.

Perceptível se afigura, por conseguinte, que a punição aplicável ao responsável pela comissão do terceiro ato contraposto ao ordenamento legal, e por ser aplicável sem necessidade de que verdadeiramente danosa ou violenta a conduta se demonstre, carece de quaisquer juízos de proporcionalidade. Acaba-se por atribuir idêntica punição a crimes diametralmente variados, cujas práticas, em decorrência, afetam de maneira diferenciada bens jurídicos reciprocamente estranhos. Diversidade não há, à luz do sistema legal, desta feita, entre lesões de cunho patrimonial e atentados à vida. Em ambos os casos, equivalente (e dotada de exagero) será a punição, a qual, neste ponto, afeiçoa-se de modo incontestado a verdadeiro direito penal do autor, atribuindo ao fato patamar secundário.

Pune-se o *striker* que pela terceira vez é objeto da seletiva aplicabilidade do modelo de modo a beirar a uniformidade e, por conseguinte, irrelevante se toma a infração que lhe é imputada. Crimes diversos, com graduações distintas de lesividade, recebem tratamento normativo sujeito à justaposição exata. De modo reverso ao *strike* de número dois, em que a proporção da punição a ser aplicada é tida em consideração, ainda que o seja para dar origem à punição igualmente desproporcional, na dosimetria da pena aplicável ao terceiro *strike* a extração das medidas prescinde do exame da conduta delinvente ocorrida. Chega-se ao artifício derradeiro do sistema, orientado, de modo visível e exclusivo, à exclusão do apenado do espaço social.

Traçada está a estrutura de funcionamento do sistema legislativo penal californiano. Em sucinta análise: por mais que não seja qualquer delito o suficiente para configurar a formatação de um primeiro *strike* (inobstante estar apta para fazê-lo a maioria das infrações), após o registro deste último toda a reincidência do indivíduo, não importando a gravidade do ato lesivo, bastará para dar margem à incidência dos *strikes* subsequentes. Possui o segundo deles como traço marcante o fato de implicar na duplicação da punição do condenado. Já o terceiro e derradeiro traz consigo a aplicação de pena situada entre o patamar mínimo de 25 anos e o

⁷⁵ Idem. p.50-51.

limite máximo da prisão perpétua, de modo a atribuir vestes de irrelevância à gravidade da conduta delituosa imputada ao acusado. Instaura-se cadeia gradativa e sucessiva de ausência de razoabilidade no ato de punir.

O exame das bases normativas e mecanismos funcionais intrínsecos à leitura do modelo penal vigente na Califórnia se faz completo. Finda-se seu exame, resguardado de relação de inafastabilidade face ao estudo de sua aplicabilidade e à observação das metas e intentos que lhe são atribuídos, ao menos de modo declarado. Alvo de constante defesa, ao sistema de *Three Strikes and You're Out* californiano são designadas finalidades cujo adimplemente, em tese, daria justificativa à manutenção e perpetuação da estrutura. Resta-nos, por consequência, voltar os olhos ao exame de tais finalidades, missão a qual no ponto próximo nos destinamos.

4. Dissuadir e Incapacitar: Os fins declarados do modelo legal

Positivada, ao menos pretensa e declaradamente, de modo teleologicamente orientado à redução da criminalidade, intentaria a legislação penal californiana de *three strikes* a consecução de tal meta por intermédio do binômio incapacitação e dissuasão ⁷⁶. De modo compatível à nova “penalogia” norte-americana, objeto de destaque por parte de Lóic WACQUANT, não mais se oferece espaço à retórica que intui abordar a punição como aspecto ressocializador, passando-se a oferecer à pena, em verdade, o encargo de exercer efetivo controle populacional ⁷⁷. Agravando-se a sanção, de acordo com os defensores da engrenagem legal ora analisada, assegurar-se-ia a proteção pública através do processo simultâneo de isolamento do condenado e intimidação da massa social ⁷⁸. Sob tal ótica, aparentemente provida de cientificidade matemática, enrijecendo-se a sanção indelével seria o arrefecimento das infrações, de modo a oferecer justificativas à sistemática penal californiana, consagrando seu acerto.

⁷⁶ EHLERS, Scott. SCHIRALDI, Vincent. ZIFDENBERG, Jason. Obra citada. p.12.

⁷⁷ WACQUANT, Lóic. Obra citada. p. 124-125.

⁷⁸ TURNER, Susan. GREENWOOD, Peter W., FAIN, Terry. *Symposium The Impact of Truth-in-Sentencing and Three Strikes Legislation: Prison Populations, State Budgets and Crime Rates*. 11 Stan. L&Polly. Rev.75-76, 1999.

Pois bem. Tomando como base as chamadas “teorias clássicas da pena”⁷⁹, possível é, já de início, perceber que asseverar as punições vislumbrando uma atenuação das práticas criminais não parece compatível com a visão retributivista da sanção, tendo em vista que, para esta última, a punição não passaria de uma resposta às condutas delituosas. Desta feita, seria a ela estranho perseguir escopos tais como a redução da criminalidade. A pena não seria um meio para algo, mas um fim em si mesma. Uma simultânea reafirmação do Direito e negação do crime.

Tampouco parece a tentativa de obter uma suavização da violência por meio da aplicação de punições mais severas compatível com a concepção de pena como prevenção especial positiva. Partindo-se desta ótica, seria objeto da sanção penal “ressocializar” o indivíduo, e não há como encontrar nexos causal entre um possível aumento deste tempo de “reeducação” e a verificação de quaisquer melhorias no tocante à problemática da insegurança. Asseverar as sanções penais não dialoga com a idéia de “ressocialização”, mas com a de intimidação, e não é a intimidar que a prevenção especial positiva se propõe⁸⁰.

Restam, então, as teorizações que concebem a pena como uma prevenção negativa, especial ou geral. Tratam-se, não por acaso, e em exato, das máscaras que impedem que desvelado seja o que de real é ocultado pela legislação de *strikes* vigente no território californiano. Se, e em conformidade ao asseverado

⁷⁹ Em explicação superficial, aponta a doutrina para a existência de quatro principais linhas de pensamento voltadas à explicação do ato de punir. A primeira delas é o ideário retributivista, de KANT e HEGEL, conforme o qual a pena não mais seria que a retribuição de um ato contrário ao ordenamento, sendo, assim, desprovida de outros escopos. Na mão oposta podemos observar as teorizações denominadas utilitaristas, ou prevencionistas. Para a prevenção especial positiva, simpática ao positivismo criminológico de LOMBROSO, FERRI e GARÓFALO, intuiria a pena “ressocializar” o condenado, propiciando sua “reinserção social”. A prevenção especial negativa, por sua vez, centra na pena os papéis de neutralizar o indivíduo apenado, e nele embutir um temor que o impeça de voltar a adotar condutas lesivas ao texto legal. Já o pensamento prevencionista geral negativo afirma ser a função da pena exercida não apenas sobre o indivíduo, mas sobre toda a comunidade, gerando nesta o sentimento de temor e, com isso, minimizando a prática de condutas delituosas. A este quarteto de teorizações tem sido acrescida a chamada “prevenção geral positiva”, linha ideológica desenvolvida por JAKOBS conforme a qual a punição engendraria, em toda a sociedade, um sentimento de maior confiança na força das normas. Cabe destacar, ainda, a existência de modernas explicações do ato de punir intimamente vinculadas à postura crítica com que alguns autores têm tratado o sistema penal contemporâneo. Nesta esteira, observamos a “teoria agnóstica da pena”, presente nas obras de ZAFFARONI e a concepção da pena sob a ótica do “materialismo-dialético”, expressa no escritos de Juarez Cirino dos SANTOS. Para o presente estudo, todavia, nos focamos nos quatro primeiros ideários apresentados.

⁸⁰ Não é intuito do presente aprofundar-se na análise da pena privativa de liberdade como artifício para a “reeducação” do apenado. Faz-se mister, todavia, destacar que a adoção indiscriminada deste ideário pode conduzir à chamada “ideologia do tratamento”, bem como instaurar a insegurança no que toca a determinação dos prazos penais.

Neste sentido, CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

por WELSCH, possível se faz pela leitura do diploma legal em pauta extrair como metas a si intrínsecas a dissuasão social e a incapacitação de infratores ⁸¹, corresponde tal par de fatores, respectivamente, aos alicerces dos discursos de prevenção negativa geral e especial da punição. De modo conseqüente, não apenas se justifica como toma para si caracteres de essencialidade o estudo, por mais que não exauriente, de ambas as teorizações, prospectando sua efetiva capacidade de servir como sustentáculo a uma possível redução dos índices criminais. Trata-se do que se torna objeto do exame.

4.1 Feuerbach revisitado: A ameaça à comunidade.

Nascido a 14 de Novembro de 1775, sobre território alemão, Paul Johann Anselm von FEUERBACH ⁸² pode ser concebido como o fundador da ciência penal contemporânea de seu país ⁸³. Contratualista e liberal, FEUERBACH, responsável pela estruturação do princípio da legalidade nos moldes em que hoje o concebemos ⁸⁴, discorre em *Revisão dos princípios e conceitos fundamentais do Direito Penal vigente (1799)* sobre os efeitos que acreditava serem ensejados, no panorama societal, pela aplicação da pena privativa de liberdade, os quais passamos a observar.

Afirmava o teórico que a punição, cuja aplicação decorreria da execução de determinada conduta, teria como finalidade inibir a totalidade de cidadãos à comissão de novas práticas delituosas ⁸⁵. É atribuída à pena a tarefa de coagir psicologicamente a massa de indivíduos ⁸⁶, razão pela qual, necessariamente, sua positivação deveria ser precisa, e não incerta. Deste modo, a lei representaria,

⁸¹ WELSCH, Jennifer. Obra citada. p.09.

⁸² Não raro é observamos a confusão entre Paul FEUERBACH e seu quinto filho, Ludwig Andreas FEUERBACH, sendo imputada a um a obra de outro. Este último, filósofo do ateísmo e forte influência de Karl MARX, todavia, não dedicou seus estudos ao Direito Penal.

⁸³ Aponta nesse sentido BRUNO, Anibal. *Direito Penal – Parte Geral*. vol. 01. 2 ed Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. 1959. p.92.

⁸⁴ A noção de que um indivíduo não deve ser punido caso não haja prévia proibição legal da conduta por si praticada já nos é trazida ao longo da célebre obra *Dos Delitos e das penas* de Cesare BECCARIA, mas é FEUERBACH que enuncia os princípios da legalidade da pena e do crime sob os brocardos “*nullum poena sine lege*” e “*nullum crime sine lege*”, no texto do Código Penal da Baviera de 1813. Isso não faz do pensador um adepto do positivismo jurídico, mas sim um defensor da segurança normativa.

⁸⁵ FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p.61.

⁸⁶ FEUERBACH, Anselm Von. *Anti-Hobbes (ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano)*. Milão: Giuffrè, 1972. p.106. Apud. CARVALHO, Salo de. Obra citada. p.127.

aos olhos da sociedade, uma ameaça latente, abstrata, cuja concretização seria dada após a verificação da conduta criminosa ⁸⁷.

É com fundamento nesta idéia de coação psicológica que se desenvolve a justificação da pena como uma prevenção geral negativa, também denominada, e não por acaso, “teoria da intimidação”. Constituiria a lei penal ameaça suficiente para coagir animicamente toda a sociedade, de modo a reprimir possíveis práticas futuras de condutas delituosas ⁸⁸. A execução da punição, por sua vez, viria a demonstrar que a ameaça contida na norma penal não representa coação vã ⁸⁹. Seria a sanção punitiva, sob esta ótica, nas palavras de Anibal BRUNO, “um instrumento de ordem e segurança nacional, um meio de deter o criminoso potencial” ⁹⁰. Por intermédio da punição, o ente estatal objetivaria desestimular, pela ameaça psíquica, a prática de novos atos lesivos ao texto legal.

Revestida a pena deste caráter coator, poderia parecer, até certo ponto, óbvio o fato da implementação de penas mais severas vir a propiciar uma amenização da insegurança. Conforme a concepção da teoria da intimidação, seria por intermédio do Direito Penal e, mais precisamente, da aplicação das penas, que poderíamos encontrar recursos para o combate da problemática da criminalidade ⁹¹. Em um raciocínio lógico-dedutivo, poder-se-ia afirmar, então, que, aceita a pena como uma prevenção geral negativa, voltada ao desestímulo de condutas delituosas, agravar as sanções penais corresponderia a aumentar o temor existente na sociedade e, por consequência, reduzir a quantidade de condutas lesivas à ordem jurídica. Constitui-se engrenagem que aos olhares desatentos poderia parecer dotada de perfeição.

Pois bem. Inobstante o fato de se ter intentado atribuir à legislação penal californiana fundada na noção de *strikes*, quando de seu nascedouro, como foco primeiro a incapacitação do indivíduo, assumindo o poder dissuador da punição caráter secundário e colateral, imperativo destacar que tal ordem foi, com o transpassar dos anos, objeto de inversão ⁹². Verificado que, de acordo com critérios

⁸⁷ Toda essa gama de noções pode ser extraída de PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004. p.256

⁸⁸ PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. p.117.

⁸⁹ BRUNO, Anibal. Op. p.92.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1993. p.103.

⁹² ZIMRING, Franklin. HAWKIS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.91.

derivados do campo das ciências exatas ⁹³, como os expostos por HELLAND e TABARROK, a intimidação da sociedade constituiria alternativa menos custosa que a neutralização dos condenado ⁹⁴, o que se confirma pela limitação imposta a esta última por possuir como condição *sine qua non* de operacionalidade o afastamento físico do ofensor ⁹⁵, passa-se a oferecer ao papel coator da sanção, exercido sobre a comunidade, posto de centralidade.

Adotado tal enfoque, urgeria se reconhecer, em harmonia ao teorizado por SHEPERD, a coação exercida pela estrutura normativa face a qualquer indivíduo antes mesmo da concretização por si do primeiro dos *strikes* ⁹⁶. Constituindo-se, de acordo com seus defensores, no ideário apto a propiciar a instauração de panorama dotado da melhor relação de custo e benefício económico ao poder de punir ⁹⁷, ao se atribuir à pena aspecto intimidador propicia-se que, aparentemente, seus efeitos possuam extensão suficientemente maleável para atingir qualquer indivíduo. Desestimular-se-ia todo cidadão da comissão de eventuais práticas delituosas.

Contrapondo-se à idéia de ressocialização, de modo a abraçar a crença nos aspectos de dissuasão e neutralização da punição ⁹⁸, a sistemática legislativa californiana, com a instauração do modelo de *strikes*, acabou por adotar tais metas como verdadeiros dogmas. E, sem óbice da já referida atribuição, em tempos atuais, de atenção precípua ao aspecto de prevenção geral negativa designado à sanção, igualmente essencial é se efetuar exame acerca do intuito de incapacitação do condenado, aspecto que passamos a analisar.

4.2 Exclusão do Condenado e Defesa Social

Neutralizar o apenado e, por intermédio do medo de voltar a sofrer punições, desestimula-lo à prática de novas condutas delituosas. É com base nesse binômio que se apresenta a concepção da restrição de liberdade como prevenção

⁹³ Tal qual se pudesse efetivamente crer na aplicabilidade de pensamentos matemáticos ao direito penal de uma sociedade eminentemente desigual.

⁹⁴ HELLAND, Eric. TABARROK, Alexander. Obra citada. p.03.

⁹⁵ ZIMRING, Franklin. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.92-94.

⁹⁶ SHEPHERD, Joanna M. *Fear of the First Strike: The full deterrent effect of California's two and three strikes legislation*. In *The Journal of legal studies*. Chicago: University of Chicago Press. Janeiro/2002. p.02-03.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ PROSECUTORS PERSPECTIVE ON CALIFORNIA'S THREE STRIKES LAW. Obra citada. p.01.

negativa exercida de modo específico e polarizado no condenado, para a qual não mais é relevante a observação acerca das repercussões a serem geradas no âmbito societal pelas penas ⁹⁹. A dor da primeira punição, sob a luz dessa teorização, geraria um medo de reincidir; embutiria na mente do indivíduo que sofre a sanção penal a certeza de que o crime não compensa, e, por consequência, não deve ser praticado ¹⁰⁰. Não suficiente, o apenado, ao longo da condenação, não poderia incorrer em práticas delituosas, dado o aspecto “neutralizador” de que a pena disporia. A sociedade, assim, estaria protegida.

Conforme exemplo trazido por SUTHERLAND, possível é observarmos na punição como prevenção especial negativa situação similar àquela existente nos espaços escolares, onde alunos são sancionados para que, com isso, não voltem a praticar a conduta indesejada ¹⁰¹. Pode-se dizer que a pena estaria voltada ao exercício de influxo inibitório no autor do delito ¹⁰². Ao sentir as angústias da punição, o indivíduo não voltaria a delinquir, tendo em conta seu temor de ser novamente apenado.

Aceita essa noção prevencionista especial negativa da pena, dado o exposto, soaria inconteste o fato de um asseveramento das condenações vir a ensejar uma redução dos índices de criminalidade. Se a punição vislumbraria neutralizar o apenado durante o tempo de privação de liberdade, quanto maior fosse esse lapso temporal mais amplo, também, seria o período em que a sociedade se veria protegida do infrator. Cabendo à pena intimidar o condenado, com o objetivo de vedar a reincidência, seu enrijecimento seria plenamente aplicável, tendo em conta que esse aspeto amedrontador receberia reforço e, por consequência, os casos de regresso ao sistema prisional seriam reduzidos. O esquema teórico beira à perfeição

⁹⁹ Necessário é destacar, em tempo, que esta atribuição à pena dos papéis de neutralização e intimidação do condenado raramente se manifesta de maneira isolada, sendo na maior parte dos casos acompanhada da visão da pena como prevenção especial positiva. Adota-se, nessas situações, fórmula que intui ressocializar os reeducáveis, sob os ditames da prevenção especial positiva, e neutralizar os incorrigíveis, fazendo valer sobre eles a face negativa da prevenção especial. Essa estruturação dúplice da pena pode ser observada, por exemplo, no Programa de Marburgo (1882), de Franz VON LISZT. Conceber a pena deste modo, vale dizer, é herdar todas as críticas aplicáveis tanto à prevenção especial positiva quanto à negativa.

¹⁰⁰ SUTHERLAND, Edwin H. *Principles of criminology*. Revisado por Donald R. Cressey. 5 ed. EUA: J.B. Lippincot Company. 1955. p.290.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² MAURACH, Reinhart. *Derecho penal - Parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 761.

Efetuando traslado do pensamento que atribui à punição formas de prevenção especial negativa ao campo da sistemática legal de *three strikes and you're out* adotada em território californiano, entretanto, possível se faz desvelar que a uma das duas faces detidas pelo discurso se oferece relevância primordial. Nada obstante o fato da concepção prevencionista negativa especial da pena, tal qual exposto, possuir carga orientada ao desestímulo do infrator no que toca a comissão de novos delitos, na estrutura legislativa sob exame tal meta se vê esvaziada quando da punição atinente ao *strike* três, sem óbice de sua relevância no que toca as punições precedentes.

Atribuída a desproporcional punição cabível àquele que pela terceira vez atenta contra o ordenamento legislativo-penal, não mais se questiona se este voltará a reincidir. Passa a punição, em verdade, a atuar de modo voltado tão-somente à pretensamente verificável coação do corpo social, bem como à neutralização do apenado por intermédio de sua exclusão. Trata-se tal ponto, na realidade, do aspecto mais comumente atrelado pelo senso comum à sanção aplicável ao responsável pela infração apta a caracterizar um *strike* de número três, ainda que a si igualmente se intua oferecer vestes de justificação da punição anterior. Sob o manto de uma declarada “defesa social”, intenta-se oferecer racionalidade ao isolamento.

Revela-se perceptível constituir a meta de neutralização do condenado função quase que natural do ato de punir. Evidente aos olhares desatentos se afeiçoa que, uma vez excluído de modo radical do espaço social livre, por meio do aprisionamento, o apenado estaria inviabilizado de delinquir. Partindo-se de deturpada premissa que concebe o crime tal qual imanente àquele que o comete, independente da lesão ou do bem jurídico sobre o qual recaia o dano, conduz tal pensamento, de modo automático, à crença na redução da criminalidade pelo incremento da quantidade de indivíduos encarcerados, bem como do lapso temporal pelo qual deveria a pena perdurar. Justificar-se-ia, oferecendo fundamentação provida de racionalidade, desta feita, tanto a punição de qualquer delito tal qual *strike* quanto a ruptura à proporcionalidade existente na aplicação das penas decorrentes de crimes como tal imputados. Ambos aspectos contribuiriam à redução das condutas contrapostas à legislação.

Desconsidera-se ser criminógena a sociedade, bem como ineficazes à interrupção dos delitos as divisas postas pelo espaço prisional. De igual modo, no que toca o discurso coator, individual ou geral, abdica-se de qualquer juízo relacionado a sua razoabilidade e compatibilidade face a território que democrático se proponha a ser. De modo a objetivar oferecer traços de acurada aplicabilidade ao sistema legislativo quaisquer que sejam os meios necessários para tal, cumprem essencial papel as funções declaradas de incapacitação e dissuasão. Nada obstante, faz-se mister que o devido exame seja realizado sobre ambas. Se, de modo oficial, propõe-se a estrutura californiana de *three strikes and you're out* a assegurar um arrefecimento das práticas criminosas através de neutralização e intimidação, necessário observar a idoneidade dos referidos caminhos para a obtenção do citado fim, bem como a razoabilidade de sua defesa. Compõe tal cotejo o objeto do ponto subsequente.

5. Inviabilidade de justificação do sistema com base nas finalidades oficiais

Depreende-se do previamente observado que, e sob a ótica de seus defensores, atuaria o sistema californiano de *three strikes and you're out* de modo convergente à redução da criminalidade por, simultaneamente, dissuadir a comunidade da comissão de novos delitos e afastar o infrator do espaço social. Possível se faz notar, pois, como destacado, que os discursos que à sistemática intentam oferecer subsídio coincidem com os ideários prevencionistas negativos da punição. Com racionalidade impregnada de utilitarismo, intenta-se fazer crer que por intermédio da punição, e de suas faces de incapacitação e intimidação, factível se afeioaria um arrefecimento das condutas criminosas. Serviria o modelo de *strikes* tal qual infalível engrenagem orientada a uma pretensa pacificação social.

Inerente ao presente estudo, entretanto, e conforme destacado já em seus momentos primeiros, é a atribuição ao pensamento crítico do papel de norte teórico e metodológico. Mais do que descrever a operacionalidade do modelo legislativo ou dissertar acerca de seu aparente sucesso, tarefas simplistas e insuficientes, constitui escopo, aqui, perpetrar análise a respeito da efetiva funcionalidade da sistemática normativa face à finalidade que lhe é imputada.

Essencial se faz, em decorrência, efetuar, e ainda que de modo sucinto, exame relacionado à factibilidade de que efetivamente se chegue à obtenção de uma redução das práticas desviantes por meio de um enrijecimento das sanções, seja por dissuadir ou incapacitar. De idêntica maneira, expõe-se necessário que se efetue os devidos apontamentos sobre quais as consequências a que pode conduzir a materialização de tais ideários negativos. Par de tarefas a que dedicadas são as próximas considerações.

5.1 A instrumentalização do condenado

Não é viável defender com base na concepção de pena trazida por FEUERBACH a possibilidade de que um enrijecimento das punições penais acarrete arrefecimento dos índices criminais. E não o é pelo fato da própria teoria da prevenção geral negativa possuir estrutura altamente questionável. Parece inaceitável, ao menos em um Estado Democrático de Direito como o pretensamente existente em território norte-americano, atribuir ao Direito Penal a prerrogativa de obter o controle social por intermédio do medo ¹⁰³.

Em verdade, a adoção de tal prática é íntima, e, em alguma medida, formativa, de uma nação que não se estrutura de modo Democrático, mas autoritário ¹⁰⁴, culminando naquilo que se denomina "Direito Penal do Terror" ¹⁰⁵. É até certo ponto admissível que, em determinadas hipóteses, a pena realmente acabe gerando uma sensação de temor no cenário social. Isso, todavia, só pode ocorrer de modo reflexo; jamais constituir sua fundamentação, sua justificativa ¹⁰⁶, sob pena de instaurar-se terrorismo estatal capaz de fazer inveja àquele do Estado Leviatã, de Thomas HOBBS ¹⁰⁷.

¹⁰³ Esta prática parece, no mínimo, incompatível com o rol de direitos fundamentais positivado em nossa Constituição, dotada de caráter notoriamente cidadão. Adota-la, desta feita, é colocar em cheque toda a força normativa de que o texto constitucional deve dispor, conforme expresso na obra de Konrad HESSE.

¹⁰⁴ Não é sem motivo que a concepção da pena como prevenção geral negativa foi, por exemplo, a difundida de modo mais amplo em território italiano ao longo do governo de Benito Mussolini, pautado pelo fascismo.

¹⁰⁵ Expressão trazida originariamente por René Ariel DOTTI em *Um novo Direito Penal do Terror*. In. Folha de São Paulo. São Paulo, 25 de Março de 1991. cad.1, seç. Tendências – Debates. p.03

¹⁰⁶ PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. p.103

¹⁰⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e Civil*. São Paulo: Nova Cultural 1997

Não bastasse, conceber a pena sob a ótica da teoria da intimidação é, ainda, um desrespeito ao imperativo categórico kantiano ¹⁰⁸. Quando é dado à punição o caráter exemplificativo, objetivando que surta efeitos no inconsciente da massa societal, esquece-se da própria figura do condenado ¹⁰⁹. O indivíduo é “coisificado”; serve tal qual verdadeiro “bode expiatório” ¹¹⁰; como meio para a instauração de um panorama coator, configurando-se completo desrespeito a seus direitos. Em conformidade ao destacado por ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, “a pessoa humana desaparece, reduzida a um meio a serviço dos fins estatais” ¹¹¹.

Destaca-se, ainda, que aplicar a pena intuindo a criação de uma coação geral, além de violar a dignidade do condenado, aumentando injustamente seu sofrimento para inibir ações futuras ¹¹²- tratando o homem “como a um cão” ¹¹³-, não apresenta qualquer eficácia comprovável. Seus efeitos jamais foram verificados ¹¹⁴, sequer no período anterior à pena privativa de liberdade, onde as punições eram dotadas de cunho corporal ¹¹⁵. É neste sentido que, não raramente, observarmos a afirmação de que o real fator inibidor da prática de novas condutas contrárias ao ordenamento não seria a intensidade da pena, mas a certeza de sua aplicação ¹¹⁶.

Deste modo, não é plausível utilizar-se da concepção de pena como prevenção geral negativa para sustentar quaisquer possibilidades de melhoria a serem trazidas pela positivação de sanções mais rígidas provenientes da engrenagem legislativa de *strikes* ¹¹⁷. Se de alguma maneira a aplicação de punições

¹⁰⁸ KANT, IMMANUEL. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja. 1986. p.22-23

¹¹⁰ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. p.128.

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. vol. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P.120.

¹¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris.2006. p. 460

¹¹³ Definição atribuída por HEGEL à teoria da prevenção geral negativa, e expressa à página 95 de já citada obra de Anibal BRUNO.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. Op. p.23

¹¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. p.460.

¹¹⁶ Esta fórmula, a ser novamente abordada, em momento posterior, por mais que possa parecer conclusão moderna nos é trazida por Cesare BECCARIA, em *Dos Delitos e das penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2 ed. 1999. p.87.

¹¹⁷ E intuir asseverar o contrário, como efetuado, exemplificativamente, por SHEPERD em obra já referida, constitui equívoco em sua própria essência, vez que se acaba por desconsiderar toda a série de mudanças operada no espaço social que, de modo direto, afeta os índices de criminalidade verificáveis, em conformidade ao mencionado por ZIMRING, HAWKINS e KAMIN. Lançando-se mão de pensamento simplista e de impossível aceitação prática, intenta-se atribuir à coação pretensamente instaurada no espaço social toda a responsabilidade por quaisquer reduções das condutas delituosas, o que não merece respaldo, vez que se algo a coação efetua com a delinquência se trata de ampliá-la, pelo medo e opressão que lhe são intrínsecos. Cita-se ZIMRING, Franklin.

mais severas representaria uma solução aos questionamentos acerca do crime, essa não seria a ampliação de temor no ente societal. Não param por aqui, todavia, e como citado, as supostas justificativas de possíveis benefícios a serem trazidas pelo enrijecimento das condenações penais em território californiano, uma vez que agravar as penas também poderia ir ao encontro do ideário da punição como prevenção especial negativa. Cabe-nos agora, então, analisar este último.

5.2 Medo e Homo Sacer – Ausência de limites à ameaça punitiva

Uma análise da realidade fática faz perceptível a inexistência de razoabilidade material ou legal em querer conceber a pena introduzida pela sistemática de *strikes* como um meio para intimidar e neutralizar o condenado, e, por conseguinte, revela a ausência de lógica em intuir transformar essas finalidades em argumento para embasar um agravamento das sanções penais ¹¹⁸.

Se efetiva preocupação quanto à concreção dos direitos humanos verdadeiramente constitui meta a ser obtida, como deve ocorrer, não se pode tentar arrefecer a criminalidade por meio de um constante processo de “encobrimento do outro” ¹¹⁹, de sua negação. Pelo contrário. É intrínseca à quaisquer movimentos que objetivem reduzir a violência a necessidade de propiciar a plena inclusão de todos aqueles amparados pelo arcabouço jurídico internacional, oferecendo-lhe, e à sua dignidade, a devida tutela.

A aplicabilidade prática da teoria da prevenção especial negativa tende, como exposto por Claus ROXIN, a colocar o indivíduo apenado à mercê do poder punitivo estatal de maneira ilimitada ¹²⁰. Além de propiciar que a punição progrida naturalmente ao extremismo e que a execução penal acabe por se instaurar sob os ditames do *less eligibility* extremo ¹²¹, abre espaço para a configuração daquilo que

HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.30-36.

¹¹⁸ Neste particular, cita-se MALES, Michael. MACALLAIR, Dan. TAQI-EDDIN, Khaled. California Three Strikes Ineffective. In. *Overcrowded Times*. vol. 10. 1999. p. 14-16.

¹¹⁹ Expressão que dá nome à obra de Enrique DUSSEL, teórico da filosofia da libertação. Vale dizer, DUSSEL, Enrique. *1492: O Encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Conferências de Frankfurt. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

¹²⁰ ROXIN, Claus. Op. p.21.

¹²¹ Trata-se de pensamento retirado do Direito Norte-Americano conforme o qual a condição de vida nos presídios deveria ser sempre mais precária que aquela verificada em meio as classes mais desfavorecidas da sociedade, de modo a evitar que a restrição de liberdade se torne uma escolha razoável, ou ao menos, deixe de ser a pior das opções que se encontram em frente ao indivíduo.

se vem denominando de “Direito Penal do Inimigo”¹²², tese de Günther JAKOBS a ser explanada sucintamente.

Sob a luz do Direito Penal do Inimigo, todos os cidadãos, adotando-se como premissa o pensamento de Thomas HOBBS, teriam acordado pela celebração do pacto social, com o intuito de verem assegurada para si sua segurança, a qual estaria sob permanente situação de perigo no Estado de Natureza. Ao delinquir, todavia, o indivíduo estaria desrespeitando esse contrato social, colocando-o à prova, e não mais poderia exigir sua proteção. Sob o ponto de vista do Estado, não mais seria um cidadão, não lhe valendo, deste modo, o Direito Penal dos cidadãos. Sobre si, recairia um Direito Penal ilimitado e distinto, o Direito Penal do Inimigo¹²³. Não parece outro o tratamento oferecido ao *striker* pela estrutura legal californiana. Tratado de modo diverso dos demais, sua cidadania acaba por ser alvo de subtração quase integral.

Esse Direito Penal diferenciado, além de falho na proteção social e na prevenção de novos crimes¹²⁴, intuitos aos quais teoricamente se propõe, é inegavelmente lesivo ao viés de respeito ao condenado que em meio a uma democracia orientada à superação da mera formalidade não pode deixar de existir¹²⁵. Transforma o “inimigo” do Estado naquilo a que Giorgio AGAMBEN dá a alcunha de *homo sacer*, um indivíduo desguarnecido de proteção humana ou divina¹²⁶. Eis, em exato, o que representa o reincidente em meio à formatação legislativa californiana: indivíduo cuja salvaguarda em liberdade não mais constitui preocupação estatal; “cidadão” desprovido de cidadania, ao qual se oferecem vestes

¹²² Noção trazida à tona por Günther JAKOBS, de modo descritivo, em uma Conferência realizada em Frankfurt no ano de 1985, mas que só veio a adquirir ressonância entre os teóricos quando reprisada pelo alemão na Conferência do Milênio de 1999, agora não mais se limitando a descrevê-la, mas defendendo sua aplicabilidade prática, como nos é demonstrado por PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004. p.41.

¹²³ A princípio esse “Direito Penal do Inimigo” seria aplicável apenas àquelas condutas delituosas que representassem atos de “terrorismo” ante o poder estatal. Não obstante, o fato da noção de “terrorismo” ser demasiadamente elástica e subjetiva, aliado à leitura da obra de JAKOBS, nos leva a crer que não tardaria para que esse Direito Penal distinto viesse a ser aplicado a todos aqueles que cometessem (ou fossem acusados de cometer) qualquer conduta contrária ao ordenamento.

¹²⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günter; CANCIO MELIA, Manuel, *Direito Penal do Inimigo, moções e críticas*. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.63.

¹²⁵ Vale destacar, aqui, o que Nilo BATISTA denomina “princípio da humanidade” do Direito Penal em sua *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. p.98.

¹²⁶ O italiano fala na “vida matável e insacrificável do *homo sacer*” em AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG. 2002. p.16.

de descartabilidade; condenado que não mais se apresenta merecedor sequer dos direitos que à sua natureza humana seriam imanentes. Em suma, o *striker*, pelo *status* que lhe é legalmente imputado, beira o homem sacro.

Não bastassem os perigos e equívocos a que a prevenção especial negativa conduz em sua tentativa de intimidar o apenado, essa concepção de pena falha até mesmo em seu elemento mais basilar e, a princípio, inafastável: a neutralização do condenado. Não há como virar as costas para o fato de, e tal qual ocorre em nosso contexto pátrio, assumir traços vultuosos a criminalidade operada por aqueles que se situam dentro das barreiras dos espaços prisionais, repercutindo efeitos tanto no interior destes últimos quanto em sua área externa. Os delitos operados no âmbito interno das prisões ou oriundos destes últimos para o espaço livre constituem realidade indelével. E esse panorama não se atenuará com qualquer endurecimento dos regimes penais introduzido pela estrutura normativa em tela.

O prevencionismo especial negativo, tal qual a teoria da intimidação de FEUERBACH, não serve como sustentáculo para a implementação de um asseveramento das privações de liberdade. Insuficiente fosse a referida inocuidade para obtenção do fim a que estão supostamente orientadas, ambas as teorizações, em harmonia ao exposto, conduzem de modo inarredável à prática do terror. Afeiçoam-se, em decorrência, contrapostas ao ideário democrático que, ao menos no campo da retórica, deveria se manifestar no Estado Norte-Americano. Não apenas se revelam desprovidas de capacidade para reduzir as condutas desviantes como, igualmente, apresentam-se em nada recomendadas se efetiva a preocupação com a materialização da igualdade.

Tendo em relevo o dissertado, esvaziam-se as possíveis justificativas a serem encontradas nas finalidades oficialmente atribuídas à aplicação de penas mais rígidas provenientes da engrenagem de *strikes*. Não se limita a tal aspecto, entretanto, e sem prejuízo da veracidade do exposto, as consequências da aceitação dos discursos que à sistemática californiana oferecem alicerce. Para além, essencial se faz que observemos as decorrências por si instauradas de modo anímico em cada um dos que sofrem com as condenações que de si decorrem. Traços indeláveis que, após devidamente registrada a ocorrência de um *strike* inicial,

acabam por obstaculizar as possibilidades de que o condenado não volte a reincidir, propiciando, em verdade sua mais extrema posituação como homem sacro. É o que passamos a examinar.

5.3 Estigmatização e Vida em Desconfiança

Se é verdade que, e em consonância ao exposto por Erving GOFFMAN, possuía a idéia de “estigma” quando de seu nascedouro como a si indissociável a presença de sinais corporais no indivíduo, igualmente o é que tal conceituação não mais pode subsistir ¹²⁷. Em verdade, e resguardando juízo de concordância com o supracitado autor, tem a noção de estigma como caractere essencial à sua estruturação a possibilidade de verificação, ao se examinar dado indivíduo, de traços em seu entorno que se revelem suficientes para encobrir todos os demais atributos que lhe são inerentes ¹²⁸. Reduz-se o estigmatizado a tão-somente um de seus aspectos, não raro dotado de viés negativo sob a ótica da maioria, pretensamente “normal”, tomando irrelevante todas as suas demais características. Trata-se, em exato, do que ocorre com o indivíduo que, pela primeira vez, sofre em território californiano a aplicação penal decorrente da legislação em análise, passando a figurar aos olhos da sociedade como criminoso, de modo inescusável.

Pois bem. Vivencia o território norte-americano, em tempo atuais, formatação que propicia sem quaisquer exageros sua caracterização tal qual efetivo “Estado Big Brother” ¹²⁹ no tocante à abordagem empenhada face aos penalmente condenados, situação que no espaço californiano apenas se extrema. Situa-se ao alcance de quaisquer indivíduos vasta quantia de informações relacionadas àqueles que no espaço prisional se encontram ou dele já foram libertos. Inexiste obstáculo à obtenção de conhecimento acerca da condenação que sobre dado cidadão recaiu

¹²⁷GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4.ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1988. p.12.

¹²⁸Idem. p.14.

¹²⁹Neste particular, passível de citação é o documentário *The Big Brother State*, cujo conteúdo relata o fato de, em território norte-americanos, ser prática comum da Administração Pública lançar mão de vasta quantidade de mecanismos invasivos à vida dos cidadãos tal qual efetivamente servissem à salvaguarda destes últimos, escopo que, em verdade, não se identifica com a real meta da constante fiscalização, qual seja, o controle.

ou da acusação que lhe foi imputada ¹³⁰. Formata-se panorama em que não há sequer resquícios de privacidade relacionados ao histórico prisional do *striker*. Uma vez caracterizado como tal, desta feita, pouco importam aos olhos da sociedade, eminentemente excludente, seus demais atributos ou características. O preconceito, dará a tônica do contato.

Aos ex-presidiários o já inegavelmente excludente mercado de trabalho norte-americano se revela munido de perspectivas de exclusão ainda mais acentuadas e evidentes, fator que apenas se agrava com a crescente materialização de efetiva “cultura pública de difamação do prisioneiro” ¹³¹ operada em território estadunidense. A difusão de informações correlatas aos dados criminais dos apenados, até mesmo em período posterior ao cumprimento da condenação, oferece ao *vouyerismo* punitivo feições de verdadeiro show. Incrementa-se a exclusão do outrora recluso, dada a referida intolerância face à criminalidade existente no cenário atual da nação em exame. Vêem-se diminutas suas possibilidades de inserção na engrenagem de inocência sob a qual se intenta imantar a comunidade teoricamente. Gradativamente, findam-se suas possibilidades de inclusão no mercado econômico. Caminha-se a passos largos rumo à reincidência delituosa.

Agregando-se o estigma moral intrínseco à prática criminal àqueles outrora já inerentes ao apenado, como regra excluído social e racialmente ¹³², acaba-se por se conceber os detentos, nas palavras de Lóic WACQUANT, como “o grupo pária entre os párias”, podendo “ser vilipendiados e humilhados impunemente” ¹³³. A condenação, desta feita, e conforme se faz perceptível, não se vê finita quando finalizado o lapso temporal em cujo transcurso o indivíduo se situa recluso. Na realidade, a carga que lhe é imputada por conta da prática criminosa pretérita é inapagável. Para a sociedade, sujeita aos influxos midiáticos que abordam a criminalidade como problemática chave, negligenciando as verdadeiras mazelas que à desigualdade dão ensejo, nada mais será que um delinquente. É esta a

¹³⁰WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.235-240.

¹³¹Idem. p.240.

¹³²Será a questão racial e seus profundos efeitos na ação punitiva verificada no estado da Califórnia observada mais detidamente no ponto próximo do exame.

¹³³WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.312.

característica que o acompanhará. Veda-se a análise de suas virtudes, de modo a reforçar a exclusão.

Estigmatizado o *striker*, justamente por sê-lo, seu contato com o ente social, pelo fato deste não mais se interessar (se é que um dia o fez) em tomar conhecimento de suas características de cunho positivo, será permanentemente marcado pela desconfiança ¹³⁴. Para a comunidade, não mais será que um ex-condenado, sem prejuízo apenas de que restem intactos os demais estigmas que sobre si em tempos passados já se fizessem recair. Consagra-se ao redor do indivíduo reputação negativa suficientemente apta a lhe marcar de modo permanente, servindo o exame de seus antecedentes como efetiva espécie de controle social ¹³⁵. Aculturado e desculturado pela convivência no espaço prisional, conforme processo deformador demonstrado por Alessandro BARATTA ¹³⁶, minguiadas são as possibilidades de que o indivíduo após cumprida sua punição obtenha de modo efetivo inserção junto à sociedade, vez que esta última, estigmatizando-o, em nada deseja incluí-lo ¹³⁷. Torna-se o condenado, mesmo em período posterior à sua pena, o mais excluído dentre os excluídos.

Ora, dado o exposto, e de modo a coadunar com o supracitado acerca do manejo do poder punitivo estatal de modo serviente à prática opressora da sociedade norte-americana, a estigmatização não pode, em absoluto, ser concebida tal qual processo carente de aspectos finalísticos merecedores de atenção. Trata-se, pois, em verdade, e harmonicamente ao exposto por Carlos Roberto BACILA, de efetiva modalidade de neutralização, cuja ação se faz presente pela redução do valor da pessoa face aos demais ¹³⁸.

Concebido para a sociedade como um criminoso, marca que não há transcurso temporal capaz de subtrair, dúvida não há de que o indivíduo será tratado tal qual um estranho ¹³⁹; um indesejado. Transpondo-se a questão para a estrutura

¹³⁴GOFFMAN, Erving. Obra citada.

¹³⁵Idem. p.80-81 e 150.

¹³⁶No espaço prisional o indivíduo passa por uma “desculturação”, correspondente à abdicação dos valores de normas de convivência social predominantes fora da privação de liberdade. A esta se soma uma “aculturação”, cuja ocorrência decorre do aprendizado de preceitos e normas inerentes à (sobre)vivência do lado de dentro dos muros das prisões. Cita-se BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p.184.

¹³⁷GOFFMAN, Erving. Obra citada. p.45-46.

¹³⁸BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.30.

¹³⁹Idem. p.28.

californiana, entretanto, impositivo se revela a compreensão de um fator a mais: para além de excluído em escala mais acentuada, dada a comunhão entre ódio ao crime e vigia dos criminosos, seu cotidiano passará a ter como elemento constante e central o medo, por conta do tratamento jurídico peculiar que o aguarda caso venha a infringir de qualquer modo o ordenamento.

Não se revela accidental, desta feita, e como destacado por Radha IYENGAR, o fato de, após a edição do modelo legislativo objeto do exame, ter sofrido considerável acréscimo o número de migrações de reincidentes caracterizados como *strikers* para estados vizinhos à Califórnia regradados por estruturas punitivas menos severas ¹⁴⁰. Estigmatizados e impossibilitados de obter a devida inserção no campo econômico, nada mais lhes resta que, ao menos, salvaguardar-se do perigo de ver sobre si incidir a injusta sanção proveniente da estrutura legislativa californiana. Não apenas é falha a sistemática de *strikes* em seu pretensamente intento de combater a criminalidade, por conseguinte, como, igualmente, responsabiliza-se por instaurar estado de temor em que o êxodo acaba se revelando a alternativa mais válida. Destrói-se a identidade do apenado, nada mais lhe cabendo que deixar o estado dourado.

Não há outra saída, desta feita, senão refletir criticamente e questionar quais escopos seriam verdadeiramente obtidos ou perseguidos por intermédio do estigmatizante sistema californiano, inobstante se fazerem ocultados pelos discursos de dissuasão e incapacitação. De idêntica maneira, resta-nos examinar os efeitos decorrentes da engrenagem legislativa, em nada coincidentes com quaisquer reduções da criminalidade, que sobre os reincidentes efetivamente são passíveis de verificação, bem como averiguar de qual modo, no plano concreto, fazem-se recair as consequências do diploma legal, dada a seletividade que lhe é inerente. É a este binômio último de tarefas que, no ponto subsequente, ater-se-á.

6. *Three Strikes And You're Out*: Enrijecimento das Punições para quem?

Consoante destacado por Nilo BATISTA, não há sistema penal, por mais que pretensamente igualitário, cujo funcionamento se apresente isento da

¹⁴⁰IYENGAR, Radha. Obra citada. p.20.

marca da seletividade ¹⁴¹. Trata-se tal caractere, em tempo, de traço que se faz presente ao longo de todo o processo de atuação do poder punitivo estatal, transpassando tanto a fase de criminalização primária, quando da determinação de a quais bens jurídicos seria oferecida salvaguarda, quanto o momento da criminalização secundária, representado pela efetiva materialização das punições legalmente cominadas. Não pode subsistir a crença na viabilidade do Direito Penal, seletivo em sua própria essência, vir a ser aplicado na integralidade das situações lesivas ao ordenamento, mesmo em um ente estatal fortemente aparelhado para tal fim. A seletividade lhe é irremovível, representando, inclusive, fator responsável por fazer com que dada conduta seja como crime estigmatizada, em detrimento a outras não menos lesivas, mas suficientemente afeitas aos que detêm o poder ¹⁴².

Configurado panorama fundado na referida premissa, a qual nos parece inafastável, imperativo se faz ressaltar que o sistema californiano de *strikes* em nada constitui exceção a regra. De idêntica maneira àquela verificada nas demais engrenagens penais, apresenta-se constituído e operacionalizado de modo caracterizado pela seletividade. Não se oferece tutela a todo bem jurídico, ou a qualquer conduta passível de ser concebida como danosa. Não há igualdade de distribuição punitiva entre a integralidade de ações lesivas ao arcabouço legal. A aplicação do diploma penal-normativo dispõe de caráter disforme.

Sem prejuízo do supracitado, todavia, factível se revela asseverar que a seletividade, já imanente a quaisquer modelos punitivos, toma feições ainda mais vultuosas na sistemática vigente na Califórnia, pela própria estrutura por si positivada. Aprovado de modo peculiar e provido de previsões carentes de razoabilidade, acabou o diploma legal do estado dourado, tanto pelo seu texto quanto pela interpretação a este oferecida, por formatar cenário em que o caráter seletivo é não apenas acentuado como conformado pelo ordenamento. A distribuição desigual do poder punitivo entre condutas justapostas é plenamente facultada aos atores da relação processual, demonstrando-se harmônica ao legalmente disposto. Não bastasse a seletividade intrínseca à concretização das disposições penais, bem como à positivação dos mandamentos, abre-se espaço

¹⁴¹BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.25-26

¹⁴²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. p.20.

para que seletiva seja, igualmente, a aplicação do tratamento diferenciado oferecido aos *strikes*, conforme se passa a analisar.

6.1 A seletividade na acusação em meio ao sistema californiano

Do previamente exposto acerca da sistemática de funcionamento da estrutura legislativa-penal californiana poder-se-ia crer, de modo aparentemente acertado, tratar-se de modelo em que atenuada seria, em certa escala, a seletividade na materialização do poder punitivo. Tal conclusão, à primeira vista provida de acerto, decorreria do fato da ampliação das sanções aplicáveis aos *strikers* possuir aplicabilidade cujos traços se afeiçoam aos de automaticidade. Independentemente da infração cometida, a consequência legalmente prevista ao responsável pela sua comissão seria aplicada, não restando margens de liberdade ao longo da relação processual para que da punição, pretensamente vinculante, afastasse-se. Não se trata, entretanto, do que ocorre.

Perceptível se faz já pela leitura do texto do diploma legislativo em debate, de modo a prescindir de quaisquer exercícios hermenêuticos complexos, que o pretense afastamento da liberdade existente na aplicação da punição se desconstrói pela margem de atuação oferecida ao promotor encarregado da acusação. A este, e por representar aos olhos dos responsáveis pela elaboração do projeto legislativo aliado no intento de enrijecimento das punições, meta precípua dos arquitetos da engrenagem normativa ¹⁴³, resguardada foi vasta área para atuação discricionária. Atribuiu-se ao ator processual sobre o qual recai o encargo de oferecer acusação ao réu a possibilidade de fazê-lo conforme suas próprias convicções e anseios, propiciando, como se revela de modo clarividente, a configuração de destacada seletividade em sua atuação. De parte da demanda passou o promotor a senhor da condução do feito; a figura central do litígio.

Em conformidade à estruturação legislativa positivada no território californiano, caberia ao responsável por acusar o réu a determinação de seu rumo. Facultado ao promotor seria oferecer denúncias atinentes ao reincidente tal qual constituíssem ou não o suficiente para caracterização de novos *strikes*.

¹⁴³ZIMRING, Franklin. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.26.

Desnecessário frisar, pois, que as decisões do órgão de acusação, tomadas no interior de fechadas edificações e carentes de qualquer espécie efetiva de controle, passaram a se configurar, para o transcurso do processo, tão nevrálgicas quanto a própria sentença ¹⁴⁴. Em verdade, esta última nada mais representaria, a partir unicamente do texto legal, que mera decorrência da opção efetuada pela promotoria, vez que uma vez denunciada dada conduta como *strike* inevitável seria a aplicação das consequências cabíveis, excetuando-se a via da absolvição.

Desprovido de controle, prescindindo de motivações, sujeito a pressões e influxos populares. Pelo modelo penal californiano, em seu momento primeiro, caberia ao promotor descartar, em atendimento a suas convicções pessoais, o oferecimento de acusação. De igual sorte, seria a si facultada a celebração de *plea bargainings* junto ao *striker*, bem como, em se tratando de reincidência ocorrida ao longo de medidas de liberdade condicional, optar entre abordar o novo delito tal qual lesão a esta última ou novo *strike* ¹⁴⁵. Propiciava-se ao responsável pela acusação, pois, que se direcionasse ou não rumo ao enquadramento do acusado no âmbito do tratamento diferenciado oferecido pelo diploma penal-legislativo do estado californiano.

Tendo em relevo o destacado, suficientemente claro se afigura que, de acordo tão-somente com o disposto legalmente, assumiria o magistrado papel de efetivo exegeta na condução da relação processual. Por mais que continuasse a si pertencendo a prerrogativa de interpretar o direito com poder decisório, sem embargos da relevância do tribunal do júri, uma vez configurada a condenação nada lhe restaria fazer senão aplicar a punição legalmente cominada nos moldes positivados. Sua atividade tencionada à mensuração da pena, por conseguinte, representaria função administrativa eminentemente vinculada. Denunciado e comprovada a ocorrência de um *strike* nada lhe caberia senão aplicar a previsão legal atinente.

Consagrava o modelo inicial de *three strikes and you're out* californiano, em decorrência, engrenagem cuja atuação das unidades da promotoria se afeiçoava marcada frontalmente pelo caráter seletivo. Não por acaso, em tempo, sempre se manifestou diretamente proporcional a relação entre a aprovação do

¹⁴⁴Idem. p.25-27.

¹⁴⁵ ZIMRING, Franklin. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.67-68.

diploma legislativo em dado condado e os índices de seu manejo por parte dos agentes responsáveis pela acusação ¹⁴⁶. Assumindo para si o encargo de atuar em favor da proclamada “defesa social”, e lançando mão da série de prerrogativas que lhe são legalmente postas, desde o advento do diploma legal a ação dos órgãos da promotoria, seletiva do início ao fim, representou verdadeira resposta aos clamores populares, tornando o ente estatal não mais que mecanismo sujeito a pressões e apelos.

Fato é que, e inobstante a acentuada discricionariedade oferecida ao promotor no exercício de suas funções, ao menos na atividade do magistrado poder-se-ia crer que o diploma legislativa, por mais que dotado de conteúdo desproporcional, seria de igual modo aplicado a todos que acusados fossem. Assegurar-se-ia, em consequência, que, superado o filtro de seletividade dos acusadores, condutas idênticas receberiam tratamento igual por parte do aplicador do ordenamento. A este não caberia ação discricionária apta a afastar a incidência do diploma de *strikes* que divergisse da absolvição. Não foi neste sentido, todavia, que se orientou a prática jurisprudencial. Se discricionariedade, e, em decorrência, seletividade, manifestava-se exclusivamente na ação dos órgãos da promotoria, coube à prática cotidiana relacionada à carta legislativa operar a alteração ideológica. Insuficiente fossem a seletividade imanente ao próprio sistema penal e o caráter seletivo oferecido ao promotor na engrenagem legislativa, acabou-se por, de igual maneira, atribuir ao magistrado destacada discricionariedade na aplicação do modelo legal, a qual, em verdade, mas se assemelha a verdadeiro arbítrio, conforme explicar-se-á.

6.2 *People v Romero*: Um novo filtro de seleção

Indelével da organização jurídica observável nos países estruturados positivamente sob o influxo anglo-saxão é a atribuição de destacada relevância ao exame dos precedentes. Extrai-se do histórico jurisprudencial, de modo corriqueiro, as respostas e soluções que se apresentam necessárias para a acurada resolução dos litígios postos em debate no presente. Em um processo de constante e

¹⁴⁶Idem. p.37.

gradativa evolução intelectual, oferece-se ao anteriormente decidido vestes de verdadeira fonte do direito. Formata-se enredo em que posicionamentos prévios servem como sustentáculo suficiente para a harmônica resolução de litígios. Tendo em conta tal panorama, cumpre destacar que o estado californiano em nada representa exceção.

Na Califórnia, de modo equivalente ao verificado nas demais localidades providas de arcabouços jurídicos fundados na idéia de *common law*, os casos decididos em momento anterior passam a se situar na ordem jurídica como se direito positivo efetivamente fossem. Em verdade, e para além, constituem real compatibilização deste último, cujos traços apenas passam a ser concretamente delineados por conta da hermenêutica que sobre a norma se põe, ante o plano material. Inafastável da leitura jurídica norte-americana, por consequência, é o exame sobre aquilo acerca do que já se decidiu. O mesmo vale, especificamente, para o modelo de *three strikes and you're out* californiano. E neste particular, por ter consagrado elastecimento irreparável na seletividade existente na sistemática, basilar se faz a leitura do juridicamente materializado em relação processual decidida há mais de uma década. Está-se a falar do caso *People v Romero*.

Pois bem. Resguardando-se relação de conformidade com o previamente destacado, factível se expõe asseverar que, tendo em consideração unicamente o texto normativo californiano, residiria toda a carga de discricionariedade existente no sistema de *strikes* na figura do promotor. Caberia ao responsável pela acusação, atendendo aos seus aspectos anímicos, manejar o ordenamento de modo a fazer ou não incidir sobre a conduta do réu o tratamento legal endereçado ao *striker*. Ao magistrado, na seara de tal engrenagem, nada que divergisse de um juízo de absolvição restaria para afastar do apenado as decorrências legais destinadas à reincidência.

Sem óbice desta aparente hipotrofia do decisor posta pela carta legislativa, porém, responsabilizou-se a jurisprudência por criar um novo nível de seletividade na engrenagem penal. Trata-se do que ocorreu, em 20 de junho de 1996, quando, ao apreciar o mencionado caso *People v Romero*, destacou a Suprema Corte que às cortes seria facultado quando do julgamento do reincidente, em atenção aos “interesses da justiça” desconsiderar discricionariamente qualquer

strike anterior do acusado ¹⁴⁷, reduzindo a graduação de sua inserção face ao modelo normativo. Ofereceu-se ao magistrado discricionariedade equivalente àquela que outrora recaía unicamente sobre o órgão de acusação. E, por consequência da citada relevância atribuída aos precedentes na sistemática jurídica norte-americana, o oferecimento de tal prerrogativa ao juiz passou a representar regra na aplicação do sistema, ainda que previsão legal para tal não haja.

Em decorrência, conforme exposto por WELSCH, na formatação assumida pela engrenagem penal californiana após a modificação proveniente da esfera jurisprudencial a condenação pressupõe a superação de dois graus de discricionariedade reciprocamente independentes e incomunicáveis ¹⁴⁸. Permitir-se-ia, de tal sorte, e em consonância ao demonstrado pela referida autora, a restrição da aplicação das punições diferenciadas oriundas do modelo legislativo aos concebidos como “verdadeiros *strikers*” ¹⁴⁹. Parece-nos, todavia, de modo a discordar da pensadora, que tal ampliação da feição discricionária do sistema punitivo não apenas é inócua em quaisquer intentos de obtenção da justiça como, na realidade, constitui acréscimo do caráter injusto que emana da lei. O que sofre aumento, em verdade, é a seletividade do modelo. E esta, harmonicamente ao que futuramente comporá objeto do presente, é teleologicamente orientada.

Fato é, de modo alicerçado pelo dissertado, que no atual contexto assumido pela estrutura californiana de *strikes* possível se faz asseverar que a punição diferenciada é aplicada tão-somente a quem se quer. Longe de representar estrutura cuja incidência atinge a todos, e tendo em desconsideração a seletividade que é inerente ao próprio sistema repressivo estatal, a prática forense do estado dourado, aliada ao próprio texto legislativo, instaurou novos graus de discricionariedade na aplicação normativa suficientes para que se puna unicamente quem os detentores do poderio optarem por apenar. Aos demais, resta a salvaguarda residente nas vastas margens de discricção existentes nas atribuições de quem acusa ou julga.

Pode o magistrado, ao acertar caso penal envolvendo indivíduo já rotulado como *striker*, considerar como “*non-strikeable*” conduta anteriormente

¹⁴⁷ IYENGAR, Radha. Obra citada. p.13.

¹⁴⁸ WELSCH, Jennifer E. Obra citada. p.03.

¹⁴⁹ Idem.

imputada ao réu, por mais que como tal tenha sido sua efetiva e pretérita condenação ¹⁵⁰. Não mais se encontra, por conseguinte, adstrito ao binômio composto por absolvição ou condenação em reincidência que previamente lhe era posto. Sob as vestes do “interesse da justiça”, as quais igualmente facultam ao promotor peticionar na relação processual em qualquer momento anterior à sentença solicitando a desconsideração de um *strike* pretérito ¹⁵¹, faculta-se ao decisor manejar a condenação final do acusado de maneira diametralmente contraposta à linguagem vinculante a si destinada pelo texto legal ¹⁵².

Coube à prática jurisprudencial, desta feita, fazer com que atribuída ao magistrado fosse liberdade equivalente àquela em um momento primeiro oferecida exclusivamente à promotoria ¹⁵³. Sob o pretense escopo de vedar uma possível hipertrofia de quem acusa ¹⁵⁴, acabou-se por ampliar o poder do órgão julgador. Ocorre, entretanto, que a adoção de tal rumo nada mais fez senão hipertrofiar ambos os órgãos, ensejando estrutura em que não apenas inexistente controle recíproco como, para além, há domínio excessivo tanto de quem acusa quanto de quem julga sobre o réu e as consequências jurídicas a si cabíveis, deixando-o a mercê do aparato estatal.

Não é por acaso que parcela inferior a um décimo dos delitos que poderiam caracterizar um terceiro *strike* acabam por efetivamente fazê-lo. Recai a punição diferenciada exclusivamente sobre aqueles que perpassam pelos filtros de seletividade postos tanto na análise decisória do magistrado quanto no exame acusatório do promotor. A este par de agentes, suficientemente exaustivo para descartar qualquer *strike* anterior do apenado é a alegação de que tal medida se coloca em sentido favorável aos “interesses da justiça”, não havendo direito por parte do réu a pleitear tal caracterização ou necessidade de que maiores justificativas sejam dadas. Resta-nos, pois, em continuidade ao exame da acentuada seletividade do modelo penal, averiguar a sustentabilidade da idéia de “interesses da justiça” como argumento único para nortear a condução processual. Trata-se de nosso próximo objeto.

¹⁵⁰HELLAND, Eric. TABARROK, Alexander. Obra citada. p.08

¹⁵¹WELSCH, Jennifer E. Obra citada. p.15

¹⁵²ZIMRING, Franklin. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.218-219

¹⁵³Idem. p.131.

¹⁵⁴WELSCH, Jennifer E. Obra citada. p.18.

6.3 Da discricionariedade ao arbítrio – Os “interesses da justiça”

Nada obstante afirmarem os defensores da sistemática legal californiana que o juízo de discricionariedade existente na aplicação do modelo punitivo teria sua utilização pautada pela parcimônia ¹⁵⁵, a leitura previamente efetuada faz transparecer que tal conduta possui limitação única em figura adstrita ao campo da linguagem. Trata-se do símbolo constituído pela idéia de “interesses da justiça”. É com base em tal ficção que se permite a quem acusa ou julga fazer ou não incidir sobre a parte ré da relação processual as consequências decorrentes da sistemática de *strikes*. Estaria a seletividade restrita de modo exclusivo pelo referido argumento retórico. Caso atendidos os “interesses da justiça”, não deveria o agravamento da punição subsistir.

Em decorrência do destacado, inconteste é que uma vez inserida no embate penal, representando o suficiente para alterar frontalmente a punição a incidir sobre o acusado, a noção de “interesses da justiça” deve possuir correspondência, de modo indelével, a algum sentido. Inafastável de sua verificação no campo jurisdicional é o fato de intuir, o magistrado ou o promotor, expor por intermédio de si um certo significado suficientemente capaz de embasar a orientação adotada. Ocorre, entretanto, que qualquer noção apresenta-se de modo satisfatoriamente claro tão só quando defesa de discrepantes interpretações ¹⁵⁶. E este, indubitavelmente, não é o caso da idéia de “interesses da justiça”, a qual, destaque-se, sequer representa conceito jurídico indeterminado ¹⁵⁷, mas sim rasa abstração.

Operado o chamado “giro lingüístico” ¹⁵⁸, conforme nos é exposto por Lenio Luiz STRECK, passa a linguagem a assumir as feições de centro de cada reflexão, bem como de seu ponto de partida, mostrando-se impraticável a fé em toda justificação última metafísica ¹⁵⁹. Imperativo admitir, sob este enfoque, a

¹⁵⁵WELSCH, Jennifer E. Obra citada. p.12-13.

¹⁵⁶ PERELMAN, Chaim. OLBRECHTS-TYTECA. Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.153.

¹⁵⁷ Como pode ser lida, exemplificativamente, a dignidade da pessoa humana, cujo preenchimento decorre da própria análise do caso concreto.

¹⁵⁸ Também denominado virada lingüística ou *linguistical turn*.

impossibilidade humana de acessar determinado objeto tal qual este efetivamente se apresenta, fazendo-o sempre a partir de dado ponto de vista ¹⁶⁰.

A linguagem, de terceira coisa interposta entre o homem e o objeto, toma para si traços de “condição de ser-no-mundo” ¹⁶¹. Conseqüentemente, qualquer coisa apenas viria a efetivamente “ser” algo quando de sua interpretação ¹⁶². O mesmo, e como não poderia deixar de ocorrer, vale para os “interesses da justiça”. Até ser interpretada, tal noção nada é. Após sê-lo, todavia, pode admitir tantos significados quantos forem os intérpretes. A divergência de sentidos a si atribuídos, por conseguinte, é incontestável.

Concebidos como “símbolos”, ou seja, signos artificiais decorrentes da elaboração humana ¹⁶³, os “interesses da justiça” assumem distintas modulações conforme quem esteja a interpretá-los, sob a égide da relação penal em que inseridos foram, vez que isoladamente os símbolos nada significam ¹⁶⁴. Trata-se, desta feita, de conceito nitidamente maleável, cujo conteúdo se encontra à serviço do magistrado ou promotor. Dada a citada indeterminação prévia de seu sentido, o “interesse da justiça”, bem como a possibilidade ou não de seu atendimento, pode mudar por diversas escalas, sempre se posicionando no limiar necessário à justificação da decisão adotada acerca de seu manejo.

Não há qualquer mensuração na idéia de “interesses da justiça”, podendo a noção ser utilizada para justificar o que quer que se deseje. Sem sequer sabermos o que, por exato, representam tais interesses, sua flexível estruturação impõe-se como fronteira única entre a inserção ou não do apenado nas peculiaridades inerentes à sistemática de *three strikes and you're out*. Cabe a quem acusa ou julga, com base em suas impressões pessoais relacionadas ao caso concreto, verificar o que recomendam os supracitados interesses. Instaure-se panorama perigoso, não sendo o réu mais que presa nas mãos dos demais atores do litígio.

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p.171-173.

¹⁶⁰ Idem. p.173.

¹⁶¹ Idem. p.295.

¹⁶² Idem. p.306.

¹⁶³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.253.

¹⁶⁴ Idem. p.254.

Se as argumentações posteriores à decisão podem ou não possuir caráter técnico ¹⁶⁵, impõe-se reconhecer que não-técnica a concepção de “interesse da justiça” é. Representa noção sujeita às mais diversas interpretações e modulações se afeiçoando conseqüentemente, obscura. Imperativo destacar, todavia, que ausência de clareza é em exato o que deveria inexistir na tomada de decisões tão relevantes quanto aquela que faz recair sobre o condenado o tratamento específico previsto na engrenagem penal californiana à reincidência. Configurado o caráter obscuro da justificação nada há que assegure o tratamento homogêneo dos acusado. Não surpreende, assim, que este não ocorra.

A idéia de “interesses da justiça”, desprovida de sentido unanimemente verificável, serve tal qual um coringa nas mãos de quem decide ou acusa. Pode assumir as mais distintas formas e variações, dotadas de relação de dissonância entre si. Subjetiva-se a aplicação de um modelo que vinculado, quando de seu nascedouro, declarava-se ser.

Admitindo-se os indetermináveis “interesses da justiça” como fundamento judicial único, o campo é aberto para a assunção por parte da retórica do posto de justificação exclusiva do rumo adotado. Se a justificação da decisão é pressuposta à própria legitimidade a si atribuível ¹⁶⁶, o juiz não menos faz que justificar. Ocorre que, para tal, nada mais é necessário que a menção à vazia noção em exame, passível de se amoldar a tantos significados quanto necessário.

Assume traços nítidos, levando-se em conta o exposto, que pela possibilidade oferecida ao magistrado e à promotoria de descartar qualquer *strike* prévio do acusado com fundamento único no atendimento da indeterminável noção de “interesses da justiça”, vai-se da discricionariedade ao arbítrio. Não mais há que se falar de atuação provida de caráter vinculado ou discricionário, mas de verdadeira conduta arbitrária. Faculta-se a quem acusa ou julga apenar por segundo ou terceiro *strike* unicamente quem desejarem, sem se fazer necessária qualquer fundamentação que divirja do manejo de noção vaga, imprecisa e passível de assunção de quaisquer significados. A seletividade punitiva se revela vultuosa ao extremo. E em nada aleatória é a determinação acerca de quem seria “intêresse da

¹⁶⁵ PERELMAN, Chaim. OLBRECHTS-TYTECA. Lucie. Obra citada. p.48.

¹⁶⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Obra citada. p.306.

justiça” excluir da sociedade. De fácil descoberta é sobre quais indivíduos recai tal ônus, conforme futuramente ver-se-á.

Insuficiente fosse a estipulação da vazia idéia de “interesses da justiça” como artifício propício a restringir a aplicabilidade do sistema a quem que almeje, acabou a corte californiana por, ao (oficialmente) intentar clarificar e objetivar a noção, instituir precedente responsável por, de modo contraposto, ampliar a arbitrariedade existente na seletividade da sistemática. Trata-se do caso *People v Williams*, em cuja decisão, proferida em 1998, fizeram os julgadores prevalecer que o exame a respeito da recomendação ou não de que desconsiderado fosse um *strike* anterior, atenuando a punição presente, deveria considerar o caráter, as características, os antecedentes e as perspectivas futuras do acusado ¹⁶⁷.

Dá-se legitimidade, assim, não apenas a que efetue o magistrado decisão arbitrária e prescindente de fundamentação clara, mas, igualmente, ao fato de tal ato decisório de maneira oficial buscar alicerce no ideário do direito penal do autor, eminentemente avesso aos entes estatais verdadeiramente democráticos. É positivada tal qual harmônica fosse ao ordenamento legal a prerrogativa de que dado indivíduo não receba punição como terceiro ou segundo *strike* em decorrência de seus aspectos pessoais, por mais que lesiva seja sua conduta. A contrário senso, porém, factível se demonstra de idêntico modo que os aspectos anímicos do réu sejam o suficiente para desestimular eventual desconsideração de um *strike* anterior, ainda que pouco danoso seja o ato que lhe é imputado. Avança a desproporcionalidade e a carência de razoabilidade do sistema. Pouco importa o que o autor do delito fez, constituindo elemento precípua do exame jurisdicional quem ele é.

Da obra de Paulo FREIRE se extrai que a palavra, como sonoridade alienada, “se esvazia da dimensão concreta que deveria ter ou se transforma em palavra oca, em verbosidade alienada e alienante”, o que leva o educador a concluir, “daí que seja mais som que significação e, assim, melhor seria não dizê-la” ¹⁶⁸. Trata-se da mais exata definição do que a idéia de “interesses da justiça” representa nas decisões judiciais: uma palavra oca, desprovida de sentido materialmente

¹⁶⁷Na exata definição da corte do estado dourado, apresentada por WELSCH, caberia aos julgadores, para efetuar a desconsideração ou não de um *strike* pretérito do réu, efetuar análise acerca de seus “*background, character, and prospects*”. WELSCH, Jennifer E. Obra citada. p.19.

¹⁶⁸ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.57.

verificável e sujeita à assunção de quaisquer significados que sobre si se objective fazer recair. Respalhada em juízo dos aspectos pessoais do acusado, conforme permissivo da própria corte da Califórnia, pode conduzir a quaisquer diretrizes; servir a toda ideologia.

Em sucintos apontamentos, pode-se afirmar que o modelo punitivo californiano de *strikes*, por conta do destacado, possui a seletividade como imanente à sua própria estrutura formativa. A seleção, porém, não se apresenta sequer discricionária, mas verdadeiramente arbitrária. Encontra barreira única em argumento linguístico dotado de extrema maleabilidade, e cuja face mais próxima de observar lastro fático remete ao direito penal do autor. Sujeitos da relação processual, promotores e juízes dispensam o tratamento diferenciado previsto na carta legislativa a quem bem entendam., inexistindo necessidade de que seus atos sejam justificados de modo claro ou objetivo. Os “interesses da justiça” bastam.

Eis que, e tendo ciência de tais considerações, plausível se faz rumar ao próximo ponto do presente exame. Minudenciadas as peculiaridades e características da sistemática penal californiana, as quais consagram estrutura marcada pela irracionalidade e pela escolha arbitrária de clientes, cumpre-nos, em atenção aos escopos do estudo, analisar o que há encoberto pelo discursos que acompanham o modelo legislativo penal de *strikes*. Impõe-se analisar quais suas verdadeiras metas e reais consequências. Verificada a seletividade do sistema, imperativo analisar quais as marcas que permeiam e orientam tal seleção. Cabe-nos desvelar, em suma, o plano concreto obscurecido pelo sistema penal em tela, falho para suas finalidades declaradas, desprovido de racionalidade, aplicável conforme juízos arbitrários e incompatível com um Estado verdadeiramente democrático. É o que se passa a observar.

7. A verdade maquiada pelo discurso

Chega-se, enfim, ao momento do presente ensaio em que mais se potencializa e se afirma a necessidade de exame provido de viés crítico. Mais que se ater às especificidades internas à engrenagem penal californiana, as quais já foram suficientemente demonstradas, direcionamo-nos agora à observação da

repercussão ensejada pelo modelo legislativo, e sua aplicabilidade, no âmbito social. Ciente das mazelas iminentes à estrutura legal em exame, bem como da falibilidade dos discursos que visam envidar esforços em sua defesa, necessário se faz efetuar investigação acerca da realidade que circunda a sistemática punitiva californiana. Só assim é possível compreender o que efetivamente motiva a defesa e enaltecimento do que claramente ineficaz é.

Extraí-se da obra de Lóic WACQUANT que a expansão penal operada em território norte-americano, longe de se limitar à problemática de política criminal, encontra-se inserta em um cenário bastante mais amplo e dotado de complexidades e nuances passíveis de compreensão tão-somente se efetuada leitura transdisciplinar acerca da relação entre punição e estrutura estatal ¹⁶⁹. É de modo justaposto o que ocorre com a sistemática californiana de *three strikes and you're out*. Sua defesa faz sonar algo posicionado muito adiante da mera crença em uma redução da criminalidade. A compreensão da seletividade arbitrária que lhe é inerente se situa em plano que em muito transpassa a mera questão dos “interesses da justiça”. Em verdade, bastante divergentes são os interesses que se colocam em jogo.

Consoante destacado em tempos recentes por STOLZENBERG e STEWART, o lapso temporal pelo qual se tem feito viger a legislação californiana de *three strikes and you're out* torna clarividente a observação de que inexistiu no estado dourado redução da criminalidade em proporções diversas daquela que já se verificava no momento anterior à adoção do modelo legal ¹⁷⁰. Tal constatação, em tempo, é até mesmo natural, vez que, conforme apontado, não há qualquer razoabilidade na crença de que o enrijecimento das sanções penais introduzido pelo modelo californiano de *strikes* pudesse constituir verdadeiro caminho para um arrefecimento das condutas contrárias ao ordenamento jurídico. A resposta à criminalidade não se situa no interior do direito penal.

Sem óbice do fracasso obtido no adimplemento da função à qual se postava inicialmente voltada, entretanto, segue a estrutura legislativa-penal perdurando em solo californiano como norte do ordenamento punitivo do território de

¹⁶⁹WACQUANT, Lóic, *Obra citada*. p.18.

¹⁷⁰STOLZENBERG, Lisa. STEWART, J.D'Alessio. *Three Strikes and You're Out: the impact of California's new mandatory sentencing law on serious crimes rates*. In. *Crime and Delinquency*, 2007.

modo quase intacto. Se é verídico que este cenário é formatado, em parte, pela ilusão que oferece a muitos, igualmente o é que os esforços envidados na defesa do modelo em pauta por parte de uma série de indivíduos os quais não parecem ter como real escopo a redução das taxas criminais, possui como meta a perpetuação das consequências verdadeiramente decorrentes do modelo. E estas, convergentes finalisticamente, possuem objeto derradeiro que acaba por divergir de qualquer fator que se confunda com uma redução da prática delinvente.

Representa o sistema de *strikes* instaurado no estado da Califórnia, concretamente, instrumento essencial à formatação do modelo estatal desejado por aqueles que se situam na posição de poder. Aprovado em meio a temores e pressões populares, de modo harmônico ao demonstrado, acabou por, ao longo de sua vigência, e inobstante não servir realmente à redução da criminalidade, assumindo posição de centralidade na reformulação estatal operada em território californiano. Sua aplicação nada mais faz que consagrar a ideologia emanada do agente estatal.

Em idêntico sentido, não resta outra saída relacionada à acentuada e marcante seletividade imanente à aplicação do modelo legislativo que reconhecer se tratar de série de escolhas em nada randômicas ou aleatórias. O desenho de arbitrariedade assumido pela engrenagem punitiva ao longo de sua aplicação serve de modo exato à materialização na seara penal do supracitado ideário. Pune-se quem se quer quando se deseja, oferecendo-se ao aparato punitivo estatal as vestes de instrumento basilar à consecução das metas e objetivos que lhe norteiam.

Exclusão, opressão e seletividade. Tratam-se dos três traços marcantes que, faticamente emanam do sistema legislativo californiano. Perpetua-se a prática excludente no âmbito social, lançando-se mão do encarceramento com fito à supressão das preocupações que verdadeiramente deveriam existir. Oprime-se o *striker*, de modo a vedar sua real inclusão na comunidade, se é que esta em algum momento se deu. Seleciona-se arbitrariamente aquele a quem o tratamento peculiar proveniente do regime punitivo será aplicado, salvaguardando-se, por consequência, e sem embargos da efetiva comissão de delitos, os demais. Eis as decorrências materialmente verificáveis como consequentes do modelo californiano de *strikes*. Eis o que se passa a analisar.

7.1 Estado Carcerário e Sociedade Excludente

Peculiarizada por constituir “eficiente ineficiência” no controle da criminalidade, conforme expresso por Juarez CIRINO DOS SANTOS ¹⁷¹, representa a prisão artifício cujo manejo não pode ser observado tal qual independente fosse das modulações ocorridas no âmbito social. Em verdade, e de modo contraposto, compreender as feições e funções oferecidas ao poder punitivo estatal tem como pressuposto *sine qua non* exame voltado a sua conformação com os ideários dominantes que norteiam a sociedade. É a estes últimos que a pena precipuamente serve. Trata-se, em exato, do que ocorre no estado californiano, bem como em todo território estadunidense.

Cumprido destacar, com caráter primeiro, que os índices delituosos verificados no estado da Califórnia em 1994, ano de edição do diploma legal que corresponde à temática do presente, não apresentam significativas variações se confrontados com aqueles observados em período duas décadas anterior ¹⁷². Perceptível se afeiçoa, por conseguinte, ter inexistido na referida pessoa política incremento das condutas avessas ao ordenamento dotado de juízo de proporcionalidade frente à implosão operada no tocante às taxas de encarceramento. Desvela-se, pois, não constituir esta última, faticamente, e ao reverso do que se intenta fazer crer, ardil efetivamente voltado a um “combate ao crime”, assumindo no plano material objetos munidos de menor clareza e maior complexidade. Explica-se.

Passível de extração do pensamento de Jock YOUNG é o fato da sociedade moderna tomar traços aptos a propiciar sua caracterização como ente excludente ¹⁷³. Em verdade, inexistente marca que melhor sirva à definição do espaço social contemporâneo. Proveniente do mercado de trabalho, operado sob a lógica capitalista de modo a sobrepor o lucro às pessoas ¹⁷⁴, a exclusão acaba por se alastrar para as mais diversas áreas verificáveis no âmbito comunitário, servindo de

¹⁷¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia Radical*. p.28

¹⁷²ZIMRING, Franklin. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. *Obra citada*. p.161,

¹⁷³YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: Exclusão Social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.22-23.

¹⁷⁴CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem global*. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

modo fidedigno ao controle social e à opressão. Nesta esfera, assume vultuosas dimensões a relevância que reside sobre o poder punitivo estatal, por intermédio do qual se extrema e se perpetua a perspectiva excludente do corpo social.

Isola-se do trabalhador a possibilidade de participação decisória efetiva no campo do trabalho. Estimula-se o consumo, sem embargos da impossibilidade fática que este representa à maioria. Aborda-se a criminalidade tal qual constituísse mazela exclusivamente emanada das classes inferiores, acentuando o caráter de intolerância dos que, por pertencerem à classe diversa, de sua comissão se julgam imunes ¹⁷⁵. Formata-se contexto que, em suma, não cumpre finalidade que do reforço da exclusão divirja. Acaba o processo excludente por assegurar seu auto-sustento, acentuando-se de modo diretamente proporcional ao incremento da defesa social impregnada de ódio que de si decorre.

Lançando-se mão de configuração comunitária cujos traços se responsabilizam por vedar a materialização da inclusão dos marginalizados, passa-se, como destaca Salo de CARVALHO, do Estado Providência ao Estado Penitência ¹⁷⁶. Representa diretriz dos responsáveis pela administração do poder a maximização do Estado Penal, bem como a correlata minimização do Estado Social, constituindo o incremento do aparato carcerário eficaz saída a ser oferecida aos excluídos ¹⁷⁷. Longe de se intentar sua inclusão, opta-se por oferecer caráter extremo à exclusão dos que à engrenagem econômico-social não mais se revelam “úteis”, prevalecendo para tal determinação pensamento mercadológico. Recai sobre a pena a atribuição de controlar aqueles cuja liberdade não mais se afeiçoa, aos olhos do capital, dotada de interesse, correspondendo o delito mero obstáculo para que o excluído não mais faça que elevar seu grau de exclusão.

Na comunidade excludente, correlatos e reciprocamente dependentes se revelam os meios de isolamento operados no mercado de trabalho e na ação policial ¹⁷⁸. Em nada constitui equívoco, desta feita, oferecer feições de perfeição ao asseverado por Lóic WACQUANT, para quem “o encarceramento serve para neutralizar e estocar fisicamente as frações excedentes da classe operária,

¹⁷⁵YOUNG, Jock. Obra citada. p.26-27.

¹⁷⁶CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. p.96.

¹⁷⁷Idem.

¹⁷⁸YOUNG, Jock. Obra citada. p.43.

notadamente os membros despossuídos dos grupos estigmatizados”¹⁷⁹. Trata-se de função basilar e essencial exercida pelo cárcere em meio às sociedades caracterizadas pela exclusão, expondo-se a punição, em verdade, como elemento central à perpetuação de tal caractere. E espaço social desenvolvido dotado de viés excludente similar ao verificado nos Estados Unidos da América do Norte jamais se fez conhecer¹⁸⁰.

Não recente em território estadunidense é a suplantação por parte dos responsáveis pela gestão do patrimônio público, qualquer que seja seu lado no bipartidarismo consagrado, dos investimentos destinados à políticas efetivamente aptas a propiciar um arrefecimento dos índices criminais. De maneira inversa, cedem os gastos destinados à saúde e à educação seu espaço a programas fundamentados no tripé polícia, justiça e prisão¹⁸¹. É destes fatores que se depreende a temática a compor a ordem do dia. Faz-se da política penal o meio único de política criminal. Assegura-se, pelo encarceramento, a exclusão.

Tal qual devidamente apontado por John GRAY, o encarceramento no estado norte-americano tomou proporções que oferecem factibilidade à crença de que a lei corresponde a exemplo quase único de instituição social em funcionamento¹⁸². Relegam-se os esforços atinentes à concretização de toda a gama de programas e metas que a um Estado Democrático deveriam se fazer prioritárias, elevando-se o aprisionamento, indelevelmente seletivo, ao posto de dogma governamental. É por intermédio dos espaços prisionais que se maneja o controle exercido sobre os socialmente marginalizados. Pune-se na medida necessária para salvaguardar a continuidade intacta do *status quo*, recaindo a aplicação da sanção de modo inafastável para quem a tal escopo não revele apresentar utilidade.

Se aparentemente reduzidas são as taxas de desemprego existentes nos Estados Unidos da América do Norte, por conseguinte, imprescindível à compreensão de tal dado se revela a percepção de que àqueles que do mercado de trabalho se vêem excluídos não oferece o aparato estatal inclusão em quaisquer cadastros passíveis de verificação estatística, mas inserção na engrenagem punitiva

¹⁷⁹WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.16.

¹⁸⁰YOUNG, Jock. Obra citada. p.45.

¹⁸¹WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.33-34.

¹⁸²GRAY, John. *Falso Amanhecer: os equívocos do capitalismo global*. Trad. Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 1999. p.156.

¹⁸³. É por intermédio da aplicação penal que se flexibiliza a quantia de indivíduos excluídos do mercado de trabalho, ocultando-se as reais taxas de desemprego através da seletiva utilização do aparato sancionatório. Se diminutas são as dimensões assumidas pela mensuração de cidadãos desprovidos de emprego, de tal fator não se pode apartar o destacado número dos que se encontram aprisionados. A estes, caso não atribuído o afastamento decorrente do maquinário penal, provável é que restasse não mais que o desemprego.

Toma a política de encarceramento estadunidense, em decorrência, verdadeiro papel de “substitutivo para o controle das comunidades que as forças do mercado desregulamentado debilitaram ou destruíram” ¹⁸⁴. Instaure-se panorama em cuja estrutura interna eventuais ascensões efetuadas no campo da produtividade nacional em nada correspondem à melhorias das condições de vida de que pode usufruir a maioria. De modo antagônico, e sem embargos de possíveis avanços relacionados às margens produtivas passíveis de verificação no interior da nação, os rendimentos da maior parcela da massa populacional não mais fazem que ficar estagnados ou se verem reduzidos ¹⁸⁵. Plausibilidade de progresso, por consequência, inexistente ao alcance das classes socialmente subalternas. Desenha-se cenário em que aos oprimidos nada que divirja da obediência à função que lhe é socialmente designada cabe, por mais injusta que esta se revele, sob pena de ter sobre si aplicada a única política social que sobre os excluídos se faz efetiva: o cárcere.

Instituindo paradoxo proveniente de sua própria organização estrutural ao oferecer vestes sacras à atividade produtiva, sem, contudo, propiciar a consecução de condições laborativas dignas aos que com a opressão sofrem ¹⁸⁶, acaba a confederação norte-americana por formatar, nos dizeres de Lóic WACQUANT, verdadeira espécie de “Estado-Centauro”, compondo estrutura híbrida cujo pêndulo se faz oscilar entre o liberal e o autoritário. Permite-se que, de maneira simultânea, seja aplicado o ideário de *laissez faire* no que toca as causas das desigualdades sociais inerentes ao modelo capitalista e se dê o empenho de postura

¹⁸³Idem. p.149.

¹⁸⁴Idem. p.153.

¹⁸⁵Idem. p.150.

¹⁸⁶WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.94.

punitiva quando da administração das consequências ¹⁸⁷. Há o claro e ilusório intento de abordar as decorrências tal qual origens fossem, oferecendo àqueles fatores que causas da exclusão efetivamente são não mais que a negligência estatal, tencionada, em verdade, à perpetuação de sua verificabilidade.

Toma o sistema penal para si, de modo perceptível pelo exposto, a atribuição de reforçar e oferecer feições definitivas à exclusão que permeia toda o liame organizacional que à República Estadunidense dá formas. Em nada se pode abordar como coincidente, desta feita, o fato da implosão carcerária passível de observação no referido ente estatal recair de modo majoritário sobre aqueles aos quais não foi assegurado de forma devida o acesso à educação ¹⁸⁸. Indefensável é a crença de que tal fator decorre de critérios e balizas randômicas. Para além, e em consonância ao demonstrado por SIMMONS, cumpre ressaltar que não se apresentam amenas, em absoluto, as consequências engendradas nas crianças cujos pais se vêem reclusos nos espaços prisionais, correspondendo tal fato, na realidade, à verdadeira mola propulsora para o agravamento da vedação à inclusão ¹⁸⁹. Cria-se nefasta autopoiese, assegurando-se a continuidade do *status quo*.

Pois bem. Com fundamento no destacado não se afeiçoa sujeita à dúvidas a tênue relação de interdependência existente entre o encarceramento operado em território norte-americano e a face excludente que toma traços de evidência na conjuntura social do ente estatal. Neste particular, todavia, e sem óbice da febre punitiva não se deixar restringir a qualquer das unidades confederativas, imperativo reconhecer que corresponde o estado californiano à mais acentuada expressão do manejo opressivo do aparato punitivo, o que se deve, em grande parcela, e de modo harmônico ao outrora mencionado, à implementação da peculiar sistemática legislativa de *strikes*. Ampliando de maneira incontestada a parcela de cidadãos que se encontram excluídos pelas barreiras do espaço prisional, cumpre o modelo legal em exame imprescindível papel na engrenagem orientada à opressão social. E nesta missão, de modo reverso ao verificado no que tange seus efeitos no pretenso combate à criminalidade, obtém o arcabouço legal sucesso cujo reconhecimento se faz mister.

¹⁸⁷Idem. p.88-89.

¹⁸⁸WESTERN, Bruce. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBERG, Jason. Obra citada. p.06.

¹⁸⁹SIMMONS, Charlene Wear. *Children of incarcerated parents*. Sacramento: California Research Bureau, 2000.

Inafastável da opção legislativa adotada no estado dourado é o fato de, pouco menos de dois biênios após a positivação do modelo de *Three Strikes and You're Out*, apresentar-se a população carcerária californiana superior à soma das quantias de indivíduos apenados em territórios alemão e britânico ¹⁹⁰. Expõe-se factível tal afirmação pois, e sem desconsideração da veracidade existente na crença de que a implosão carcerária operada na Califórnia é cronologicamente anterior à legislação em pauta, constituiu o modelo de *strikes*, marcado por seus diversos níveis de seletividade e pela prevalência do autor face ao delito por si operada, artifício perfeito para que desprovida de quaisquer falhas se fizesse a lógica de exclusão verificada no espaço social.

Oferecendo à sanção face excludente notoriamente elevada, e propiciando que sua aplicação seja dada tão-somente em desfavor de quem não detenha “utilidade” para a nefasta lógica economicista que se faz valer, assegura o modelo legislativo que a exclusão impere em escala desprovida de precedentes, por também sê-lo o encarceramento por si ensejado. Cumpre a estrutura de *strikes*, por conseguinte, papéis amplamente divergentes da pretensa tentativa de arrefecimento da criminalidade.

Prova maior do supracitado se dá pelo fato de, conforme devidamente apontado por EHLERS, SCHIRALDI e ZIEDENBER, cerca de uma década após a positivação da estrutura legislativa de *strikes* aqueles apenados com fulcro no peculiar trato ao reincidente legalmente introduzido representarem parcela superior a um quarto dos reclusos em território californiano ¹⁹¹. De igual sorte, viável se faz perceber que no mesmo lapso temporal o número de *strikers* sobre os quais acabou por recair a sanção penal decorrente do tratamento diferenciado oferecido pelo modelo se viu multiplicar de maneira ininterrupta, atingindo, ao término de 2004, quantia numérica superior a dez vezes aquela existente em meados de 1995 ¹⁹². E tal acréscimo, por se afeiçoar útil à manutenção da postura excludente adotada pelos detentores dos meios com vistas à afirmação da ordem que lhes é benéfica, não parece próximo de se findar.

¹⁹⁰GRAY, John. Obra citada. p.153.

¹⁹¹EHLERS, Scott. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBER, Jason. Obra citada.

¹⁹²Idem. p.05.

Devido em grande parcela à sistemática de *strikes*, por conseguinte, e se lançando mão de expressão extraída da obra de Lóic WACQUANT, é a possibilidade de concepção da Califórnia como a “primeira colônia penitenciária de massa”¹⁹³ verificada em tempos hodiernos. Revelando caráter de imprescindibilidade ao reforço das desigualdades operadas no âmbito do espaço social, suficientemente clara é a compreensão das razões que conduzem a administração penitenciária californiana a contar com índices numéricos de empregados bastante superiores àqueles existentes em vultuosas sociedades empresárias de caráter transnacional¹⁹⁴. Ocorre que aquela é essencial a estas últimas, correspondendo o exercício administrativo sobre si exercido, na realidade, a mecanismo inafastável à estrutura econômica que as sustenta.

Atingindo de modo precípua responsáveis pela comissão de infrações de viés patrimonial, como reconhecido inclusive por aqueles que intuem lhe defender¹⁹⁵, corresponde o sistema de *strikes* à medida notoriamente eficaz ao encarceramento operado de modo teleologicamente direcionado em território californiano. E se sua estrutura não alcança fração maior de indivíduos, frise-se, tal fator é devido de modo exclusivo à já referida seletividade existente em sua aplicação¹⁹⁶. Para além de excludente, desta feita, encarrega-se o ordenamento legislativo, e sua aplicação jurisprudencial, do escopo de garantir que tal exclusão seja aplicada unicamente sobre quem interessar possa¹⁹⁷. Sequer na aplicação penal se vê diminuta a desigualdade que no espaço social impera de modo intocável.

Composta, em 2003, por massa superior ao dobro daquela que estruturalmente poderia ser acomodada sem que perpetrada fosse lesão aos direitos dos apenados¹⁹⁸, representa a população prisional californiana verdadeiro objeto abordado do modo que mais interessante se revela aos meios de poder. Tendo de si

¹⁹³WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.268.

¹⁹⁴Idem. p.275.

¹⁹⁵SHEPERD, Joana M. Obra citada. p.03-10.

¹⁹⁶EHLERS, Scott. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBER, Jason. Obra citada. p.04-05.

¹⁹⁷Trata-se de temática que representará ponto futuro do presente exame.

¹⁹⁸WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.215. Destaca o autor, ainda, à página 217 da mesma obra, que tamanha superlotação prisional acaba por obrigar, exemplificativamente, que na casa de detenção de Los Angeles uma série de reclusos se veja obrigado a se manter ao longo do período noturno dos meios de transporte utilizados ao longo do dia pela administração penitenciária. Perceptível se faz, pois, que em território pretensamente componente do “Primeiro Mundo” tratamento que com tal ficção em nada se compatibiliza é oferecido a muitos.

subtraída a possibilidade de participação digna na ordem econômica, acaba por a esta servir, hora esvaziando os níveis de desemprego observáveis no exterior dos espaços prisionais; hora atuando de modo laborativo no interior destes últimos, oportunidade em que à prisão é oferecida verdadeira feição lucrativa, sem que quem lucre seja o apenado ¹⁹⁹. Resta-nos, pois, e devidamente concebido que a utilização do desproporcional sistema legislativo de *strikes* é teleologicamente orientada à exclusão, bem como que tal manejo se vê dotado de inarredável face de seletividade, analisar sobre quem acaba por recair o tratamento diferenciado oferecido pelo modelo. É ao que se passa.

7.2 Three Strikes and You're Out pra quem nunca esteve in

De modo a apresentar estrita correspondência com o supracitado, constituindo, em verdade, ratificação expressa de seu conteúdo, factível se faz destacar que com o transpassar do tempo acabou por servir o manejo do encarceramento em território norte-americano como “eficaz medida para confirmar a marginalidade ensejada pelo emprego e pelo subemprego” ²⁰⁰. Nada surpreende, por conseguinte, que observar a massa carcerária hoje existente em território estadunidense corresponda a se deparar com as mais estigmatizadas e precárias parcelas da “classe trabalhadora urbana” ²⁰¹. Polarizada de maneira concentrada nos segmentos excluídos da sociedade, constitui a política punitiva adotada nos Estados Unidos da América do Norte à medida certa oferecida tão-somente àqueles mercadologicamente selecionados.

Ratifica o mundo fático, em assim sendo, o preconizado por Juarez CIRINO DOS SANTOS no campo teórico, vez que a pretensa igualdade legal, alicerce de nações que efetivamente se intentem fazer constituir sob moldes republicanos, não se expõe no plano concreto de maneira que divirja da desigualdade penal ²⁰². Resta a política sancionatória como tática de manutenção do controle, devidamente utilizada pelas classes dominantes com fito à continuidade do *status quo*. Pune-se o excluído objetivando confirmar e reforçar sua exclusão.

¹⁹⁹Idem. p.288-310.

²⁰⁰WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.113.

²⁰¹Idem. p.133.

²⁰²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A criminologia radical. p.47.

Transforma-se o grupo daqueles que se vêem obrigados a se situar às margens do espaço social em “bode expiatório” para as mazelas verificadas em meio à sociedade, não mais se fazendo que ampliar a vedação de sua inclusão ²⁰³; aumentar o estigma que sobre si recai.

Serve o aparato punitivo estatal em território estadunidense, por consequência, como artifício cujo uso atende de modo perfeito às modulações na esfera social que se afeiçoarem válidas aos detentores da posição de domínio. Sua compreensão, em assim sendo, imprescinde do devido exame acerca das faces que mais claramente se fazem prevalecer no âmbito da sociedade norte-americana, propiciando sua peculiar configuração. E, neste particular, imperativo trazer ao debate, de modo harmônico ao efetuado por Lóic WACQUANT, o fato de representarem os Estados Unidos da América do Norte nação apta a ser definida como verdadeiro “Estado Racial” ²⁰⁴. Exercem as diferenças étnicas, em sua seara, funções dotadas de inafastabilidade, representando marca fundamental. Essencial, decorrentemente, é seu exame, temática a qual passamos a nos orientar.

Situa-se o estado norte-americano, sob o aspecto econômico, estruturado por vestes providas de caráter eminentemente afeito ao capitalismo. Trata-se de opção consagrada ao longo do transcurso temporal e constantemente reendossada por aqueles que dela se vêem beneficiados. Ocorre que, e por conta do próprio aspecto organizacional inerente ao referido modelo, intrínseca a si é a verificação, no âmbito social, de efetivos e gradativos movimentos de crise e insegurança, dos quais apenas se observa imune a minoria em cujas mãos se centraliza o poder. Fragiliza-se de modo extremo a maior parcela da comunidade, estimulando inimizades internas outrora suficientemente pacificadas. Eis o porquê de, e como ressaltado por John GRAY, ter a constante instabilidade exercida diariamente sobre a mais vasta parcela da população estadunidense se responsabilizado por oferecer repercussão a conflitos “entre raças e classes”, fazendo-lhes protagonistas do espaço social ²⁰⁵. E inconste se faz o reconhecimento de que em tais embates o ônus sempre acaba por recair sobre as minorias. É, de

²⁰³YOUNG, Jock. Obra citada. p.41.

²⁰⁴WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.94-96.

²⁰⁵GRAY, John. Obra citada. p.153.

modo justaposto, o que sob os céus dos Estados Unidos da América do Norte ocorre.

Insuficiente fosse o fato do rigor penal de que em um passado recente tem se feito valer o ente estatal norte-americano possuir distribuição indelevelmente seletiva ²⁰⁶, pesando de maneira desproporcional sobre os pobres, cumpre perceber que mesmo a modulação daqueles assim concebidos se posta como determinante para aplicação penal. Em nada acidental, de maneira conseqüente, é o fato de, as parcelas subalternas da classe social terem sido enfocadas de maneira crescentemente hostil e negativa à medida que ascendia a parcela de negros que as compõem, sob a ótica da consciência social ²⁰⁷. Viabilidade inexistiria, por conseguinte, em intentar explicar a supressão do *welfare state*, em desfavor do sistema carcerário, verificada em território norte-americano, de maneira que desconsidere sua íntima relação com o aspecto racial e, em especial com as conquistas obtidas pela população negra na segunda metade do século último ²⁰⁸. Quarta das grandes formas de exclusão racial, de acordo com Lóic WACQUANT ²⁰⁹, encarregar-se-ia o cárcere de oferecer reforço à efetiva engrenagem de clivagem de castas. Apena-se o estigmatizado, intuindo reforçar a certeza de que este jamais deixe de sê-lo.

O exame do maquinário punitivo instaurada no espaço dos Estados Unidos da América do Norte, de maneira decorrente do outrora referido, pode ser concebido como o estudo do manejo do aparato estatal com vistas à perpetuação da exclusão. De igual sorte, resta expresso que desta última se apresentam inseparáveis os componentes de estigmatização provenientes das questões de classe e raça, par de fatores que se tem feito confundir de modo a se apresentar

²⁰⁶WACQUANT, Lóic. Obra citada. 123.

²⁰⁷Idem. p.153.

²⁰⁸Idem. p.331.

²⁰⁹Sob tal ótica, objeto de defesa por parte do mencionado autor, teria sido operada a exclusão racial, em seu momento primeiro, pela escravidão, cujo funcionamento se fez verificar até o término da Guerra da Secessão, tendo, inclusive, a esta última servido como pano de fundo declarado. Em tempo posterior, veio a se instaurar em relevante parcela dos estados confederados a segunda das formas de negação da inclusão, qual seja, a discriminação legalmente amparada, merecendo especial destaque as Leis de Jim Crow, responsáveis por excluir de modo expresso da população negra a prerrogativa de utilização de uma série de serviços públicos. De modo a suceder tais diplomas legislativos no escopo de consagrar a exclusão racial viriam a se apresentar os guetos, os quais, entretanto, teriam se apresentado insuficientes, conforme comprovado pela série de conquistas obtidas pelos negros com o curso do tempo. Eis o porquê de aos guetos, cujas essências não deixaram de existir, ter-se feito crescer, em “relação simbiótica”, a quarta forma de exclusão, qual seja, o cárcere. Cita-se, WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.332-333.

como indissociável ²¹⁰. Para além de se intuir punir os negros e os pobres, os clientes preferenciais da política penal são os pobres negros, convivendo com o duplo estigma opressor que lhes é imputado. Inconcebível como coincidência, por conseguinte, é o fato de, conforme indicado por WESTERN, SCHIRALDI e ZIEDENBERG, dados de 1999 apontarem que, até então, dentre os afro-americanos nascidos entre 1965 e 1969 mais de 22% já havia passado pelo sistema prisional, ao passo que unicamente 12,5% tinha obtido diplomação de nível superior. Trata-se do mais fiel retrato da política discriminatória que permeia e orienta a atuação prisional norte-americana, bem como da carência que se faz marcante no que toca os investimentos aptos a propiciar a devida educação para todos, medida que, certamente, afeiçoar-se-ia bastante mais eficaz em um possível “combate à criminalidade”, fosse este o verdadeiro objetivo dos governantes.

Fato é que inexiste homogeneidade no manejo do aparato punitivo norte-americano face a toda a gama de indivíduos a si submetidos. E, neste aspecto, em nada se desvela diversa a sistemática do modelo californiano de *strikes*, o qual, pelo contrário, e dada sua estrutura, apenas faz com que se ampliem a reclusão e a seletividade. A análise empírica faz provar que a aplicação do diploma legislativo do estado dourado é desproporcional para com as minorias ²¹¹. Os critérios de acusação e julgamento responsáveis por balizar as margens de discricionariedade existentes, de modo diverso do asseverado por HELLAND e TABARROK, cuja obra intenta efetuar leitura do direito tal qual ciência exata fosse, em nada são randômicos ²¹². A opressão, longe de ser aleatória, é seletiva de maneira teleologicamente orientada. Destina-se à exclusão de quem incluído jamais esteve. *Three strikes and you're out* para quem, em momento algum, efetivamente esteve *in* ²¹³. Eis a tônica de aplicação do modelo legislativo-penal sob exame.

Contudente e reveladora se faz, nesta seara, leitura do pensamento de EHLERS, SCHIRALDI e LOTKE, o qual se demonstra apto a comprovar de maneira imune a questionamentos o espírito discriminatório que tem orientado a aplicação da sistemática californiana de *strikes* ²¹⁴. Peculiar e desproporcional no

²¹⁰GRAY, John. Obra citada. p.154.

²¹¹EHLERS, Scott. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBERG, Jason. Obra citada. p.09.

²¹²HELLAND, Eric. TABARROK, Alexander. Obra citada. p.07.

²¹³Do inglês, “dentro”, contrapondo-se ao termo “out”, cuja significação semântica corresponde à “fora”.

²¹⁴EHLERS, Scott. SCHIRALDI, Vincent. LOTKE, Eric. *Racial Divide: An examination of the impact of California's Three Strikes Law on African-Americans and Latinos*. Washington D.C: Justice Policy

que toca as previsões legislativas por si postas, provido de idênticas características se constitui o modelo legislativo no que toca sua aplicação. A quantia de afroamericanos e latinos aprisionados por decorrência do sistema se expõe exacerbada se cotejada face aos índices de seus compatriotas brancos apenados como *strikers*²¹⁵. O arbítrio inerente à estrutura punitiva possui aplicação finalística. Assegura-se que a exclusão punitiva acaba por ter como regra de incidência concreta o fato de recair sobre o já previamente excluído, não mais fazendo do que postar que a opressão sobre si exercida, e por não mais se revelar interessante sua liberdade, seja transposta para o lado interno dos espaços prisionais.

Não é por razão diversa que, e por ocasião direta da faculdade arbitrária oferecida aos acusadores e julgadores no âmbito da prática cotidiana do modelo punitivo californiano, dados de 2004 revelavam ser a clientela de indivíduos apenas pelo terceiro dos strikes composta em 44,7% por afro-americanos, nada obstante representar tal etnia não mais que 6,5% da população estatal²¹⁶. Aos brancos, 47,1% do total populacional do estado, por sua vez, seriam destinadas unicamente 25,4% das condenações pelo último dos *strikes*²¹⁷. Outrossim, disparidade passível de nota é igualmente verificável se confrontada a proporção existente entre os apenados provenientes da parcela populacional branca e as condenações que se fazem impor sobre latinos, nada obstante não serem estes, em território californiano, minoria absoluta, constituindo mais de 30% do total da comunidade²¹⁸. Discriminação igualmente há, sendo reduzida, unicamente, sua escala.

Se o exame operado sobre a totalidade do território do estado dourado faz se afeiçoar manifesta a discrepância étnica observável na aplicação da legislação punitiva, não diversa é a situação desvelada quando examinada a realidade imanente a cada um dos condados californianos²¹⁹. Aqui, igualmente testemunha da aplicação desigual do aparato punitivo se revela a prática, cumprindo destacar, exemplificativamente, ser em proporção vinte e oito vezes superior, no condado de San Martin, o número de condenados negros face aos brancos, ou, em

Institute, 2004

²¹⁵Idem. p.02.

²¹⁶Idem. p.05.

²¹⁷Idem.

²¹⁸Idem

²¹⁹Idem. p.08.

Mariposa, a população branca apenas beirando a terça parte do índice de latinos reclusos ²²⁰. O manejo heterogêneo da estrutura legislativa se faz presente em qualquer dos condados californianos, pouco importando a periodicidade com que se intenta lançar mão das punições diferenciadas. Trata-se de traço de igualdade posto entre as mais diversas localidades. Seja em Kern, marcado pela acentuada explosão carcerária decorrente da legislação em pauta, ou em San Francisco, notória por lançar mão da prática punitiva com mais diminuta frequência, a aplicação da estrutura punitiva se revela desigual de idêntica maneira. Cambiável é a sede carcerária que enseja a maior ou menor periodicidade de aplicação da estrutura de *strikes*, mas não o aspecto finalístico que a permeia ou o público ao qual está tencionada. Não importa a localidade, almeja-se excluir o concreto e coletivamente estigmatizado.

Formata-se, pois, desproporção cuja racionalidade obriga-nos ao reconhecimento do uso discriminatório do modelo, sob pena de, caso contrário, acabar-se por se enveredar no sentido da aceitação de quaisquer espécies de pensamento etiológico no tangente à criminalidade, opção que certamente se revela descabida. Se as previsões legislativas positivadas pela aprovação da sistemática de *strikes* vigente em território californiano são aplicadas com incidência consideravelmente mais elevada a latinos e, especialmente, afroamericanos, devido é, tal fato, e sem prejuízo de toda a carga de rejeição étnica existente ao redor de toda a nação, ao juízo discriminatório contido no próprio espaço de arbitrariedade posto pelo modelo ²²¹. Insustentável é, em decorrência, intuir fazer crer que tais parcelas da comunidade simplesmente sejam apenas em maior escala por mais acentuadamente delinquirem. Na realidade, em tempo, não há qualquer organização estatal suficientemente apta a identificar e punir toda conduta pretensamente desviante passível de verificação. O poder punitivo, conforme exposto, é seletivo. E a utilização da seletividade em território californiano, por conta do destacado, releva as questões étnicas e econômicas em alto patamar. Seleciona-se de maneira afeita à opressão.

Lançando-se mão, em tradução livre, do referido por EHERS, SCOTT e LOTKE, faz-se mister reconhecer que na Califórnia “as minorias são tratadas mais

²²⁰Idem. p.11.

²²¹ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.58.

arduamente em cada estágio do sistema, iniciando-se com a prisão e culminando na sentença decorrente de três *strikes*”. É exatamente o que ocorre. Seletivo em sua aplicação e sujeito aos mais variáveis exercícios de discricionariedade, carentes de limitação ou controle, serve a engrenagem punitiva californiana ao aperfeiçoamento da relação de dependência recíproca tracejada entre encarceramento e exclusão. Dotada de previsões desproporcionais cujas aplicações se revelam desiguais, representa o modelo verdadeira peça-chave no controle populacional exercido no maior dos estados norte-americanos, sem óbice da grande parte da comunidade, alienada pelo efetivo exercício retórico oriundo dos detentores do poder, bem como por decorrência dos esforços midiáticos, efetivamente se observar protegida pelo irracional modelo legislativo.

Espalha-se o temor, de modo a propiciar justificações à irracional febre punitiva, esta sim verdadeiramente temerária. Ameaça-se de modo constante. Pune-se quem não mais se revele útil. Propicia o modelo de *strikes*, em resumo, consagração dos mais diversos equívocos imanentes à crença no acerto de uma política de Direito Penal Máximo. Sua aceitação, por conseguinte, e sem óbice de manifesta pela maior parcela do ente populacional, não mais pode subsistir. Se há objetos aos quais a estrutura punitiva efetivamente se releva acertada, estes não são convergentes com o escopo de atenuação dos delitos. Analisadas suas mais diversas facetas, manifesto é seu desacerto, bem como os papéis que no espaço social efetivamente acaba por exercer. Falho e bem-sucedido de modo simultâneo, representa o modelo de *strikes* tipificação caricata do manejo com que em tempos atuais se tem lidado ao redor dos mais diversos territórios com a criminalidade. Espera-se, porém, que prevaleça a razoabilidade, vedando que o diploma legal efetivamente sirva de inspiração para algo que não sejam as críticas a si imputadas. A nós, por ora, resta passar a concluir.

8. Considerações Finais

Chegado é, pois, o momento último do presente ensaio. Analisadas as mais diversas faces imanentes à sistemática legislativa responsável por reger a política punitiva californiana, cumpre-nos, por derradeiro, intentar oferecer

apontamentos aptos à formulação de pensamento suficientemente conclusivo acerca da série de equívocos e imperfeições intrínsecos ao modelo legal sob exame. Para tal, adquire caracteres de essencialidade o devido resgate dos mais basilares pontos outrora concebidos como objeto do estudo. De idêntico modo, inarredável, em especial, faz-se ao desfecho do ensaio a continuidade do pensamento crítico que o permeou ao longo de seu transcurso. Inexiste, em verdade, outra maneira de se observar as mazelas que do sistema californiano emanam sem nos restringirmos ao declaradamente posto por seus defensores. E tal é, evidentemente, insuficiente.

Aprovada popularmente em meio a cenário marcado pela comunhão entre temor popular e oportunismo político, corresponde a sistemática californiana de *strikes*, consoante destacado por ZIMRING, HAWKINS e KAMIN, exemplo extremo, ainda que não isolado, do que pode ocorrer quando se faz imperar no âmbito social o “sentimento anti-criminoso” ²²². Comprovando que a adoção do dogma da “guerra contra o crime” não corresponde, em absoluto, a ideário de que lançam mão exclusivamente os declaradamente conservadores, revela o procedimento de aprovação da carta legal que a criminalidade representa temática a ser abordada de maneira oportunista, igualmente, por aqueles que pretensamente deteriam maiores preocupações com o aspecto social da comunidade. Convergência política há quanto à ausência de reais medidas empenhadas face às problemáticas confrontadas pela sociedade, bem como no que toca o fato de não se apresentarem as preocupações verificáveis diversas de aspectos econômico-eleitorais.

Positivado, tal qual demonstrado, de modo imune a quaisquer leituras minimamente ponderadas, não mais representa o diploma legislativo que expressão vingativa de indivíduo incontestavelmente sujeito às emoções de fato recente. Suas previsões vão de encontro a toda leitura minimamente racional, demonstrando-se desprovido de influxos de proporcionalidade passíveis de observação ²²³. Desconsidera-se a real gravidade do delito, com vistas ao afastamento definitivo do apenado do espaço social, priorizando o exame exercido sobre si, de modo a desconsiderar o real desvalor de sua conduta. Previamente, na primeira das reincidências, intentando intimidá-lo, dobra-se sua punição simplesmente por já ter

²²²ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.15.

²²³Idem. p.09.

sido o condenado, pelos olhos do sistema, rotulado. Predomina, em ambos os casos, a irracionalidade punitiva.

Desnecessário far-se-ia apontar, não fosse a vultuosa aprovação popular do modelo, o fato de se mostrar absolutamente inócuo no que toca o objeto que lhe é declaradamente imputado, qual seja, a obtenção de um arrefecimento das condutas delituosas. Inexiste viabilidade na crença de que atemorizar a comunidade seja capaz de, efetivamente, servir como meio à redução da criminalidade. De igual sorte, excluir determinado indivíduo do espaço social em nada se revela frutífero para o decréscimo das ações contrárias ao ordenamento, vez que a sociedade criminógena não cessará. Ambas as justificativas declaradamente apontadas, por conseguinte, são falhas para o fim ao qual afirmam se propor, ainda que, em tempo, eficazes se constituam para a consagração de sistema estigmatizante, dotado de viés de terror e apto a oferecer a transformação do acusado em verdadeiro inimigo, não mais havendo, por parte do ente estatal, necessidade de salvaguardar seus interesses. Chega-se à ilimitação; à utilização do indivíduo como mero instrumento; ao rompimento dos direitos que a um Estado Democrático deveriam ser precípuos. Reina a falta de razoabilidade.

Não bastasse a carência de proporção e o rompimento para com o pensamento racional ensejados pelo modelo, entretanto, e conforme demonstrado, traz consigo a sistemática, ainda, graus de seletividade que àqueles inerentes ao próprio poder punitivo se fazem crescer. Oferece-se ao magistrado e ao responsável pela acusação discricionariedade munida de aspectos responsáveis por a afeiçoar tal qual verdadeiro arbítrio. Sob o maleável e indeterminável argumento retórico dos “interesses da justiça”, pune-se quem se quer, oferecendo aos demais possibilidade ininterrupta de ver frente a si obstaculizada a aplicação dos pitorescos tratamentos positivados pelo modelo legal em análise. De modo alheio a qualquer forma de controle, e devendo se ater tão-somente a aspecto linguístico carente de lastro concreto, julgador e promotor manejam o sistema como bem entendem. A irracionalidade, desta feita, atende à seletividade que se situa além daquela inarredável do poder punitivo, já elevada. E o manejo da estratégia punitiva se vê impregnado de arbítrio.

Irracional e seletivo. Carente de proporcionalidade e sujeito à utilização arbitrária. Trata-se, em exato, do que corresponde o modelo californiano de *Three Strikes and You're Out*. Nada surpreende, pois, que sua estruturação se apresente perfeita à união de fatores operada entre encarceramento em massa e perpetuação do caráter excludente da sociedade californiana. É o que ocorre. Faz-se com que a punição não mais represente que o reforço da exclusão já exercida, em momento logicamente anterior, sobre o indivíduo no âmbito social. Apena-se sob a peculiar estrutura do modelo punitivo quem ao mercado econômico não mais apresente a necessária utilidade. Oprime-se com norte teleológico.

Pois bem. Em conformidade ao destacado por Richard QUINNEY em tempo pretérito, mas cuja perfeição ainda se demonstra verificável no momento atual, não há meio de compreensão do direito criminal norte-americano que divirja da leitura da preservação da ordem social e econômica existente ²²⁴. Possibilidades não há, por conseguinte, de compreensão do modelo californiano de *strikes* que de tal premissa abdique. Constitui a repressão exercida por parte do ente estatal, em verdade, expressão mais acentuada de seu processo de legitimação ideológica ²²⁵. Consoante ensinamento de Jock YOUNG, representa a criminalidade, por si só, reflexo da exclusão, a qual apenas se vê reforçada pela série de barreiras carcerárias e procedimentos estigmatizantes estimulados pelo poder punitivo ²²⁶. Serve o sistema de *strikes*, assim, como essencial peça de engrenagem tencionada à manutenção do *status quo*. E nesta tarefa inconste é seu adimplemento.

Perceptível se faz, pela leitura de qualquer exame provido das mínimas balizas de razoabilidade metodológica, não intuindo mascarar estatísticas para propiciar o alcance do resultado previamente almejado, ter inexistido em estados que optaram pela positivação de diplomas legislativos respaldados na idéia de *strike* redução da criminalidade superior àqueles em que efetuada não foi igual opção ²²⁷. Idêntica é a situação ocorrida em território californiano, cuja previsão legal se demonstra ainda mais irracional que aquelas a si aparentemente similares. Estudos afeitos à realidade contraditam de imediato quaisquer possibilidades de

²²⁴QUINNEY, Richard. Obra citada. p.245.

²²⁵WOLKMER, Antonio Carlos. Obra citada. p.175-176.

²²⁶YOUNG, Jock. Obra citada. p.49.

²²⁷GREENWOOD, Peter W. *Three Strikes revisited: An early assessment of implementatios and effect*. Santa Monica: RAND Corp, 1998.

arrefecimento dos delitos operada no estado dourado pela implementação da estrutura legislativa sob exame ²²⁸. Em verdade, sequer haveria possibilidade de que tal resultado efetivamente viesse a ser alcançado, dada a completa inocuidade dos meios postos pelo modelo legal para a obtenção do referido fim. Intuir defender panorama oposto não corresponde a mais que deturpar a realidade com vistas à consecução da continuidade intacta da sistemática. Não mais faz que alienar.

Dados de uma década atrás revelavam que, já em tal período, correspondiam os gastos contraídos pelos cofres californianos para manutenção e ampliação do aparato penitenciário a montante superior ao total dispendido com as oito universidades estaduais até então existentes no território dourado ²²⁹. Discrepância que, com o transcurso temporal, tende unicamente a se ampliar. Lança-se mão da política penal como alternativa única de combate às condutas delituosas, tentando-se fazer ocultar o que de real há na relação entre ambos os fatores. Não constitui missão do Direito Penal combater o crime, até porque, em verdade, seu contato com este último é cronologicamente posterior à sua ocorrência ²³⁰. Ao reverso, diminutos são os investimentos relacionados àquilo que efetivamente poderia se afeiçoar válido à redução dos atos contrários ao ordenamento observados no plano material: a diminuição das desigualdades, por intermédio de medidas inclusivas e da satisfação ao menos dos mais nevrálgicos direitos humanos a todos.

Vasta é a quantia de indivíduos em território californiano que passa pelo sistema prisional sem, em momento anterior, ter visto ser a si oferecidas, por parte do ente estatal, políticas educativas dotadas de suficiências ²³¹. A estes, já anteriormente excluídos, resta de modo definitivo a vedação à inclusão. Combatida é a criminalidade, por conseguinte, tal qual à problemática social desse causa, ocultando-se o fato de, na realidade, desta última ser decorrência direta. Ao que, de modo verossímil, enseja a instabilidade verificada no espaço social preferível se revela, sob a ótica dos defensores da sistemática legislativa em exame, vendar os olhos. Mascara-se o real, utilizando-se inócuas políticas repressivas como se

²²⁸GREENWOOD, Peter W. HAWKEN, Angelo. *An Assessment of the effects of California's Three Strikes Law*. Los Angeles: Greenwood & Associates, 2002.

²²⁹WACQUANT, Lóic. Obra citada.p.267.

²³⁰BATISTA, Nilo. Obra citada. p.21.

²³¹WESTERN, Bruce. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBERG, Jason. Obra citada. p.10.

panacéias fossem. Encarcera-se; oprime-se. Entre assegurar a igualdade material e garantir a manutenção da desigualdade repercute mais fortemente, e não de modo desprovido de aspectos finalísticos, a segunda alternativa.

Representa o contexto instaurado por meio da estrutura legislativa penal californiana, por consequência, rota que se justapõe com perfeição ao oferecimento do “punho de ferro” estatal como prolongamento da “mão invisível” do mercado de trabalho desqualificado, processo destacado por Lóic WACQUANT²³². Extrema e desprovida de quaisquer resquícios mínimos de racionalidade, corresponde a sistemática à engrenagem punitiva desprovida de precedentes, acarretando em encarceramento que, frise-se, apenas não se revela maior pela acentuada e arbitrária seletividade intrínseca ao seu funcionamento²³³. Mais que punir a todos de maneira desmedida, por conseguinte, adota-se tal postura tão-somente em desfavor de quem se intua. Chega-se a panorama em cuja seara serve perfeitamente o sistema penal ao reforço da desigualdade existente no âmbito social. Trata-se o diploma legal, em decorrência, e conforme acurada definição, de perfeito exemplo de “como não fazer política criminal”²³⁴.

Extraída do campo esportivo para a prática penal²³⁵, tal qual as decisões relacionadas à vida do condenado nada mais que um jogo fossem, configura a sistemática californiana de *three strikes and you're out*, por fim, carta legislativa-penal repleta de erros e eficaz unicamente no cumprimento de seus objetivos ocultos. Em nada reduz a criminalidade, encarregando-se, contrariamente, de ampliar a opressão. Carente de razoabilidade, não mais faz que representar instrumento vultuoso na manutenção da desigualdade e no manejo irracional do poder punitivo. Sem óbice de sua aceitação pelo senso comum, conseqüentemente, deve-se efetuar exame sobre a estrutura legislativa de modo a perceber suas incoerências e mazelas. Só assim factível se faz perceber que aquilo que, por muitos, é visto como modelo, não pode, em absoluto, ser elevado a tal patamar.

²³²WACQUANT, Lóic. Obra citada. p.32.

²³³WELSCH, Jennifer E. Obra citada. p.27.

²³⁴ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. Obra citada. p.16.

²³⁵Tem seu nascedouro a expressão “*three strikes and you're out*”, inobstante sua propagação no campo penal, da comum em território norte-americano prática de *baseball*, esporte cujas regras indicam que a cada três arremessos devidamente realizados contra o jogador que se situa no ataque, sem que este ofereça a devida resposta, dar-se-á sua eliminação.

Pelo contrário, imperativa se faz à real configuração da democracia sua severa rejeição. É só.

9. Referências Bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG. 2002.
- AMBROSIO, Tara-Jen. SCHIRALDI, Vincent. *Striking Out: The crime control impact of "Three Strikes" Laws*. Washington D.C: Justice Policy Institute, 1997.
- BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2 ed. 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – Causas e alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1993
- BRUM, Nilo de Barros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- BRUNO, Anibal. *Direito Penal – Parte Geral*. vol. 01. 2 ed Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense. 1959.
- CALIFORNIA DISTRICT ATTORNEY'S ASSOCIATION. *Prosecutor's Perspective on California's Three Strikes Law – A 10- year retrospective*. Sacramento: CDAA, 2004.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.
- CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem global*. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia Radical*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris. 2006.

- _____. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris. 2006.
- _____. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- CLARK, John. AUSTIN, James. HENRY, Alan D. *Three Strikes and You're Out: A Review of State Legislation*. Washington: U.S Department of Justice. 1997.
- DOMANICK, Joe. *Cruel Justice: Three Strikes and the Politics of Crime in America's Golden State*. Berkeley: University of California Press, 2005.
- DUSSEL, Enrique. *1492: O Encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: Conferências de Frankfurt*. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.
- EGELKO, Bob. *Hás three-strikes laws made state's streets safer? After 10 years on the books, opinion is divided on if it works*. Disponível eletronicamente em <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/chronicle/archive/2003/09/28/BA292961.DTL&type=printable>.
- EHLERS, Scott. SCHIRALDI, Vincent. LOTKE, Eric. *Racial Divide: An examination of the impact of California's Three Strikes Law on African-Americans and Latinos*. Washington D.C: Justice Policy Institute, 2004.
- EHLERS, Scott. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBER, Jason. *Still Striking Out: Ten Years of California's Three Strikes*. Washington DC: Justice Policy Institute, 2004.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GLEICK, Elizabeth. *Slamming the prison door: A daughter's murder triggers an angry father crusade against repeat offenders*. Disponível eletronicamente em <http://www.people.com/people/archive/article/0,,20107437,00.html> . Acesso em 11 de fevereiro de 2009.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4.ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1988.

- GRAY, John. *Falso Amanhecer: os equívocos do capitalismo global*. Trad. Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- GREENWOOD, Peter W. *Three Strikes revisited: An early assessment of implementatios and effect*. Santa Monica: RAND Corp, 1998.
- GREENWOOD, Peter W. HAWKEN, Angelo. *An Assessment of the effects of California's Three Strikes Law*. Los Angeles: Greenwood & Associates, 2002.
- HELLAND, Eric. TABARROK, Alexander. Does Three Strikes Deter? A nonparametric estimation. In. *Journal of human resources*. Vol. 42. Madison: The University of Wisconsin Press, 2007.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e Civil*. São Paulo: Nova Cultural 1997
- IYENGAR, Radha. *I'd rather be hanged for a sheep than a lamb: The unintended consequences of "Three Strikes" Laws*. Cambridge: Harvard University, 2007.
- JAKOBS, Günter; CANCIO MELIA, Manuel, *Direito Penal do Inimigo, moções e críticas*. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- KIESO, Douglas W. *The Califórnia Three Strikes Law: The Undemocratic Production of Unjustice*. Los Angeles: FACTS, 2003.
- MALES, Michael. MACALLAIR, Dan. TAQI-EDDIN, Khaled. California Three Strikes Ineffective. In. *Overcrowded Times*. vol. 10. 1999.
- MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe: cap. XVIII. Trad. Olívia Bauduh. In. *Os pensadores: Maquiavel – O Príncipe e Escritos Políticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- MAURACH, Reinhart. *Derecho penal - Parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- PERELMAN, Chaim. OLBRECHTS-TYTECA. Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004.
- PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n. 47, Papel. Mar/abr. 2004.

- QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In, *Criminologia Crítica*. Org. TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.
- REYNOLDS, Mike. JONES, Bill. EVANS, Dan. *Three Strikes and You're Out: A Promise to Kimber*. Fresno: Quill Driver Books. 1996.
- ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja. 1986.
- RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SHEPHERD, Joanna M. Fear of the First Strike: The full deterrent effect of California's two and three strikes legislation. In. *The Journal of legal studies*. Chicago: University of Chicago Press. Janeiro/2002.
- SIMMONS, Charlene Wear. *Children of incarcerated parents*. Sacramento: California Research Bureau, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- STOLZENBERG, Lisa. STEWART, J.D'Alessio. Three Strikes and You're Out: the impact of California's new mandatory sentencing law on serious crimes rates. In. *Crime and Delinquency*, 2007.
- SUTHERLAND, Edwin H. *Principles of criminology*. Revisado por Donald R. Cressey. 5 ed. EUA: J.B. Lippincot Company. 1955.
- TURNER, Susan. GREENWOOD, Peter W., FAIN, Terry. *Symposium The Impact of Truth- in- Sentencing and Three Strikes Legislation: Prison Populations, State Budgets and Crime Rates*. 11 Stan. L&Polly. Rev.75- 76, 1999.
- YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: Exclusão Social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- WALSH, Jennifer E. *Tough for whom? How prosecutors and judges use their discretion to promote justice under the Califórnia Three Strikes Law*. Claremont: The Henry Salvatore Center, 2004.

- WESTERN, Bruce. SCHIRALDI, Vincent. ZIEDENBERG, Jason. *Education & Incarceration*. Washington D.C: Justice Policy Institute, 2003.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. vol. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. KAMIN, Sam. *Punishment and Democracy: Three Strikes and You're Out in Califórnia*. Oxford: The Oxford University Press, 2001.
- ZIMRING, Franklin E. HAWKINS, Gordon. *Crime is Not the Problem: Lethal Violence in América*. Nova Iorque: University of Oxford Press, 2007.