

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL

JEFERSON JULIO DA SILVA BARROS

RIO DE JANEIRO
2017/ 1º SEMESTRE

JEFERSON JULIO DA SILVA BARROS

PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Cezar Augusto Rodrigues Costa.

RIO DE JANEIRO

2017/ 1º SEMESTRE

B277p

BARROS, JEFERSON JULIO DA SILVA
PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL / JEFERSON
JULIO DA SILVA BARROS. -- Rio de Janeiro, 2017.
71 f.

Orientador: CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. PRIVATIZAÇÃO. 2. SISTEMA PRISIONAL. 3.
TERCEIRIZAÇÃO. 4. CONSTITUCIONALIDADE. I. COSTA,
CEZAR AUGUSTO RODRIGUES, orient. II. Título.

CDD 341.5811

JEFERSON JULIO DA SILVA BARROS

PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017/ 1º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades, não apenas neste momento, mas em toda a minha trajetória.

A Faculdade Nacional de Direito e seu corpo docente, pela oportunidade e pelo nível contínuo de excelência demonstrado em todo o curso.

Ao Professor Ms. Cezar Augusto Rodrigues Costa, pela orientação, apoio, correções necessárias e a confiança depositada. A Professora Luciana Boiteux pelo apoio na confecção do projeto. Também ao Professor Luiz Flávio Borges D'Urso por gentilmente ter cedido alguns dos seus materiais para minha pesquisa.

A minha querida mãe pelo exemplo de perseverança. A minha esposa Marcela pela dedicação, carinho e paciência.

Aos amigos da Secretaria de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, obrigado.

RESUMO

Este trabalho tem os objetivos (1) de estudar o fenômeno da privatização do sistema prisional como forma encontrada pelo Estado para solucionar os problemas mais graves dos presídios brasileiros, seguindo o exemplo dos modelos internacionais; (2) de identificar os fatores que levaram à adoção de tal proposta; (3) de analisar a constitucionalidade desse fato jurídico; (4) de identificar e de comparar os diversos modelos de privatização existentes; e (6) de investigar os aspectos mais controversos da adoção de tal modelo. Para tanto, foi utilizado o método de coleta de dados por pesquisa bibliográfica em obras de referência (teses, dissertações e artigos) e na internet. Com a finalidade de oferecer as condições propícias para a compreensão da realidade prisional no Brasil, buscou-se identificar a origem e a evolução do conceito de prisão; e ofereceu-se um desenho do quadro atual brasileiro, sob cuja luz são observadas as diversas formas de privatização, as experiências concretas e sua adequação ao sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: sistema prisional; privatização; direitos humanos; terceirização; constitucionalidade.

ABSTRACT

The objective of this study is to study the phenomenon of privatization of the prison system as a way of finding the State to solve the most serious problems of Brazilian prisons, following the example of international models; (2) to identify the factors that led to the adoption of such proposal; (3) to analyze the constitutionality of this legal fact; (4) to identify and compare the various models of privatization; And (6) to investigate the most controversial aspects of adopting such a model. For this, the method of data collection was used for bibliographical research in reference works (theses, dissertations and articles) and on the internet. With the purpose of offering the prerequisites for the understanding of prison reality in Brazil, the aim was to identify the origin and evolution of the prison concept; And a design of the current Brazilian framework was offered, under which the various forms of privatization, the concrete experiences and their adequacy to the Brazilian legal system were observed.

Keywords: prison system; privatization; human rights; Outsourcing; Constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 01 - HISTÓRICO DA PUNIÇÃO E ORIGEM DO CÁRCERE.....	12
1.1 - Período Antigo.....	12
1.2 - Idade Média.....	12
1.3 - Declínio da Idade Média e a Gênese da Prisão-Pena.....	17
1.4 - Reformadores e a Era do Penitenciarismo.....	19
1.4.1 - Cesare Beccaria.....	20
1.4.2 - John Howard.....	21
1.5 - Os Sistemas Prisionais.....	24
1.5.1 - Sistema Pensilvânico ou Filadélfia.....	24
1.5.2 - Sistema Auburniano.....	27
1.5.3 - Sistema Progressivo.....	29
CAPÍTULO 02 - SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	32
2.1 - Histórico das Prisões Brasileiras.....	32
2.2 - Panorama Atual.....	35
CAPÍTULO 03 - PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL.....	47
3.1 - Aspectos Gerais.....	47
3.2 - Conceito de Privatização e Modelos de Gestão Prisional.....	50
3.3 - Aspectos Jurídicos.....	57
3.4 - Aspectos Ético-Econômicos e o Problema da Comparação.....	61
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

INTRODUÇÃO

A prisão é uma das instituições mais antigas da história. Funcionando, primeiramente, como local de espera para os condenados ao suplicio físico e à morte, sua função foi evoluindo, até que ela mesma se tornou uma forma de punição para aqueles que infringiam a lei. Com o surgimento do Estado moderno traz consigo a concepção de que o monopólio do uso da força lhe pertence, sendo parte de suas funções a administração dos estabelecimentos prisionais. O cárcere sempre foi, portanto, um local destinado à dor e ao sofrimento, até que o avanço dos direitos humanos e a consequente humanização das penas tornassem inadmissíveis as péssimas condições em que viviam os indivíduos presos.

A privatização do sistema prisional é o meio pelo qual o Estado delega a administração dos estabelecimentos penais (ou de parte dela) ao ente privado, com o objetivo precípuo de solucionar, de forma mais rápida e eficaz, as mazelas do cárcere. A proposta de privatização das prisões surge nos EUA, nos anos 80, e, em seguida, na França, na Inglaterra e em muitos outros países, sucedendo, de certo modo, um padrão de prisões superlotadas, de violência e de rebeliões. No Brasil, sua instituição ocorreu da mesma forma: com uma das maiores populações carcerárias do mundo, mostrando-se incapaz de efetivar os direitos e as garantias fundamentais insculpidos na Lei Maior, o país viu no setor privado uma saída para esses problemas.

A presente monografia tem por objetivo perscrutar o fenômeno das privatizações tal como vem ocorrendo nas prisões brasileiras. Surgem, daí, questões muito importantes: o Estado, ao delegar a execução da pena a terceiros, estaria abrindo mão da exclusividade do uso da força e perdendo, dessa forma, o controle da punição para o ente privado? A implementação da privatização em uma área que historicamente sempre coube ao ente público (a área prisional) estaria, de algum modo, ferindo os ditames constitucionais e o restante do ordenamento jurídico brasileiro? Quanto às questões éticas, é moralmente válido que uma empresa obtenha lucro administrando o sofrimento alheio? Seguindo a lógica do mercado, até que ponto a busca pelo lucro poderia efetivar os objetivos da prisão moderna, sem que aquela desviasse o propósito desta? As respostas para essas indagações serão buscadas no decorrer deste trabalho.

A escolha do tema deve-se, em parte, à atualidade e à relevância do debate, nos meios político e acadêmico, sobre o colapso iminente do sistema prisional brasileiro, motivado pela superlotação e pelo poder, cada vez maior, do crime organizado sobre os estabelecimentos penais. É salutar que investiguemos se as saídas que vêm sendo propostas ajudam, de fato, a solucionar o problema ou se, ao contrário, são apenas novas formas de atender a interesses alheios. Ademais, a escolha do tema deve-se, também, ao interesse pessoal do autor, que exerce, há algum tempo, atividade profissional no sistema carcerário brasileiro, onde observa, de perto, todas as adversidades que nele se desenrolam; e considera conveniente descobrir qual é tamanho do impacto das privatizações sobre o sistema carcerário, em termos de melhorias e de pioras.

Para o desenvolvimento deste trabalho, realizou-se uma pesquisa bibliográfica em diversas obras (artigos jurídicos, legislação, jurisprudência). Para compor o referencial histórico, os principais autores consultados são Dario Melossi e Massimo Pavarini, Georg Ruche e Otto Kirchheimer, Jeremy Bentham e Cezar Roberto Bitencourt. Para construir o quadro atual das prisões brasileiras, consideram-se relatórios e bases de dados dos órgãos oficiais e de institutos de pesquisa. Quanto ao da privatização, os autores mais utilizados são Laurindo Minhoto, Célia Regina Nilander, Grecianny Carvalho Cordeiro, Luíz Flávio Borges D'Urso.

Este trabalho divide-se em três capítulos. No primeiro, busca-se compreender a gênese da prisão e sua função ao longo da história, desde os tempos antigos até os dias atuais, acompanhando a evolução gradual do direito de punir, que passa de vingança privada a monopólio estatal. Juntamente com essa evolução, verificam-se as mutações da prisão, que, de local de custódia para condenados à tortura física e à morte, torna-se um meio de punição, baseado na privação da liberdade. Amparado nos trabalhos de Otto Kirchheimer, Georg Ruche, Dario Melossi e Massimo Pavarini, tenta-se compreender como as mudanças na estrutura social e econômica influenciam diretamente nas formas de punição; e, também, como essas transformações foram cruciais para evolução da pena e da prisão.

No capítulo 2, passa-se a analisar o sistema prisional brasileiro, a partir das primeiras experiências do cárcere na época colonial, cujos registros demonstram que a prisão, já nessa época, não recebia a atenção devida, até o cenário dantesco dos dias atuais. Chega-se a uma dimensão do quadro atual das prisões brasileiras com base em dados oficiais do Ministério da

Justiça (sobretudo no Relatório de Informações Penitenciárias do ano 2014) e da Comissão Parlamentar de Inquérito de 2009; e com base em materiais do Conselho Nacional do Ministério Público e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. É feito, também, um breve comentário a respeito das alternativas que têm sido propostas para crise no sistema penitenciário, cuja realização levou em conta materiais do Conselho Nacional de Justiça a respeito de audiências de custódia; e propostas de mudanças legislativas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

No capítulo 3, por fim, o fenômeno da privatização do sistema penitenciário brasileiro é analisado em detalhes. Primeiramente, é identificado um padrão de fatos que culminaram na adesão a tal alternativa; como base de comparação, utilizou-se dos fatores históricos dos EUA, que criaram este modelo nos 80. Logo após, procurou-se conceituar o termo privatização, de acordo com a doutrina; diferenciar privatização de terceirização; e identificar os diversos modelos existentes, tais como os modelos americano e francês. Na sequência, buscou-se responder à questão da constitucionalidade e da adequação ao ordenamento jurídico a partir de uma análise das leis que regulamentam esse processo. Por fim, examinaram-se os aspectos mais controversos das propostas de privatização, à luz de critérios éticos e morais e à luz das informações contidas no relatório sobre as Prisões Privatizadas da Pastoral Carcerária, do ano de 2014.

1 HISTÓRICO DA PUNIÇÃO E ORIGEM DO CÁRCERE

“A prisão é velha como a memória do homem...”

Roberto Lyra

1.1 Período antigo e a prisão custódia

Um breve estudo sobre o surgimento da punição e sobre sua evolução histórica é essencial para que possamos entender a origem da prisão como pena. O objetivo disso é buscar uma compreensão sobre quais foram os elementos históricos e sociais que nos levaram a adotar o cárcere como principal forma de sanção, bem como fazer uma incursão nas ideias que moldaram o sistema carcerário atual.

Nos tempos primitivos, conforme salienta Magalhães Noronha¹, a pena nasce como vingança imediata, pois, em criaturas dominadas pelo instinto, o revide à agressão sofrida é fatal e desproporcional. As fases da pena não são necessariamente lineares, havendo, algumas vezes, concomitância entre elas: a de vingança privada, a de vingança divina, a de vingança pública e, por fim, a do período humanitário².

Algumas correntes de doutrinadores optam por outros tipos de classificação, tais como as divisões tradicionais das eras universais (Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna). Elías Neumann, citado por Cesar Roberto Bitencourt, divide as fases da pena da seguinte forma: período anterior à pena privativa de liberdade; período de exploração; período corretivo e moralizador; e período de readaptação social ou ressocialização³. Portanto, a adesão à determinada classificação é feita por opção, visto que, como dito mais acima, as diversas fases não se apresentam de modo estanque, mas se entrecruzam.

Com o surgimento da lei do Talião, a vingança continua privada; contudo, começa-se uma delimitação, um esboço quanto à proporção do castigo a ser aplicado. Manifestações da lei do Talião — cuja expressão deriva do latim *talis*, que significa *tal e qual* — são

¹NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal, Vol. 1: Introdução e Parte Geral**. 38. Ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 20.

² Idem. Ibid. p. 20 -21.

³BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 27.

encontradas em várias codificações antigas: no Código de Hamurabi, datado do período entre 1726 e 1686 a.C.⁴; no *Pentateuco* da Civilização Judaica; e no Código de Manu. Entre os quatro, há, em comum, a máxima “olho por olho, dente por dente”:

A conhecida ‘pena do talião’ (‘olho por olho, dente por dente’) é aqui recorrentemente adotada e parece ter sido transposta com a finalidade exclusiva de pôr termo a eventuais vinganças extremadas. Mas ela não se constitui na única alternativa a ser considerada. As variações de cada enunciado são devidas ao casuísmo que caracteriza os direitos cuneiformes:

196 - Se alguém faz perder um olho a outro, perca ele o próprio olho.

197 - Se alguém quebra um osso a outrem, quebra-se (também) a ele um osso.

200- Se alguém quebra os dentes a um, seu igual, quebre-se também a ele os dentes⁵.

A o período da Vingança Divina é caracterizado principalmente pela punição em razão de uma ofensa a divindades. Os castigos eram severos e cruéis, e a interpretação e a aplicação da pena vêm por meio da figura do sacerdote, representante dos deuses na terra. Praticamente todas as antigas civilizações do Oriente apresentavam essas características. Segundo Mirabete, a Legislação típica dessa fase é o Código de Manu, do século II a.C., cujo Artigo 269, por exemplo, tipifica a pena a quem tenta dar conselhos a um brâmane, sacerdote indiano: “Que o rei faça derramar óleo fervendo na boca e na orelha se ele tiver a imprudência de dar conselhos aos Brâmanes relativamente ao seu dever⁶”.

Os princípios de vingança divina também foram adotados na Babilônia, cujo Código de Hamurabi instituíu que “se alguém rouba o que pertence ao Deus (templo) ou à corte (Régia), deverá ser morto; também aquele que recebeu a coisa roubada deverá ser morto⁷”. O povo de Israel (*Pentateuco*, século XII a.C)⁸ é o que pode melhor ilustrar o período de vingança divina, pois considerava os crimes de maior gravidade aqueles cometidos contra Deus: o abandono à fé, a idolatria e a reverência quanto ao nome de Deus⁹. Um fato ocorrido no Egito, descrito no livro de Gênesis ilustra bem a utilização da prisão neste período: “e o senhor de José o tomou, e o entregou na casa do cárcere, no lugar onde os presos do rei estavam encarcerados; assim esteve ali na casa do cárcere.¹⁰”.

⁴ PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 40.

⁵ Idem. Ibid. p. 42.

⁶ Idem. Ibid. p. 60.

⁷ Idem. Ibid. p. 42.

⁸ Idem. Ibid. p. 85.

⁹ Idem. Ibid. p. 82.

¹⁰ Idem. Ibid. p. 42.

A Vingança Pública se caracteriza pela segurança do príncipe ou soberano, representante dos deuses na terra, com castigos cruéis e severos. Célia Regina Nilander assinala que a pena de prisão não possuía, ainda, caráter de pena, servindo tão somente como local de espera para cumprimento de castigos aflitivos; tinha, portanto, finalidade de custódia¹¹. Na República Romana, ocorre a separação entre religião e Estado, sendo que a pena é aplicada pelo Estado; assim descreve o Professor Mirabete:

Em Roma, evoluindo-se das fases de vingança, por meio do talião e da composição, bem como da vingança divina na época da realeza, Direito e Religião separam-se. Dividem-se os delitos em *crimina pública* (segurança da cidade, *parricidium*), ou crimes *majestatis*, e *delicta privata* (infrações consideradas menos graves, reprimidas por particulares). Seguiu-se a eles a criação dos *crimina extraordinária* (entre as outras duas categorias). Finalmente, a pena torna-se, em regra, pública. As sanções são mitigadas, e é praticamente abolida a pena de morte, substituída pelo exílio e pela deportação (*interdictio aqua e etigni*)¹².

Em todos os períodos citados, o lugar das prisões eram calabouços insalubres, escuros e fétidos, tendo como única finalidade a custódia do preso para que não fugisse e aguardasse ou a pena de morte ou o suplicio corporal; além disso, pode-se dizer que é o Estado, na forma do soberano, que detém o controle de tais lugares.

1.2 Idade Média

Georg Rusche e Otto Kirchheimer inauguram uma nova perspectiva a respeito da punibilidade, superando o conceito exclusivo de que seja apenas uma forma de coibir delitos¹³. Eles relacionam os diversos tipos de punição à estrutura social vigente em cada momento histórico, partindo das premissas de que esta determina as formas daquela¹⁴; e de que os sistemas penais variam de acordo com o desenvolvimento econômico. A partir de uma perspectiva marxista, tentam demonstrar que o cárcere passou ser adotado como pena não

¹¹ SOUSA, Célia Regina Nilander de. **A Privatização do Sistema Prisional**. 1. Ed. Curitiba: Prismas. 2014. p. 26.

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Art. 1º a 120 do CP, Vol. 1**. 17. Ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 37.

¹³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan. 2004. p. 28.

¹⁴ Idem. Ibid. p. 20.

com o objetivo de recuperação, mas tão somente como instrumento para utilização de mão-de-obra de indivíduos marginalizados pela nova classe dominante, a burguesia¹⁵.

Iniciando seus estudos na Idade Média, os autores observam que o sistema de indenização e de fiança era o mais utilizado como métodos de punição, sendo substituído, paulatinamente, por penas corporais e capitais. Até então, o poder se fracionava entre os senhores feudais, que se igualavam em *status*: não havia, portanto, ente estatal forte que pudesse solucionar conflitos. As infrações cometidas contra um vizinho, por exemplo, poderiam terminar em guerra; para que isso não ocorresse, o direito criminal tentava conservar a paz por meio da arbitragem privada, processo que consistia em uma reunião de homens livres cuja função era a de conduzir julgamentos e de estipular fianças para os infratores¹⁶. O valor da fiança era um fator determinante de diferenciação das classes sociais, ao mesmo tempo em que foi responsável pela conversão da pena em suplicio corporal, de modo que os que não tinham condições de pagá-la eram submetidos a castigos físicos¹⁷.

Outro ponto a ser destacado é o momento em que o monopólio da punição vai se centralizando no Estado neste período medieval, quando o ente estatal manifesta interesse em administrar a justiça, objetivando controlar os valores pagos através da fiança imposta aos infratores, além de cobrar altas taxas pelos custos do processo. Tal alegação se esteia em Rusche e Kirchheimer, ao afirmarem que: “O angariamento de recursos através da administração da justiça criminal foi um dos principais fatores de transformação do direito penal, de uma mera arbitragem entre interesses privados, com a representatividade da autoridade pública apenas na posição de arbitro, para uma parte decisiva para o direito público”¹⁸.

A partir do século XV, a população europeia cresce rapidamente nos campos, acarretando uma queda bruta no valor da mão de obra. Além desse, outros fatores, como a criação de gado no lugar de lavouras e o cercamento das terras comunais¹⁹, causam uma grande migração das planícies para os centros urbanos. A miséria e a pobreza aumentam vertiginosamente, junto com a criminalidade; destacam-se, nesse contexto, os delitos contra a

¹⁵ Idem. Ibid. p. 21.

¹⁶ Idem. Ibid. p. 24.

¹⁷ Idem. Ibid. p. 25.

¹⁸ Idem. Ibid. p. 26.

¹⁹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica – As Origens do Sistema Penitenciário (Século XVI – XIX)**.2. Ed. Rio de Janeiro: 2006. Revan. p. 34.

propriedade. A fiança passou a ser um privilégio para os infratores da lei que detinham grandes posses, que evitavam as piores punições (pena capital, banimento), mas não surtia efeito, contudo, para os infratores das classes mais pobres. Nesse período, a administração da Justiça passa a fazer uso frequente de penas corporais e capitais²⁰. Dario Melossi e Massimo Pavarini explicam porque não foi adotada a prisão como pena no sistema feudal:

Por conseguinte, na presença de um sistema econômico como o feudal, no qual ainda não se historicizar completamente a ideia de “trabalho humano medido no tempo” (leia-se, trabalho assalariado), a pena-retribuição, como medida de valor, não estava em condições de encontrar na privação do tempo o equivalente do delito. O equivalente do dano produzido pelo delito se realizava, contrário, na privação daqueles bens socialmente considerados como valores: a vida, a integridade física, o dinheiro, a perda de status²¹.

Outro fator que influenciou diretamente não somente a pena, mas, também, a transformação do cárcere como forma de punição é o poder da Igreja, que está fortemente inserida na política medieval, existindo, até mesmo, um cárcere destinado exclusivamente aos membros do clero — a chamada prisão eclesiástica. As sanções impostas aos clérigos por infrações religiosas buscavam o arrependimento daqueles que violavam as leis canônicas. O meio utilizado, para tanto, era a reclusão solitária em celas de mosteiro por um determinado tempo: “a separação absoluta do mundo externo, o contato mais estreito com o culto e a vida religiosa dava ao condenado a oportunidade, através da meditação, de expiar a própria culpa²²”.

A natureza da pena também recebe grande influência do direito canônico, com dois pontos que merecem destaque. Em primeiro lugar, a pena perde parte da sua natureza de retribuição a um delito, de simples vindita e adquire caráter de expiação²³, ou seja, deixa de servir apenas à imposição de sofrimentos ao condenado e passa a uma forma de expiação das faltas cometidas. Em segundo lugar, torna-se uma possibilidade de arrependimento após a transgressão e, conseqüentemente, cria a possibilidade de correção dos maus atos e de reabilitação. Note-se que o caráter da pena na prisão moderna é baseado nessas duas premissas. Célia Regina Nilander chega à mesma conclusão, ao afirmar que “noções de arrependimento, meditação, aceitação íntima da própria culpa são ideias que se encontram

²⁰ Idem. Ibid. p. 36.

²¹ Idem. Ibid. p. 22.

²² Idem. Ibid. p. 24.

²³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 24.

intimamente vinculadas ao direito canônico ou a conceitos que provieram do Antigo e Novo Testamentos²⁴ .

1.3 Declínio da Idade Média e a gênese da prisão-pena

A partir do Século XVI, com o sistema feudal em decadência, os centros urbanos têm um forte crescimento populacional, que, porém não é suficiente para suprir a demanda de mão de obra para o novo sistema econômico que está se desenvolvendo. Georg Rusche descreve que os capitalistas foram obrigados a pedir que o Estado interviesse na economia, a fim de garantir-lhes controle sobre os salários e sobre a produção do capital; nesse sentido, foram adotadas diversas medidas para restringir a liberdade individual²⁵. A intervenção estatal, além de tabelar salários, criou normas para controlar os trabalhadores nas fábricas, que, dentre outras coisas, impediam a liberdade de associação.

O frequente uso de instrumentos dos quais somente o Estado detinha domínio (tais como as leis) demonstra que as classes dominantes faziam uso do ente estatal para se manter no poder, que estava se diluindo a partir do nascimento do capitalismo burguês. Essa foi uma tentativa de dar sobrevida a uma sociedade de *status*, como eram chamadas as sociedades pré-capitalistas marcadas pelo fato de que os indivíduos não tinham perspectivas de mobilidade social, isto é, de ascender ou, no caso dos favorecidos, de decair de sua condição econômica e social, semelhantemente ao que ocorre em um regime de castas. Ludwig Von Mises exemplifica uma sociedade de status:

Nos estágios pré-capitalistas, a sociedade se dividida em grupos hereditários de status, um homem não nascia, por exemplo, cidadão francês; nascia na condição de membro da aristocracia francesa, ou da burguesia francesa, ou do campesinato francês. Durante a maior parte da Idade Média, era simplesmente um servo²⁶.

Como citado acima, havia grupos que se utilizavam das leis de acordo com os próprios interesses; esses grupos, segundo a tipologia de classes da época, possivelmente eram membros da burguesia, ligados à aristocracia, uma vez que somente sob essas condições teriam o poder de legislar. A escassez de mão-de-obra, juntamente com o novo pensamento mercantilista, de acordo com o qual todas as atividades econômicas deveriam beneficiar os

²⁴ SOUSA, Célia Regina Nilander de. Ob. cit., p. 29.

²⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Ob. cit., p. 47.

²⁶ MISES, Ludwig von. **As Seis Lições**. 7. Ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises. 2009. p. 32.

Estados, contribuiu para o reaproveitamento de instituições assistenciais de indivíduos marginais da sociedade, fazendo uso de uma massa de pessoas pobres, que até então estava no ócio. Assim Melossi e Pavarini descrevem o nascimento da Casa de Correção:

Por solicitação de alguns expoentes do clero inglês, alarmados com as proporções alcançadas pela mendicância em Londres, o rei autorizou o uso do castelo de Bridewell para acolher os vagabundos os ociosos, os ladrões e os autores de delitos de menor importância. O objetivo da instituição, que era dirigida a mão de ferro, era reformar os internos através do trabalho obrigatório e da disciplina. Além disso, ela deveria desencorajar outras pessoas a seguirem o caminho da vagabundagem e do ócio, e assegurar o próprio auto-sustento através do trabalho²⁷.

O cárcere primitivo, em meados do século XVI, era, ao mesmo tempo, casa de assistência aos pobres, (*poorhouse*), oficina de trabalho (*workhouse*) e instituição penal, ficando a cargo das autoridades administrativas ou sendo delegada à administração privada, caso em que o interesse do ente particular residia em aproveitar a mão-de-obra ali reunida no processo de manufatura, como uma espécie de arrendamento para exploração econômica²⁸.

Cesar Roberto Bitencourt resume as conclusões de Melossi e Pavarini sobre o surgimento da prisão, afirmando que não nasce com propósitos humanistas de reabilitação de delinquentes, mas, sim, como forma de estabelecer uma hegemonia do capitalismo, através do controle dos salários, e como prevenção geral para que os não delinquentes aceitassem sua submissão aos detentores dos meios de produção²⁹. Esse raciocínio se esteia na análise da chamada *Rasp-huis*, casa de trabalho holandesa criada em 1596 e composta, basicamente, de jovens infratores, de mendigos, de vagabundos e de ladrões³⁰. Tal estabelecimento tinha como modelo produtivo dominante a manufatura: raspava-se madeira para transformá-la em pó, que seria utilizado por tintureiros da época. O Estado holandês assegurava o monopólio de exploração desse trabalho, que, segundo ele, não poderia prosperar de outra maneira, tendo em vista que seus produtos fossem de má qualidade. Perceba-se, nesse pensamento, uma característica oriunda do pensamento mercantilista, gênese do capitalismo nascente, este mais regulado e favorável a privilégios³¹.

²⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 36.

²⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Ob. cit., p. 69 - 70.

²⁹ BITENCOURT, Cesar Roberto. Ob. cit., p. 44.

³⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 42.

³¹ Idem. Ibid. p. 43.

É importante destacar essa última característica, pois não há possibilidade de se obter os efeitos da prevenção geral concebida por Melossi e Pavarini sem que haja leis de controle salarial; do contrário, o proletariado nascente teria condições de negociar o seu salário, devido à mão de obra que se mostrava escassa, tornando os efeitos da prevenção geral inúteis. Prova disso é que, posteriormente, com a estabilização do sistema capitalista de cunho mais liberal e com a deterioração das condições das prisões, há uma escassez no trabalho, e os efeitos de prevenção geral passam a ser uma antítese da situação vivida exteriormente, com um salto na qualidade de vida dos trabalhadores.

Vejam, então, como, sutilmente, as casas de trabalho se transformam no cárcere. Inicialmente, não se fazia distinção entre um indivíduo miserável, que vivia no ócio por falta de trabalho e que buscava algum tipo de assistência para se manter, e um criminoso contumaz. Não se pretende fazer, aqui, uma comparação entre dois termos contraditórios, visto que os termos *pobre* e *criminoso* não sejam antônimos, mas se deseja tão somente contextualizar que ambos eram tratados como violadores do comportamento socialmente aceito — modo como era vista a vadiagem — e, conseqüentemente, eram confinados na mesma instituição. Ruche e Kirchhmer afirmam que a diferença entre estabelecimentos que abrigavam presos condenados e casa de assistência aos pobres era meramente formal:

Pode ser delineada uma distinção teórica entre uma casa de correção (Zuchthaus), uma prisão para ladrões sentenciados, punguistas e outros delinquentes graves, e uma casa de trabalho (Arbeithaus), uma instituição para a detenção de mendigos e outros procurados pela policia. Na prática, entretanto, a identificação dessa distinção é sutil³².

1.4 Os reformadores e a Era do Penitenciarismo

Esse tipo de estabelecimento se multiplica por toda a Europa e, cada vez mais, é utilizado para abrigar condenados com penas mais longas e de delitos mais graves³³. No decorrer do século XVII para o XVIII, as casas de correção vão perdendo seu caráter assistencial, passando, paulatinamente, a abrigar somente criminosos. As penas de detenção aplicadas não obedecem a qualquer tipo de critério, sendo utilizadas de forma totalmente desmesurada e discricionária, e, por fim, são adotadas como método de punição.

³² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Ob. cit., p. 96.

³³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 58.

O trabalho no cárcere praticamente se extingue, voltando aos mesmos níveis da época medieval, em que eram lugares pútridos e fétidos. Melossi e Pavarini assim descrevem as razões que levaram à deterioração do sistema:

A raiz dessa progressiva decadência deve ser buscada nas grandes transformações ocorridas na segunda metade do século XVIII. Uma excepcional aceleração do ritmo do desenvolvimento econômico, o fenômeno da Revolução Industrial, rompe com todos os tradicionais equilíbrios sociais precedentes. Uma repentina inclinação da curva do crescimento demográfico, juntamente com a introdução das máquinas e a passagem do sistema manufatureiro para o sistema de fábrica propriamente dito³⁴.

Como reação às barbáries cometidas dentro do cárcere, à luz da concepção iluminista, surge um movimento de cunho humanizante cujo objetivo é reformar o jeito como o direito penal é aplicado. Inicia-se, assim, o período humanitário, com a inauguração do que, posteriormente, passou a se chamar Escola Clássica, a primeira de uma corrente que se propôs a pensar sobre o direito penal³⁵.

1.4.1 Cesare Beccaria

O expoente máximo dessa escola de Direito Penal é Cesare Beccaria. Influenciado por pensadores como Rousseau, Voltaire e Montesquieu, ele conjugou duas correntes filosóficas desse período, o contratualismo e o utilitarismo; e, por meio de uma linguagem simples, reuniu uma série de ideias já concebidas por outros, formulando-as de modo claro e sistematizado em seu livro *Dos Delitos e Das Penas*. Em consequência disso, alcançou um grande público e incentivou a reforma no direito penal³⁶.

Beccaria defende, dentre outras, a tese de que a pena deveria ser proporcional ao delito cometido³⁷. Tal pensamento foi pioneiramente exposto pelo padre Jean Mabillon em 1724³⁸. Beccaria se posiciona veementemente contra a pena capital, por entendê-la como uma punição demasiadamente desproporcional. Propõe, então, o encarceramento em substituição a ela, como forma mais humana e com possibilidades de recuperação do indivíduo³⁹. Suas propostas

³⁴ Idem. Ibid. p. 64.

³⁵ SOUSA, Célia Regina Nilander de. Ob. cit., p. 44.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 53.

³⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Eletrônica. Edição Ridendo Castigat de Moraes. p. 85. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> Acesso em 05 set. 2016. 18:40:38.

³⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Ob. cit., p. 106.

³⁹ BECCARIA, Cesare. Ob. cit., p. 94 - 96.

foram incorporadas ao Código Penal Francês de 1791, que aboliu as penas corporais e reduziu a pena capital em diversos delitos, substituindo-a pela pena de prisão⁴⁰.

1.4.2 John Howard

Outro pensador de grande influência no sistema carcerário é John Howard, que percorreu as prisões não somente da Inglaterra, seu país natal, mas as de toda a Europa, após ser nomeado xerife pelo condado de *Bedford*. Em 1777, publicou o livro chamado *The State of Prisons in England and Wales with an account of some goregn*, após entrar em contato, de maneira prática, com a situação das prisões e após conhecer profundamente seus problemas: “com Howard nasce o penitenciário. Sua obra marca o início da luta interminável para alcançar a humanização das prisões e a reforma do delinquente⁴¹”.

As considerações de John Howard foram fundamentais para percepção de que os estabelecimentos penais deveriam ser construídos especialmente para abrigar aqueles que deveriam cumprir a pena privativa de liberdade, separando, portanto, processados de condenados. Foram separados, além disso, priorizando uma classificação muito mais detalhada, os homens das mulheres e os jovens dos velhos. Pensou-se na plena assistência médica, higiênica e alimentar para os presos; defendeu-se o trabalho como elemento crucial da ressocialização do apenado; e considerou-se a religião um instrumento moralizante e disciplinador. Howard compreendeu, ainda, a necessidade de a Administração Judiciária fiscalizar, frequentemente, os estabelecimentos penais, de forma a coibir abusos e omissões por parte daqueles que os administram, sobretudo dos diretores e dos carcereiros⁴².

Conforme foi explicitado acima, desenvolve-se toda uma corrente de pensamentos voltada para o sistema penitenciário e para a pena privativa de liberdade, que, a essa altura, consolida-se como o método de punição mais utilizado. Não se pode negar o avanço, apesar de todas as suas falhas, frente às penas de suplicio corporal, das penas capitais. A busca da humanização das penas e o tratamento digno do encarcerado tiveram suas bases fundamentadas nos ideais de John Howard.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 58.

⁴¹ Idem. Ibid. p. 63.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 60 - 63.

1.4.3 Jeremy Bentham

Outro personagem que se propôs ao estudo e ao aperfeiçoamento do sistema prisional e da pena foi Jeremy Bentham, que escreveu, dentre outros livros, *O Panóptico*, onde traça o modelo de arquitetura ideal de uma penitenciária, segundo seu ponto de vista. Concebeu, também, uma teoria da pena fundamentada no utilitarismo, do qual era um grande propagador, juntamente com John Stuart Mill.

A palavra *panóptico* significa “a faculdade de ver com um olhar tudo que nele se faz⁴³”; foi a partir desse conceito, inspirado em um projeto de seu irmão para um edifício, que Bentham imaginou ter descoberto uma forma perfeita de manter o controle e a vigilância de um grande número de pessoas, não o limitando à prisão, mas estendendo-o a qualquer instituição em que se tenha necessidade de vigilância constante. Nas palavras do próprio Bentham, “em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das prisões perpétuas na câmara da morte, ou prisões de confinamento antes do julgamento, ou casas penitenciárias, ou casas de correção, ou casas de trabalho, ou manufaturas, ou hospícios, ou hospitais ou escolas⁴⁴”.

O projeto arquitetônico é descrito por Bentham como sendo um edifício circular, subdividido em celas para os ocupantes, individuais e abertas com grades, de modo que seja possível observar de fora qualquer movimentação sem contato com o indivíduo em seu interior. No centro do edifício, ficaria uma espécie de torre de vigilância, da qual um inspetor veria sem ser visto, dando aos prisioneiros a impressão de que estão sob constante vigilância ou “aparente onipresença⁴⁵”. Essa característica peculiar é a que faz a arquitetura do *Panóptico* tão diferente de outros projetos, uma vez que almeje controle total sobre os vigiados. Note-se, porém, que a finalidade não é unicamente essa: a reabilitação por meio do trabalho também era um dos objetivos de Bentham, que não sugeria trabalhos pesados e sem utilidade, mas, sim, trabalhos produtivos e divididos em grupos previamente classificados, tal que uns influenciassem os outros de forma benéfica⁴⁶. Outro aspecto a se destacar é a concessão da estrutura prisional à iniciativa privada por meio de contrato a partir do qual o contratado administraria a unidade prisional, optando pela cadeia produtiva mais conveniente.

⁴³ Idem. Ibid. p. 69.

⁴⁴ BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. Organização de Tomaz Tadeu, traduções de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. 2. Ed. Belo Horizonte: Autêntica. 2008. p. 20.

⁴⁵ BENTHAM, Jeremy. Ob. cit., p. 30.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 70.

Da perspectiva do controle e da vigilância, o projeto do *Panóptico* alcançou seu objetivo; contudo, a arquitetura não combinou com as novas formas de produção fabril que estavam em voga na época e, por isso, nunca foi aplicado de maneira absoluta⁴⁷. Devido ao entendimento de que a estrutura socioeconômica da sociedade burguesa influencia todas as instituições, desde a formação de um proletariado voltado para o trabalho na fábrica até os estabelecimentos punitivos, o Panóptico cumpriu, ao menos, o papel de instrumento de disciplina e de controle do processo de produção, por meio da vigilância constante⁴⁸.

Para Michel Foucault, em uma de suas várias análises sobre as formas manifestantes de poder, o *Panóptico* é uma expressão física de poder, concordando com próprio Bentham a respeito de que o projeto arquitetônico não limita seu uso somente ao sistema penitenciário; assim ele diz:

É o diagrama de um mecanismo de poder levado à sua forma ideal; seu funcionamento, abstraindo se de qualquer obstáculo, resistência ou desgaste, pode ser bem representado como um puro sistema arquitetural e óptico: é na realidade uma figura de tecnologia política que se pode e se deve destacar de qualquer uso específico⁴⁹.

O *Panóptico*, como estrutura arquitetônica, pode não ter obtido êxito, mas o princípio da vigilância permanente e onipresente se propagou de outras maneiras, e, como Michel Foucault bem observou, é um forte instrumento de controle e de poder. George Orwell, ao criar a distopia de um mundo vivido sob um regime totalitário muito semelhante ao microcosmo de uma prisão, enfatiza que o maior mecanismo de controle se manifesta no “olho” do “Grande Irmão”, que tudo vê⁵⁰.

As contribuições de Jeremy Bentham não se resumiram apenas aos moldes arquitetônicos da estrutura penitenciária; há também, por exemplo, seu princípio da utilidade, que ele expressa no livro *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Segundo esse princípio, “se aprovará ou não se aprovará qualquer ação segundo a propensão que ela pareça ter a aumentar ou a diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão⁵¹”. Ele aplica esse conceito ao modo como se comporta o criminoso, que opta pelo ato delituoso a partir de um cálculo de busca pelo prazer: se esse prazer for maior do que a possibilidade de

⁴⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 72.

⁴⁸ Idem. Ibid. p. 73.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir, Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. 27. Ed. Petrópolis: Vozes. 1987. p. 220.

⁵⁰ Cf. ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras. 2009. 414 p.

⁵¹ BENTHAM, Jeremy. Ob. cit., p. 112.

dor que seu ato pode vir a lhe acarretar, o risco, então, é válido. Fundamentado nesta premissa, Bentham concebe uma teoria da pena que tem um caráter exemplificativo de prevenção geral dos delitos por meio de uma punição de aparente crueldade⁵², com efeito dissuasivo para o restante dos indivíduos.

Outra característica de sua teoria da pena é que ela deve ser voltada para a reabilitação do preso, por meio do trabalho; além disso, ainda sugere uma assistência pós-penitenciária. A não adoção dessas medidas no interior do cárcere, segundo ele, leva à grande degradação moral dos presos, criando uma “subcultura carcerária⁵³”. Veem-se aí as primeiras impressões, constatadas atualmente, de que as prisões podem se tornar escolas do crime pela supremacia do “tédio, vingança e necessidade⁵⁴”.

1.5 Os Sistemas Prisionais

1.5.1 Sistema Pensilvânico ou Filadélfia

Como demonstrado acima, a prisão foi uma instituição largamente empregada pelo homem como meio de prisão-custódia para condenados que aguardavam penas corporais ou capitais. Diversos fatores sociais, aliados a uma forma de pensamento mais humanista, no decorrer do século XVII e XVIII, fomentaram a mudança de finalidade do cárcere de local de espera do suplicio para uso em si, como forma de punição através da privação de liberdade.

É nos Estados Unidos que a prisão ganha os contornos de um conjunto organizado e sistemático; mais precisamente, na Pensilvânia, por uma comunidade religiosa denominada “*Quakers*”, que realiza mudanças profundas na instituição herdada dos ingleses. Com objetivo de atenuar os rigores da lei, em conformidade com suas convicções religiosas, Guilherme Penn limita a pena de morte e substitui os suplícios corporais pela pena privativa de liberdade, remodelando uma prisão de detenção preventiva do tipo “*Country Jail*” ao estilo das casas de correção holandesas⁵⁵.

A primeira tentativa de suavizar as penas fracassou com a morte de Guilherme Penn; no entanto, sua associação religiosa, chamada *Philadelphia Society for Alleviating the miseries of public prisons*, deu prosseguimento à luta pela humanização das punições e conseguiu

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 66.

⁵³ Idem. Ibid. p. 67.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 159.

abolir os trabalhos forçados e reduzir a pena capital, limitando-a aos crimes de homicídio⁵⁶. Essa mesma associação foi responsável por criar uma instituição baseada na recuperação de delinquentes, onde se aplicava a solidão e o silêncio. Assim, nasce o sistema conhecido como Pensilvânico ou Filadélfia.

O *confinement solitary* foi aplicado, primeiramente, em uma parte da prisão de *Walnut Street*, em 1790, aos presos de maior periculosidade. Logo fracassou, devido ao crescimento da massa carcerária. Novas experiências foram tentadas, com a construção de dois novos estabelecimentos prisionais, a *Western Penitentiary* em 1818, com modelo arquitetônico Panóptico, concebido por Bentham; e a *Eastern Penitentiary*, em 1829, onde se estabeleceu o regime de isolamento total e de silêncio absoluto⁵⁷.

Melossi e Pavarini afirmam que os idealizadores do sistema de confinamento isolado acreditavam realmente que tais medidas fossem capazes de resolver os problemas penitenciários, impedindo a relação promiscua entre os condenados; além disso, criam que o isolamento e o silêncio seria um promotor eficaz ao arrependimento⁵⁸. As críticas ao modelo pensilvânico fundamentam-se na imposição do isolamento absoluto, visto como uma forma de tortura capaz de resultar, facilmente, em suicídio e na perda da sanidade (“loucura penitenciária⁵⁹”). Melossi e Pavarini afirmam, ainda, que os problemas que afetavam os presos não foram o fator principal para o abandono desse sistema, mas, sim, as mudanças no mercado de trabalho, as quais, como no século XVI — com surgimento das *Bridwells* na Europa mercantilista e com a escassez da mão de obra para o processo produtivo, o qual era muito maior do que a demanda — obrigaram um reaproveitamento da população marginal. O sistema Pensilvânico mostrou-se incompatível justamente por não possuir a estrutura produtiva que o meio social necessitava⁶⁰.

O regime celular, todavia, não foi totalmente abandonado; citamos, como exemplo, as prisões norte-americanas denominadas *Supermax*, para condenados considerados de alta periculosidade; e a prisão federal de *Florence*, no Estado do Colorado, que abriga detentos em células individuais de concretos, isolados vinte duas horas por dia. Desta última, há relatos

⁵⁶ D’URSO, Luíz Flávio Borges. **A privatização dos presídios (Terceirização)**. 1996. 247 p. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. p. 34.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 78.

⁵⁸ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 189.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 82.

⁶⁰ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 189.

frequentes de tentativas de suicídio e de insanidade mental, conforme exposto na denúncia "*Cunningham v. Federal Bureau of Prisons*", apresentada, em 2012, contra o *Bureau of Prisons*:

Muitos prisioneiros na ADX gemem sem parar, gritam, batem suas cabeças contra as paredes de suas celas. Alguns se mutilam com lâminas de barbear, vidro quebrado, ossos de galinha afiados (...) engolem lâminas de barbear, tesouras de unha... Outros mantêm conversas delirantes com vozes que ouvem em suas cabeças, alheios à realidade⁶¹.

Os efeitos sobre os condenados são exatamente os mesmos apresentados pelo antigo regime pensilvânico dos *Quakers*. Ressalte-se, ainda, que não há mais o caráter religioso de busca pelo arrependimento, conforme outrora, tratando-se tão somente de demonstrar a supremacia do controle e poder.

No Brasil, a Lei de Execuções Penais prevê o Regime Disciplinar Diferenciado (ou RDD), que consiste no recolhimento do condenado por até trezentos e sessenta dias, no caso de faltas graves e de participação em organização criminosa. A Penitenciária Laércio da Costa Pellegrino, situada no Estado do Rio de Janeiro, é uma das unidades prisionais construídas com a estrutura unicelular, própria para abrigar presos que estão sob tal regime:

Lei 7.210/84 - Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

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

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando⁶².

⁶¹Portal Correio Popular. **Prisão de Florence é considerada o inferno na terra**. 2015. Disponível em: <http://correio.rac.com.br/_conteudo/2015/08/capa/mundo/328623-prisao-de-florence-e-considerada-o-inferno-na-terra.html> Acesso em 25 set. 2016. 10:07:44.

⁶²BRASIL, Lei n. 7210 de 11 Setembro de 1984. **Vade Mecum Saraiva**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva. p. 1478.

Como se pode notar, o regime de isolamento celular, herdado do sistema Pensilvânico, por se tratar de um instrumento de controle, ainda é largamente utilizado. O problema não se apresenta de forma simples, pois existem grandes pressões políticas e sociais para que as autoridades tomem posicionamento a respeito de indivíduos incorrigíveis que atentam contra a ordem social, além daqueles que são diagnosticados com psicopatia; para tais excepcionalidades, a resposta continua sendo o uso da força.

1.5.2 Sistema Auburniano

Em 1816, foi construída a prisão de *Auburn*, no estado de Nova York, com objetivo de superar os problemas apresentados pelo sistema pensilvânico. A princípio, os presos foram divididos em grupos e classificados entre delinquentes reincidentes, que foram confinados em unidade celular; delinquentes de periculosidade média, que ficavam em celas isoladas três dias por semana; e delinquentes com possibilidades de ressocialização, aos quais era permitido trabalhar em grupo durante o dia e permanecer em celas individuais à noite. Os presos da primeira categoria, encerrados no regime de isolamento, apresentaram os mesmos problemas do sistema Pensilvânico, o que levou ao abandono total desse sistema. Surgiu daí a adoção total ao regime de trabalho em grupo e ao recolhimento solitário durante a noite, com o detalhe de que, durante a jornada de trabalho, imperasse o mais absoluto silêncio. Tal passou a ser chamada de *Silent System*⁶³.

O Capitão Elan Lynds, que assumiu o controle da prisão a partir de 1821, foi quem mais contribuiu para o sistema Auburniano, ao impor, por meio da disciplina rígida, uma obediência aos moldes militaristas. A implementação desse novo sistema traz uma perda significativa na tentativa de recuperação dos presos, pelo menos no que se refere ao caráter moral subjetivo. O reaproveitamento da massa carcerária para suprir a escassez na mão de obra tornou-se o objetivo da prisão. Melossi e Pavarini assim descrevem o novo sistema: “em essência, a originalidade do novo sistema consistia na introdução de um tipo de trabalho de estrutura análoga àquela então dominante na fábrica.”⁶⁴.

As prisões, em um primeiro momento, foram totalmente privatizadas, sob forma de concessão; sua administração coube aos empresários, e o cárcere foi transformado em fábrica.

⁶³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 191.

⁶⁴ Idem.

Logo após, passou-se ao regime de gestão compartilhada com a autoridade administrativa, caso em que o empresário controlava somente a disciplina fabril e a venda da produção. Na terceira fase, o empresário é responsável apenas por colocar o produto no mercado⁶⁵.

Essa nova sistemática traz mudanças profundas, principalmente no foco ressocializador. Relembre-se que o sistema Pensilvânico tinha como essência a busca pelo arrependimento e uma mudança subjetiva de conduta; e que o Auburniano, por sua vez, usava a capacidade de trabalho produtivo como parâmetro da disciplina carcerária, estabelecendo privilégios conforme o desempenho na fábrica. Criou-se, no novo contexto, o instituto da comutação das penas⁶⁶, que inaugurou a possibilidade de se reduzir o tempo de condenação da pena privativa de liberdade à proporção do trabalho prestado. O trabalho perde, então, o sentido religioso, atribuído pelos Calvinistas, de auxiliar à reeducação do delinquente e passa servir a interesses puramente econômicos. Aliás, como bem descreve Cesar Roberto Bitencourt, a atividade laboral no cárcere gira sempre em torno de duas vertentes: a primeira, que entende que o trabalho, juntamente com a educação, é a base para a ressocialização; e uma segunda, que, sob a perspectiva socioeconômica, enxerga o trabalho no cárcere como um instrumento de formação e de exploração de mão obra⁶⁷.

Outra característica preponderante do Sistema Auburniano é o *silent system*, um regime disciplinar de silêncio absoluto, que deve ser rigorosamente obedecido durante a tarefa laboral. Segundo Michel Foucault, a rigorosa observância de tal preceito é uma forma de readaptar o indivíduo ao meio social; assim ele o descreve:

O modelo de Auburn prescreve a cela individual durante a noite, o trabalho e as refeições em comum, mas sob a regra do silêncio absoluto, os detentos só podendo falar com os guardas, com a permissão destes e em voz baixa. Referência clara tomada ao modelo monástico: referência também tomada à disciplina de oficina. A prisão deve ser um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical [...] Assim esse jogo de isolamento, da reunião sem comunicação, e da lei garantida por um controle ininterrupto, deve requalificar o criminoso como indivíduo social: ele o treina para uma 'atividade útil e resignada; devolve-lhe hábitos de sociabilidade⁶⁸'.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Idem. Ibid. p. 191 - 192.

⁶⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. Ob. cit., p. 91.

⁶⁸ FOUCAULT, Michel. Ob. cit., p. 255.

O Sistema Auburniano acaba sendo abandonado gradativamente. São duas as razões disso: por pressão dos sindicatos trabalhistas, que viam o processo produtivo desenvolvido no cárcere como uma concorrência desleal, pois, no *contract system* descrito por Melossi e Pavarini, o empresário remunerava o detento por jornada, com utensílios e máquinas fornecidos pela administração⁶⁹; e pelas dificuldades técnicas de adaptação do cárcere para se manter produtivo ante as inovações tecnológicas que o mercado livre passou a oferecer com o tempo⁷⁰.

Após terem sido adotadas por toda a Europa, que optou mais pelo regime celular (Pensilvânico), e pelos Estados Unidos, que utilizou largamente o sistema Auburniano, o rigor excessivo desses métodos foi, também, um dos motivos que levaram ao gradativo abandono desses sistemas na época em que se consolida de vez a pena privativa de liberdade. Em contrapartida, buscou-se a criação de um sistema objetivo que reabilitasse, de forma efetiva, o delinquente recluso; nasce, assim, o sistema progressivo.

1.5.3 Sistema Progressivo

Esta nova fórmula consiste, basicamente, no cumprimento da pena em etapas, pena que vai sendo atenuada conforme a boa conduta que o recluso apresenta. O sistema progressivo apresentou três vertentes no decorrer do seu desenvolvimento: o sistema inglês ou *Mark system*, desenvolvido por Alexander Maconochie; o sistema irlandês, concebido por Walter Crofton; e o sistema Montesinos, desenvolvido por Manoel Montesinos e Molina. O que melhor desenvolveu não somente o sistema progressivo, mas o sistema penitenciário de uma maneira geral, principalmente com relação aos direitos humanos, foi Manoel Montesinos e Molina.

O sistema inglês ou sistema de vales⁷¹, desenvolvido por Maconochie, em 1840, na Austrália, estipulava o tempo da pena somando o trabalho e a boa conduta que o condenado deveria desenvolver e convertia o resultado disso em uma quantidade de vales, proporcional ao delito, que o condenado deveria cobrir. Se houvesse má conduta, aplicavam-se multas aos vales. Nesse sentido, o tempo da pena era indeterminado, pois dependia do comportamento do

⁶⁹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 197.

⁷⁰ Idem. Ibid. p. 207.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 98.

condenado. Esse sistema dividia a pena em três etapas: a primeira consistia em isolamento total, denominado *período de provas*; a segunda era a de trabalho silencioso em grupo, semelhante ao *silent system*; e a etapa seguinte era a de liberdade condicional, quando o condenado desfrutava de uma liberdade limitada. Passado o último período sem apresentar problemas, obtinha-se a liberdade definitiva⁷².

O modelo de sistema irlandês, criado por Walter Crofton, é um aperfeiçoamento do sistema inglês. A ideia consistia na criação de uma prisão, intermediária às etapas de trabalho em grupo e de liberdade condicional, muito semelhante às adotadas nos regime semiaberto e aberto pelo sistema brasileiro, mas com modificações importantes, como a ausência de muros; tratamento diferente para reclusos, com uma disciplina mais branda; e o trabalho realizado ao ar livre, em uma espécie de preparação para o retorno à liberdade e à vida em sociedade. Esse sistema foi adotado em diversos países.

O sistema Montesinos destaca-se dos demais principalmente pela figura que lhe dá seu nome: Manuel Montesinos, governador do Presídio de Valência, nomeado em 1835, que alcançou um eficiente tratamento humanitário para com os condenados. Perceba-se que “um dos aspectos mais interessantes da obra prática de Montesinos refere-se à importância que deu às relações com os reclusos, fundadas em sentimentos de confiança e estímulo, procurando construir neles uma definida autoconsciência⁷³”.

Montesinos chegou à conclusão de que eram ineficazes os castigos extremos e severos, pois degradavam ao invés de corrigir. Para evitar excessos e arbítrios, propôs um código disciplinar interno às prisões. Também considerava que o trabalho tinha função reabilitadora e que o recluso deveria ser remunerado. Foi o precursor das chamadas saídas temporárias, em que se permite ao recluso deixar o estabelecimento penal por um curto período de tempo; e da liberdade condicional, assim como da redução da pena como recompensa por bom comportamento. Pelos métodos inovadores aplicados em favor de um tratamento digno; e por sua concretização no campo prático, é natural que Montesinos figure entre os personagens que mais contribuíram para que o sistema penitenciário obtivesse uma faceta mais humanitária.

⁷² Idem. Ibid. p. 99.

⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit., p. 103.

O sistema progressivo, largamente utilizado nos dias de hoje, inclusive adotado pelo direito penal brasileiro, sofre algumas críticas. Cesar Roberto Bitencourt enumera algumas delas: pouca efetividade nos resultados; mudança automática de regime; abrandamento da pena diante de prévia melhora na conduta, muitas vezes de maneira aparente⁷⁴.

Ressalvados aqueles que veem as modificações da estrutura do cárcere como consequência direta das mudanças socioeconômicas da sociedade, é inegável que houve uma grande evolução do ponto de vista humanitário. Como se pôde ver ao longo deste capítulo, a pena privativa de liberdade cumprida em uma prisão é uma função relativamente nova. Apesar de todas as críticas e de todas as dúvidas em relação a sua eficácia, do ponto de vista da prevenção geral dos delitos e da correção de delinquentes, ainda não foi encontrado um substituto mais efetivo. A seguir, será exposto um quadro geral do sistema penitenciário brasileiro, com um breve histórico e um diagnóstico dos seus problemas.

⁷⁴ Idem. Ibid. p. 110.

2 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

“Deixai, ó vós, que entraís, toda a esperança!”

Dante Alighieri

2.1 Histórico das Prisões Brasileiras

O objetivo deste capítulo é apresentar um panorama geral do estado em que se encontram as prisões no Brasil que são gerenciadas pelo Poder Público. A exposição é iniciada com uma síntese histórica do sistema carcerário brasileiro, passando pelo quadro atual e apontando problemas, possíveis causas e providências que estão sendo tomadas para solucioná-los.

O Brasil, durante o período colonial, aplicava as leis herdadas de Portugal. Na época do descobrimento, vigoravam na metrópole as Ordenações Afonsinas. Publicadas em 1446, foram pouco utilizadas, até que foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, em 1521. Por suas vezes, as Ordenações Manuelinas foram revogadas, em 1569, pela Compilação de Duarte Nunes de Leão. Há relatos, datados de 1551, de que havia em Salvador “uma cadeia muito bem acabada, com casa de audiência e câmara em cima, tudo de pedra e barro, rebocadas de cal e telhado com telha [...] Serviam para recolher desordeiros, escravo fugitivos e, evidentemente, criminosos à espera de julgamento e punição⁷⁵”. As nuances da nova colônia obrigaram uma série de adaptações na lei, tendo sido muitos decretos e poderes arbitrários conferidos aos donatários das terras, o que acarretou um regime jurídico semelhante ao feudalismo, violento e cruel⁷⁶.

As Ordenações Filipinas, cujo Livro V continha a lei penal aplicável, composta de severas punições, foram promulgadas, em 1603, por Felipe II. A pena capital era utilizada em larga escala, assim como os castigos aflitivos, a pena de galés e o degredo para as colônias. Não havia princípio de legalidade, estando a pena sujeita ao arbítrio do julgador. Também não havia pena privativa de liberdade, pois, nessa época, a prisão tinha função de custódia. As

⁷⁵Portal Educação. **Criminologia**. Campo Grande: Portal Educação. 2012. p. 87.

⁷⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito de Penal: parte geral**, 1. 19. Ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 90.

prisões ficavam em fortes militares, e havia, também, as chamadas prisões eclesiásticas, como a Cadeia de Aljube, construída em 1735, no Rio de Janeiro.

A Constituição de 1824, criada após a independência do Brasil, marca um novo paradigma na evolução do direito penal brasileiro, incorporando princípios — como o de igualdade perante a lei, o de irretroatividade, o de individualização da pena —, além de abolir as penas corporais. Seu artigo 179, XXI, determinava que as cadeias deveriam ser seguras, limpas e bem arejadas, com a separação dos réus conforme a circunstância e a natureza do crime. Em 1830, foi criado o primeiro código criminal do império, que introduziu a prisão simples e a prisão com trabalho.

Contudo, o prescrito na Constituição não se realizou na prática. Em 1828, foi criada por lei as Câmaras Municipais, dentre cujas atribuições previa-se a criação de uma comissão de cidadãos encarregados de inspecionar as prisões civis, militares e eclesiásticas; e de informarem seu estado às instâncias superiores. Conforme os relatórios de inspeção apresentados atestam, podemos observar, no seguinte trecho, a situação que o cárcere se encontrava em 1837:

O estado atual da maior parte das prisões e estabelecimentos de caridade na Corte guarda um justo meio entre a barbaridade dos séculos que passaram e a civilização que corre. Sumiram-se esses calabouços horrendos, onde pela maior parte das vezes gemiam a inocência e o saber, a par do crime, e da ignorância, mas não existem ainda esses asilos que a moderna filosofia prepara para fustigar o ócio, e corrigir o vício. O pobre e o desvalido não perecem ao desamparo, curtidos de fome, de nudez e de miséria, mas, entretanto, não existem ainda essas casas d'onde foge o ócio e onde o verdadeiro necessitado se abriga, certo do pão e pano, que ele já não pode haver por si⁷⁷.

A primeira prisão brasileira, que começou a ser construída em 1834 e que foi concluída em 1850, chamada de Casa de Correção da Corte, situada no estado do Rio de Janeiro, seguiu a estrutura modelar da prisão de *Auburn*, em Nova York: duzentas celas individuais, divididas em quatro andares. Em 1856, um segundo prédio foi construído para abrigar presos que aguardavam julgamento e sentenciados a penas mais curtas. O objetivo era recuperar delinquentes por meio do trabalho e da disciplina: “Reprimir a mendicidade, acostumar os vadios ao trabalho, e corrigi-los de seus vícios tão prejudiciais a eles mesmos como à sociedade em geral” eram objetivos citados por uma organização política que ajudou a

⁷⁷NUNES, Maia Clarissa et al. **História das Prisões no Brasil, Vol. 1**. Rio de Janeiro: Rocco Digital. 2012. EbookKindle. posição 5371.

arrecadar fundos para construção da prisão. Seguindo a doutrina reformadora da época, o regime vigente era o *silent system*, com os presos trabalhando em grupo e em silêncio.

Os problemas da prisão giravam em torno da falta de disciplina, principalmente na questão do silêncio, e da escassez de trabalho, pois a realidade brasileira não encontrou paralelos nem com o fenômeno vivido pela Europa mercantilista nem com os vividos pelos Estados Unidos (escassez de mão de obra e busca de tal demanda populações marginais). Célia Regina Nilander, ao descrever as prisões brasileiras dos primeiros anos do século XIX, acrescenta que os órgãos públicos pouco se interessavam pela administração penitenciária, ficando ao arbítrio dos carcereiros e muito longe do objetivo de ressocialização⁷⁸.

Durante o período Republicano, foi promulgado o código penal de 1890, que estabeleceu a pena privativa de liberdade de, no máximo, trinta anos; a prisão celular; a interdição; e algumas restritivas de direito, como a perda do emprego público e multa. Como pode se notar nos Artigos 45 e 50, o código adota o Sistema Progressivo Irlandês, com as etapas de progressão partindo do regime fechado para o aberto.

Um dos maiores problemas vividos pelo sistema carcerário atualmente é o déficit de vagas, problema que já era real no século XIX e no começo do século XX. Por exemplo, no ano de 1906, havia 976 condenados presos no Estado de São Paulo no regime de prisão celular, embora existissem somente 160 vagas para esse tipo de regime⁷⁹. Fato semelhante ocorria na Casa de Correção do Rio de Janeiro, que, construída para abrigar 150 detentos, chegou a comportar mais de setecentos presos⁸⁰.

Em 1920, inaugurou-se a penitenciária de São Paulo, no bairro do Carandiru, com capacidade para 1200 presos. Essa instalação seguia, estritamente, tudo o que os cânones modernos prescreviam, com acomodações adequadas, enfermaria, oficinas e segurança. Segundo o pensamento da época, o estabelecimento penal “deveria estar à altura do progresso material e moral do Estado⁸¹”.

⁷⁸ SOUSA, Célia Regina Nilander de. Ob. cit., p. 71.

⁷⁹ SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo: 1822 – 1840**. 2. Ed. São Paulo: Annablume. 2006. p. 178.

⁸⁰ NUNES, Maia Clarissa et al.; **História das Prisões no Brasil, Vol. 2**. Rio de Janeiro: Rocco Digital. 2012. Ebook Kindle. posição 342.

⁸¹ Portal Educação. **Criminologia**. Campo Grande: Portal Educação. 2012. p. 88.

Em 1940, entra em vigor o Código Penal, prevendo penas privativas de liberdade de reclusão e de detenção. Na pena de reclusão, previa-se que o recluso ficasse em regime de isolamento durante o dia ao longo de três meses, passando, posteriormente, a trabalhar junto com outros presos. Quanto ao condenado à pena de detenção, esse deveria ser separado dos apenados que cumpriam a pena de reclusão e não estava sujeito ao período de isolamento, podendo escolher o trabalho que queria exercer, desde que tivesse um caráter educativo.

A Casa de Detenção de São Paulo, localizada no bairro do Carandiru e inaugurada em 1956, tinha a finalidade de abrigar detentos da segunda modalidade prevista no código penal, além de presos à espera de julgamento. Contudo, o sistema penitenciário brasileiro nunca conseguiu dispor de um número de vagas proporcional à quantidade de encarcerados: por exemplo, a Casa de Detenção de São Paulo, que tinha capacidade para três mil duzentos e cinquenta detentos, chegou a abrigar oito mil homens.

Do ponto de vista formal, é inegável que as leis brasileiras sofreram grandes evoluções quanto ao tratamento humanitário por influência das ideias iluministas e reformadoras da Europa. Na prática, porém, os elementos formadores da sociedade brasileira criaram um sistema de relações sociais entre indivíduos fortemente estratificado e desigual, o qual dominou as instituições e, possivelmente, explica a omissão e o descaso da sociedade civil com o sistema carcerário. O indivíduo encarcerado não é visto como pertencente à classe que detêm o poder e, portanto, não é o alvo dos direitos e, tampouco, merecedor de tratamento digno. Claudio do Prado Amaral afirma que, desde a época escravagista, o tratamento penitenciário varia de acordo com o grau de cidadania de cada indivíduo que cumpre pena. Segundo ele, aqueles pertencentes às classes mais pobres eram encarcerados, em geral, pelos seguintes motivos: fragilidade dos poderes instituídos para aplicar a lei nos territórios mais distantes; força dos poderes locais, que influenciavam as autoridades; impunidade e precariedade do direito de defesa. Esses fatos tornaram vulneráveis os indivíduos mais pobres aos rigores da lei; e livraram as classes dominantes do alcance da sanção penal⁸².

2.2 Panorama Atual

O Sistema Penitenciário brasileiro atual não obteve grandes avanços em termos de modernização de sua estrutura, se comparado aos modelos históricos de qualquer época.

⁸²Amaral, Cláudio do Prado. **A História da Pena de Prisão**. 1. Ed - Ebook. Jundiaí, SP: Paco Editorial. 2016. posição 2013.

Neste tópico, serão explanados a legislação vigente; os direitos e as garantias do encarcerado que o Estado se comprometeu a cumprir; e uma radiografia geral do sistema, focando, principalmente, nos problemas nas ações que vem sendo tomadas para sua resolução.

A Organização das Nações Unidas adotou, em 1955, no primeiro Congresso sobre Prevenção de Crime e Tratamento de Delinquentes, em Genebra, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, a fim de dar diretrizes básicas aos Estados, como bem declaram as observações preliminares:

O objetivo das presentes regras não é descrever detalhadamente um sistema penitenciário modelo, mas apenas estabelecer - inspirando-se em conceitos geralmente admitidos em nossos tempos e nos elementos essenciais dos sistemas contemporâneos mais adequados - os princípios e as regras de uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento de prisioneiros⁸³.

O Brasil, sendo signatário de diversos protocolos adotados pela ONU, incorporou tais regras através da Resolução nº 11 de 1994. No plano constitucional, o primeiro artigo a ser observado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é o respeito à dignidade da pessoa humana, consagrado no Artigo 1º da CRFB/88: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”. Trata-se de um princípio basilar, que abrange a todos, inclusive aos encarcerados, como bem descreve Ingo Wolfgang Sarlet:

A dignidade independe das circunstâncias concretas já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido em de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos⁸⁴.

Ainda com relação às normas constitucionais, os Direitos e Garantias Fundamentais do Indivíduo, previstas no Artigo 5º da Constituição Federal, estabelecem o respeito à integridade física e moral do preso e vedam penas de caráter cruel; além disso, preveem que os estabelecimentos penais deverão ser distintos, quanto ao delito, à idade e ao gênero:

⁸³BRASIL, Ministério da Justiça. Resolução n. 14 de 11 de novembro de 1994. **Regras Mínimas Para o Tratamento do Recluso**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/resolucao-no-14-de-11-de-novembro-de-1994.pdf/view>> Acesso em 27 set. 2016.

⁸⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 43.

Art. 5º- XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral⁸⁵

No plano infraconstitucional, a legislação principal é a Lei 7.210, promulgada em 1984 e recepcionada pela Constituição, conhecida também como Lei de Execuções Penais, é o regulamento base, que discrimina todos os direitos e deveres dos presos. Por fim, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão subordinado ao Ministério da Justiça Federal, dispõe diversas resoluções que tratam de inúmeras situações, que vão dos procedimentos de revista dos presos às formas de arquitetura penitenciária⁸⁶.

No Brasil, foi adotado o sistema progressivo de execução da pena, conforme o Código Penal Brasileiro em vigor. Nesse sistema, o condenado inicia sua pena em determinado regime e, através de critérios objetivos e subjetivos, vai progredindo para um sistema mais brando: começa-se pelo fechado, segue-se para o semiaberto e, depois, para o aberto⁸⁷. Cabe ressaltar que cada regime possui seu equivalente em estrutura física, ou seja, há um estabelecimento penal para cada tipo de regime, cuja estrutura pode variar entre segurança máxima e média, para penitenciárias onde se abrigam condenados em regime fechado; entre colônias agrícolas e industriais e similares, para condenados no regime semiaberto; e Casa do Albergado, para presos em regime aberto. A legislação determina, ainda, que presos provisórios aguardem o julgamento em presídios separados, nas chamadas Cadeias Públicas.

Como podemos notar, são fartas as legislações que regulamentam o sistema penitenciário brasileiro; e, no que diz respeito aos direitos e às garantias dos presos, podem até ser consideradas avançadas, tanto quanto à obediência às normas internacionais, passando pelo plano constitucional, quanto às leis internas. No entanto, como podemos observar a seguir, o avanço na estrutura penitenciária brasileira foi ínfimo.

⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Vade Mecum Saraiva**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva. p. 8.

⁸⁶ COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. **Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara. 2009. p. 317. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>> Acesso em 16 set. 2016.

⁸⁷ D'URSO, Luiz Flávio Borges. Ob. cit., p. 44.

Segundo os dados do último censo carcerário divulgados pelo Ministério da Justiça, em 2015, a população carcerária brasileira girava em torno de 622.000 presos⁸⁸, sendo a quarta maior população carcerária do mundo em números absolutos. De acordo com o Centro Internacional de Estudos Prisionais (ICPS)⁸⁹, o Brasil é o 31º colocado em números relativos: são 316 presos a cada 100 mil habitantes.

Tabela 1: Países com maior população prisional do mundo

Posição	País	População Prisional	Ano de Referência
1	EUA	2.217.000	2013
2	China	1.657.812	2014
3	Rússia	644.237	2015
4	Brasil	622.202	2014

Fonte: Relatório de Informações Penitenciárias, 2014

Tabela 2: Países com maior população prisional do mundo em números relativos (1 a cada 100.000 habitantes)

Posição Absoluta	Posição Relativa	País	População Prisional	Ano de Referência
1	2	EUA	666	2017
2	135	China	118	2017
3	8	Rússia	434	2017
4	31	Brasil	316	2017

Fonte: Dados do ICPS, 2017

O número de vagas disponíveis era de 371.844, havendo um déficit 250.318 vagas⁹⁰. Do número total de vagas ocupadas, 32%⁹¹ são preenchidas por presos provisórios, sem um julgamento prévio. Crimes de tráfico de entorpecentes, juntamente com o de roubo, respondem por cerca de 50% da massa carcerária. Podemos correlacionar esses números com

⁸⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Depen. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFOPEN**. 2014.p. 14. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>> Acesso 16 set. 2016.

⁸⁹ INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH; World Prison Brief. **Highest to Lowest - Prison Population Rate**. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All> Acesso em 29 de set. 2016.

⁹⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Depen. Ob. cit., p. 18.

⁹¹ Idem. Ibid. p. 29.

a porcentagem de crimes de homicídios elucidados no Brasil, que varia entre 5% e 8%⁹², como divulgado em Nota Técnica pelo IPEA, concebida em conjunto com o Fórum da Liberdade, em 2016:

Segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), do Ministério da Saúde, em 2014 houve 59.627 homicídios no Brasil – o que equivale a uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 29,1. Este é o maior número de homicídios já registrado e consolida uma mudança no nível desse indicador, que se distancia do patamar de 48 mil a 50 mil homicídios, ocorridos entre 2004 e 2007, e dos 50 a 53 mil mortes, registradas entre 2008 a 2011. Para situarmos o problema, estas mortes representam mais de 10% dos homicídios registrados no mundo e colocam o Brasil como o país com o maior número absoluto de homicídios. Numa comparação com uma lista de 154 países com dados disponíveis para 2012, o Brasil, com estes números de 2014, estaria entre os 12 com maiores taxas de homicídios por 100 mil habitantes⁹³.

Ao analisarmos esses dados, considerando o percentual anterior de crimes elucidados (5 a 8%), ficamos entre 55.132,84 a 56.930,65 de homicídios sem solução por ano no Brasil. O direito à vida, o mais básico, presente em todos os ordenamentos jurídicos civilizados, vem sendo sistematicamente desrespeitado, o que nos leva a concluir que, futuramente, haverá uma mudança na política criminal e um consequente e inevitável aumento na demanda por vagas no sistema prisional. Isso se agrava como Projeto de Emenda Constitucional 171/1993, aprovado na Câmara dos Deputados, que altera a redação do Artigo 228 da Constituição Federal (“são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”), reduzindo a inimputabilidade para menores de dezesseis anos. O sistema prisional brasileiro está, portanto, em vias de um total colapso.

Tulio Khan apresenta alguns argumentos que demonstram quais são os efeitos da pena de prisão para a criminalidade. Primeiro, há o da incapacitação, retirando de circulação os criminosos que estariam cometendo crimes. Segundo, há o da intimidação, que funcionaria como um efeito dissuasório, desestimulando, em tese, quem pretendesse cometer outros crimes, por evidenciar os riscos da ação. Contudo, deveria haver uma alta taxa de captura e de

⁹² CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Relatório Nacional da Execução da Meta 2 : um diagnóstico da investigação**. Brasília: 2012. p. 22. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/1405-meta-2?highlight=WyJyZWxhdFx1MDBmM3JpbYIsImVuYXNwII0=>>> Acesso em 07 de Fev. 2017.

⁹³ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência 2016 – Nota Técnica**. Brasília. Março/2016. p.05. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27406> Acesso em 07 de Fev. 2017.

condenação para que, de fato, esse último efeito fosse sentido, mas a justiça criminal brasileira lida apenas com uma parcela minúscula de criminosos solucionados⁹⁴.

Como podemos notar, existe uma falta de planejamento por parte do Estado na adequação prática das políticas criminais, principalmente no que se refere à criação e às alterações de leis penais, que deveriam passar por um profundo estudo sobre as consequências da tipificação de determinada conduta em crime, levando em consideração outros meios de proteção ao bem jurídico e respeitando o princípio penal da intervenção mínima (*ultima ratio*). O que se vê, na prática, são leis criadas com a intenção de demonstrar um Poder Público atuante frente às situações polêmicas ocasionais, as quais, muitas vezes, passam longe de uma solução efetiva para os problemas. Salo de Carvalho, ao defender um estudo prévio de Impacto Político-Criminal na criação de leis penais, delineou esse problema:

Nota-se absoluta ausência de investigações empíricas prévias que possibilitem projetar minimamente os impactos da nova lei no âmbito judicial e administrativo. Assim, a tradição legislativa brasileira tem oscilado entre o *populismo* e o *idealismo* punitivo, ou seja, entre leis penais de cunho meramente populistas e leis penais voltadas a preservação do ideal de harmonia e coerência do sistema jurídico-penal a partir de determinadas concepções dogmáticas e/ou político-criminais. Isto quando os projetos idealistas não são atropelados, durante o debate parlamentar, pelo discurso populista, inserindo elementos estranhos aos modelos originários e retirando a pretensa coerência auferida pelos notáveis⁹⁵.

A consequência dessa desordem para o sistema penitenciário é a falta de vagas e a superlotação das cadeias, sendo este último efeito o principal causador de danos à integridade física e moral do preso. A Lei 7210/1984, lei de Execuções Penais em vigor no Brasil, estabelece os requisitos mínimos para cada condenado à prisão privativa de liberdade. O Artigo 88 prevê que o condenado deverá ser alojado em cela individual salubre, com área mínima de 6,00m². Também, foram elaboradas pelo Departamento Penitenciário Nacional as Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal, estabelecendo a capacidade Máxima para cada tipo de Prisão. As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, revisada em 22 de Maio de 2015, prevê que uma cela não deverá conter mais de um preso:

⁹⁴ KAHN, Tulio. **Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional**. Ebook Kindle. Brasil: 2014. Conjuntura. posição 56 – 59.

⁹⁵ CARVALHO, Salo de. Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal. **Boletim IBCCRIM n° 193 Dezembro/ 2008**.

Disponível em: <<http://antiblogdecriminologia.blogspot.com.br/2012/09/em-defesa-da-lei-de-responsabilidade.html>> Acesso em 15 de Fev. 2017.

Regra 12.1. As celas ou quartos destinados ao descanso noturno não devem ser ocupados por mais de um preso. Se, por razões especiais, tais como superlotação temporária, for necessário que a administração prisional central faça uma exceção à regra, não é recomendável que dois presos sejam alojados em uma mesma cela ou quarto⁹⁶.

Tabela 03: Capacidade Geral dos Estabelecimentos Penais

Estabelecimento Penal	Capacidade	Capacidade
	Máxima	Mínima
Penitenciária de Segurança Máxima Especial	300	60
Penitenciária de Segurança Média ou Máxima	800	300
Colônia Agrícola, Industrial ou similar	1.000	60
Casa do Albergado ou Similar	120	20
Centro de Observação Criminológica	300	60
Cadeia Pública	800	30
Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico	120	20

Fonte: Diretrizes Básicas para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais.⁹⁷

Não obstante toda a legislação em vigor quanto aos parâmetros mínimos estabelecidos para o número de presos por cela e quanto à capacidade máxima para as prisões, segundo os últimos dados registrados pelo Ministério da Justiça até 2014, todos os estados da Federação apresentavam superlotação nas prisões⁹⁸. A superlotação, como supracitado, acarreta uma série de outros problemas dentro da prisão. O primeiro deles é o rápido sucateamento da estrutura física dos estabelecimentos prisionais, que não suportam o número excessivo de presos. A demora na manutenção por falta de verbas ou entraves burocráticos é outro fator que ajuda a agravar esse panorama.

Um relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, divulgado após uma série de inspeções pelos presídios de todo o Brasil no ano de 2009, constatou que a maioria dos ambientes prisionais é insalubre: há falta de água potável para

⁹⁶ BRASIL, Ministério da Justiça. Resolução n. 14 de 11 de novembro de 1994. **Regras Mínimas Para o Tratamento do Recluso**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/resolucao-no-14-de-11-de-novembro-de-1994.pdf/view>> Acesso em 27 set. 2016.

⁹⁷ BRASIL, Conselho Nacional de Política Penitenciária. Resolução n. 03 de 23 de setembro de 2005. **Diretrizes Básicas para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais**. Brasília. 2005. p. 29. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnppc-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-03-de-23-de-setembro-de-2005.pdf/view>> Acesso em: 08 mai. 2017.

⁹⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Depen. Ob. cit., p. 25.

consumo e para higiene pessoal, canos de esgoto quebrados dentro das celas e proliferação de insetos e de animais (principalmente, ratos e baratas):

É que a cela, de 5x5, abriga quase 70 homens. Dentro dela havia um banheiro e, para que coubessem mais homens (que dormem no chão), as paredes do banheiro foram derrubadas e a privada ficou no meio da cela, à mostra, obrigando os apenados a passar pelo vexame de ficarem como numa vitrine, enquanto usam o “banheiro”. Foi em Contagem, Minas Gerais, que se viu essa barbárie⁹⁹.

Celas superlotadas e mal conservadas tornam um ambiente propício à proliferação de inúmeras doenças infectocontagiosas. A tuberculose e a caxumba, males que eram comuns em séculos passados entre a população de maneira geral e que foram erradicados com o avanço da medicina na prevenção e no tratamento de doenças, juntamente com a ausência de saneamento básico, são uma realidade no sistema penitenciário brasileiro. Esse problema é agravado pela precariedade na assistência médica, pela falta de profissionais qualificados e pelo mau fornecimento de remédios. Em um ambiente com tamanho descontrole e desordem, torna-se impossível qualquer tentativa de ressocialização, seja pelo trabalho, seja por vias educacionais. Luiz D’Urso traz o seguinte comentário:

De nada adianta um sistema legal calcado no trabalho do preso quando este, mesmo querendo trabalhar, mesmo estando obrigado legalmente a esta atividade, não poderá fazê-lo, porquanto o Estado não lhe fornece condições mínimas para que tal se efetive. A superlotação é entrave intransponível para que o preso possa trabalhar e exercer um verdadeiro direito, com vistas à remissão¹⁰⁰.

Na maioria dos presídios do Brasil, nem há separação entre presos provisórios e condenados nem, tampouco, entre réus primários e criminosos mais antigos, o que torna as cadeias verdadeiras escolas do crime. Jeremy Bentham já observava que o ambiente intrínseco à realidade carcerária, em qualquer condição, já a transforma em uma escola de imoralidade: “em relação à moral, uma prisão é uma escola onde se ensina a maldade por meios mais eficazes do que os que nunca poderiam empregar-se para ensinar a virtude: o tédio, a vingança e a necessidade presidem essa educação de perversidade¹⁰¹”. Não havendo qualquer critério de separação entre presos primários com disposição para recuperação daqueles que não mostram propensão para mudança não é possível amenizar os efeitos da subcultura carcerária descritos por Bentham.

⁹⁹ COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Ob. cit., p 196.

¹⁰⁰ D’URSO, Luiz Flávio Borges. Ob. cit., p. 133.

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 67.

É dentro da cadeia que presos mais novos são cooptados por chefes de facções criminosas a fazer parte de seu grupo; é dentro dos presídios, também, que se originou e ascendeu o crime organizado no Brasil. Facções como o Primeiro Comando da Capital, fundado dentro das cadeias paulistas, e Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, são exemplos notórios do poder paralelo que controla os presídios brasileiros, impondo suas próprias regras e liderando rebeliões. Promovem, até mesmo, a confecção de estatutos próprios¹⁰², além de tribunais para julgamentos de presos que violam tais leis, com direito a torturas físicas, psicológicas e, não muito raramente, à morte. Dessa forma, o crime organizado atinge o objetivo no qual o Estado fracassa: causar um efeito intimidatório, para que outros detentos mantenham a lealdade e cumpram suas leis.

No ano de 2017 o sistema penitenciário foi palco de um dos maiores massacres de presos registrados no Brasil: cento e trinta detentos foram mortos em decorrência de uma guerra entre facções rivais pelo controle dos presídios, em diversos Estados do país¹⁰³. A precariedade na segurança e a corrupção dos agentes públicos facilitam a entrada de aparelhos celulares, meio de comunicação utilizado pelos chefes do crime organizado para comandar a execução de crimes fora dos presídios.

Diante de um cenário como esse, o Brasil é obrigado a lidar com altas taxas do índice de criminosos reincidentes — indivíduos com passagem anterior no sistema prisional que voltam a cometer crimes e retornam às prisões. Esse percentual varia de acordo com a metodologia e com o conceito de reincidência utilizado, ficando entre uma margem de 25 a 70%¹⁰⁴. O aumento da população carcerária, combinado com as altas taxas de reincidência, gera, ainda, um enorme custo aos cofres públicos. Segundo declaração da Ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, o custo mensal médio de um preso é de R\$ 2.400,00¹⁰⁵. Outro levantamento, feito pelo Grupo de Estudos Carcerários Aplicados, da Universidade de São

¹⁰²PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas. 2008. p. 77.

¹⁰³ Carnificina em Presídios Deixa mais de 130 Mortos este Ano. **Carta Capital**. São Paulo. 16 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano>> Acesso em 04 mar. 2017.

¹⁰⁴ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência Criminal no Brasil**. Rio de Janeiro. 2015. p. 13. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590> Acesso em 07 de Fev. 2017.

¹⁰⁵ Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília. 10 Nov. de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>> Acesso em 08 de Fev. 2017.

Paulo, chegou a um custo mensal médio de R\$ 2.206,00¹⁰⁶. Ao multiplicarmos esse valor pelo número de presos do último censo carcerário em 2014, chegamos a uma estimativa mensal de R\$ 1.492.800.000.

Mesmo carecendo de dados oficiais mais concretos, pode-se concluir, a partir do quadro atual, que o sistema penitenciário é altamente custoso e não atende a nenhuma das expectativas propostas, nem à redução da criminalidade nem à ressocialização dos detentos; e, ao contrário, contribui para agravar o problema ao qual visa a resolver, promovendo a ascensão do crime organizado.

Algumas medidas têm sido propostas, por diversos setores da sociedade, com o objetivo de amenizar os problemas do sistema penitenciário; algumas, inclusive, já estão sendo implementadas pelo Poder Público; outras são sugestões formuladas por especialistas da área criminal. A primeira a ser brevemente analisada refere-se à audiência de custódia, que, dentre outros objetivos, visa a reduzir o número de presos provisórios, que, no Brasil, ocupam 36% das vagas do sistema penitenciário, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão responsável pelo programa. A meta é reduzir o número de presos provisórios de duzentos e cinquenta mil presos para cento e vinte mil¹⁰⁷. A audiência de custódia é um instrumento processual que se fundamenta no Artigo 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº678/92, que obriga a apresentação do indivíduo detido à autoridade judicial:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal:

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo¹⁰⁸.

Durante a audiência de custódia, o juiz adotará a medida que melhor se adequar ao caso, sendo os resultados possíveis os abaixo relacionados:

¹⁰⁶GRUPO DE ESTUDOS CARCERÁRIOS APLICADOS – GECAP/USP. **Pesquisa do custo do recluso do país e da transparência da UF's**. São Paulo.2016. Disponível em:

<<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/522-pesquisa-do-custo-do-recluso-do-pais-e-da-transparencia-da-uf-s>> Acesso em 05 mar. 2017.

¹⁰⁷BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Audiência de Custódia**. p. 15. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes>> Acesso em 05 de mar 2017.

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto nº 678 de 6 nov. 1992. **Vade Mecum Saraiva**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 1614.

- O relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do Código de Processo Penal);
- A concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do Código de Processo Penal);
- A substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final, e 319 do Código de Processo Penal);
- A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial, do Código de Processo Penal);
- A análise do cabimento da mediação penal, o que evita a judicialização do conflito e corrobora para a instituição de práticas restaurativas;
- Encaminhamentos de natureza assistencial;
- O encaminhamento de providências para a apuração de eventual prática de maus-tratos ou de tortura durante a prisão¹⁰⁹.

Segundo dados do CNJ, 40.584¹¹⁰ pessoas foram liberadas da prisão desde que o programa foi implantado. Sem dúvida, a implantação dessa medida tem impactado positivamente na redução da superlotação das unidades prisionais, por evitar prisões desnecessárias.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCRIM) elaborou um conjunto de dezesseis propostas legislativas¹¹¹ que visam a diminuir o encarceramento em massa. Seleccionamos a que teria maior impacto no problema da superlotação carcerária: uma alteração no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que incluiria um requisito de impacto econômico orçamentário na criação de leis penais, além de um estudo prévio no efeito que a eventual aprovação dessas leis causará no sistema prisional. Tal medida combateria a inflação legislativa criada pela aprovação de leis casuísticas, sem levar em conta as consequências de tal aprovação. As outras medidas propostas pelo IBCCRIM são revisões legislativas que impactariam, também, na superlotação carcerária, pois versam sobre a substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas, principalmente nos crimes que respondem por quase metade da população prisional brasileira, o tráfico de entorpecentes e os crimes de roubo.

A maioria das medidas analisadas objetiva reparar certas distorções do sistema penal brasileiro e busca a máxima efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais do indivíduo, para que a pena privativa de liberdade não seja utilizada de modo indiscriminado e arbitrário, o que agravaria a superlotação carcerária. Essas medidas servem, inclusive, para corrigir uma disparidade entre quem é preso e quem deve ser preso, pois a realidade brasileira demonstra

¹⁰⁹ BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) Ob. cit., p. 11.

¹¹⁰ Idem. Ibid. p. 19.

¹¹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). **Caderno de Propostas Legislativas -16 propostas contra o encarceramento em massa**. São Paulo. 2017. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017/>> Acesso em: 10 mar. 2017.

que as taxas de crimes violentos, principalmente os de assassinato, vêm aumentando ano a ano, chegando a quase 60.000 homicídios/ano, dos quais, como já foi dito acima, apenas 8% são solucionados. Contudo, as medidas apresentadas não teriam, *per si*, o condão de solucionar tal discrepância, necessitando de providências que se destinem a aperfeiçoar o aparato investigativo policial.

Quanto à prisão, podemos destacar que são inúmeras as críticas que atestam ser ela incapaz de atingir tanto seus objetivos de ressocialização quanto suas finalidades intimidatórias, havendo quem defenda sua abolição completa. Esse, porém, é um entendimento minoritário. Luiz Flávio Gomes, prefaciando a obra de Cesar Roberto Bitencourt, resume o pensamento geral sobre a necessidade de prisão:

A prisão, na incensurável visão do autor, que coincide com o convencimento geral (leia-se com o discurso) dos Professores de Direito penal, é uma exigência amarga, embora imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas sua reforma. É um mal necessário, mas com contradições insolúveis. Tendo em vista que ainda dela não podemos dispor, pelo menos devemos lutar pela sua progressiva humanização. E sempre que possível deve ser substituída. Tudo isso porque dois séculos depois de acolhimento geral, constatou-se sua mais absoluta falência em termos de prevenção. Recomenda-se, em consequência, que as penas privativas de liberdade se limitem às penas de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos de difícil recuperação. Assim deve ser porque a prisão avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado¹¹².

Como podemos observar, a extinção completa da instituição prisional ainda é um vislumbre distante; sendo assim, nosso objetivo principal deve ser a busca incessante pela melhoria de suas condições e pelo aperfeiçoamento dos mecanismos que visam à efetivação dos direitos humanos. As prisões brasileiras padecem de problemas que prejudicam ainda mais a situação carcerária pelo abandono e pela falta de investimento. No próximo capítulo, trataremos da privatização do sistema prisional como uma solução viável para o problema penitenciário.

¹¹² BITENCOURT, Cesar Roberto. Ob. cit., p. 18.

3 PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL

“E Jesus, respondendo, disse-lhes:
Ide, e anunciai a João as coisas que ouvis e vedes...”

Mateus 11:4

3.1 Aspectos Gerais

Este capítulo tem o objetivo de analisar uma das alternativas propostas para solução do sistema penitenciário: sua privatização. Definir-se-á esse conceito e oferecer-se-á, além disso, um breve estudo sobre os modelos implantados. Serão abordadas, também, diferentes perspectivas a respeito dos aspectos jurídicos relacionados ao problema da constitucionalidade das privatizações; a respeito de seu enfoque econômico, em termos de custos e de benefícios; e a respeito das concepções éticas e dos questionamentos polêmicos da proposta. Antes de entrar no tema propriamente dito, demonstrar-se-á que, ao se analisar alguns fatores do quadro atual do sistema carcerário brasileiro, vê-se que se desenham de forma muito semelhante aos fatos históricos que deram origem à ideia de privatização do sistema prisional na contemporaneidade, principalmente nos EUA.

O pensamento que permeou as décadas de 80 e 90, a partir das políticas liberais dos governos britânico e norte-americano, capitaneados pela Primeira Ministra inglesa Margareth Thatcher e pelo presidente Ronald Reagan, consistiam, basicamente, em uma desregulamentação de setores em que o governo atuava e de um amplo processo de privatização de empresas estatais, provocando um gradual ao retorno ao Estado Mínimo. Grecianny Carvalho afirma que essa mudança de pensamento influenciou diretamente na política criminal e penitenciária:

O atrofiamento do Estado social cedeu lugar a um Estado mínimo, não intervencionista, em especial, nas áreas sociais. Por outro lado, as privatizações dos setores públicos produtivos aumentaram de forma considerável. E como não poderia deixar de ser, esse novo modelo de Estado mínimo influenciou diretamente na política criminal e penitenciária a ser adotada¹¹³.

¹¹³CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do Sistema Prisional Brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 25.

Como já descrito acima, a ideia de privatização no contexto histórico das prisões não é nova, sendo, inclusive, uma das propostas de Jeremy Bentham para administração do Panóptico¹¹⁴. Melossi e Pavarini descrevem diversos tipos de contratos de exploração econômica firmados entre o poder público e o privado na utilização da mão-de-obra carcerária¹¹⁵ que ocorreram nos estados norte-americanos no século XIX e no início do século XX.

Na história contemporânea, o fenômeno da privatização dos presídios renasce, a fim de solucionar o problema da superlotação carcerária vivida na década de 80 nos EUA. Dentre outros motivos que contribuíram para o aumento da população carcerária norte-americana, há o progresso de algumas políticas criminais, tal como a de Tolerância Zero, fundamentada na Teoria das Janelas Quebradas, que, resumidamente, pode ser explicada como “a repressão a pequenos delitos para, assim, evitar grandes desordens”; e há, também, as doutrinas da Lei e Ordem e Controle e Castigo, com o endurecimento da pena privativa de liberdade e a diminuição na concessão de benefícios ao longo do seu cumprimento.

Uma premissa deve ser considerada para explicar a ampliação das doutrinas de encarceramento: a de que o indivíduo é inteiramente responsável por suas ações e pelas consequências destas, sem que outros fatores (ambiente, carências socioeconômicas), influenciem sua vontade. Isso é o mesmo que afirmar que o fato criminoso ocorre mediante a decisão subjetiva de cometê-lo. Destarte, os efeitos da pena de prisão ganhou duas dimensões no combate ao crime, a intimidatória e a incapacitória: esta retira de circulação indivíduos que voltariam a cometer outros crimes; e aquela desestimula o cometimento do delito ante a perspectiva de ser condenado a penas longas¹¹⁶.

A adoção das políticas criminais citadas acima, além de contribuir para a superlotação carcerária, trouxe altos custos aos cofres públicos. É sob a justificativa de trazer economia, juntamente com melhor qualidade na prestação do serviço, que o empresário do ramo imobiliário e de seguros Thomas Beasley propõe a ideia de criar prisões privadas. Ao fundar a *Corrections Corporation of America* (CCA) no ano de 1983, seu objetivo era o de oferecer fórmulas alternativas de financiamento da construção de novos estabelecimentos carcerários,

¹¹⁴BENTHAM, Jeremy. Ob. cit., p. 37.

¹¹⁵MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 193.

¹¹⁶CORDEIRO, Grecianny Carvalho. Ob. cit., p. 84

adotando, para isso, técnicas de gestão empresarial na administração dos presídios e criando condições para reabilitação dos detentos¹¹⁷. A prisão de *Silverdale*, com capacidade para 500 presos, foi primeira a ser inaugurada, no estado do *Tennessee*¹¹⁸. Seguindo a tendência norte-americana, a privatização ganhou adeptos ao redor do mundo: Inglaterra, Escócia, País de Gales, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Israel, França, Alemanha, Chile, México, Irlanda, Bulgária, Hong Kong (China), República Tcheca, Bélgica, Holanda, Porto Rico, Canadá, e Peru. As modalidades de participação variam de acordo com cada país.

No Brasil, fatores semelhantes ao contexto norte-americano — aumento na criminalidade, superlotação carcerária, ineficiência do Estado e adoção de políticas liberais — vem contribuindo para que a privatização seja vista como alternativa para resolução dos problemas do sistema carcerário. Segundo Raul Cervini, citado por Grecianny Cordeiro, a privatização dos presídios tem sempre dois paradigmas: o economicista, com a redução de gastos públicos com o crime; e o funcionalista, que é uma resposta rápida e eficaz à criminalidade¹¹⁹.

Ao fazermos um retrospecto histórico, podemos observar que a primeira proposta de privatização surge em 1992, com Edmundo Oliveira, no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), em meio a uma crise econômica inflacionária. É nesta época que o Brasil adota algumas das medidas econômicas criadas no chamado Consenso de Washington, que ficou popularmente conhecido por suas políticas neoliberais. Dentre as medidas propostas pelo Consenso de Washington, constava o processo de privatização, que começou em setores restritos, como a área de telefonia, e foi se ampliando, gradativamente, para instituições financeiras, para a concessão de transportes públicos e para o fornecimento de energia elétrica. Devido à universalização e à relativa melhora na qualidade da prestação desses serviços, a tendência à privatização não demorou a se estender a outros setores. Contudo, na área prisional, o projeto do conselheiro Edmundo Oliveira foi rejeitado pela Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Ministério Público e pela Magistratura.

Acontece que o Brasil padece de um círculo vicioso de crises políticas e econômicas. Além disso, o aumento nos índices de criminalidade e o problema carcerário persistem; a

¹¹⁷ MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade, Gestão da Violência no Capitalismo Global**. São Paulo: Max Limonad. 2000. p. 64.

¹¹⁸ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. Ob. cit., p. 83.

¹¹⁹ Idem. Ibid. p.50.

própria ineficiência coloca em xeque os modelos de Estado provedor e intervencionista; e a função estatal de redistribuição dos direitos mostra sinais de desgastes. Dois estudos recentes do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação corroboram essa afirmação. O primeiro calcula o número de dias que cada cidadão precisa trabalhar para sustentar a máquina estatal, que, de acordo com o Instituto, chegou, em 2016, à marca de cento e cinquenta e três dias trabalhados; 41,8% do rendimento bruto do trabalhador foi destinado ao pagamento de impostos em 2016¹²⁰. O segundo estudo refere-se ao retorno de tais impostos, à relação entre a carga tributária arrecadada e o aumento do Índice de Desenvolvimento Humano; os dados de 2013 demonstram que o Brasil figura entre os trinta países que mais arrecadam impostos no mundo, mas, pelo quinto ano seguido, permaneceu em último no *ranking* do retorno de impostos¹²¹.

Essa incapacidade de gerir os recursos e de redistribuí-los de forma adequada pelos serviços básicos reacende o debate a respeito do papel que o Estado deve desempenhar na sociedade e justifica a continuidade das medidas políticas de privatização iniciadas nos anos 90. Podemos observar que o panorama é análogo aos acontecimentos que deram início ao ciclo de privatizações nos sistemas prisionais norte-americano e inglês: crise política e clima de instabilidade, somados ao ressurgimento de ideologias conservadoras. Laurindo Minhoto associou três fatores à proposta de privatização de presídios, tanto nos EUA como na Inglaterra. O primeiro é o medo da violência; o segundo, a ascensão dos governos da Nova Direita; e o terceiro, a mundialização do capital¹²². Note-se que o primeiro e o terceiro fatores já são realidades; o segundo parece estar ainda tomando forma.

3.2 Conceito de Privatização e Modelos de Gestão Prisional

Feitas as considerações contextuais, prosseguimos com o conceito de privatização. Utilizando do conceito em sentido amplo, tal como formulado pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, podemos definir privatização como:

¹²⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Estudo sobre os Dias Trabalhados para Pagar Impostos**. São Paulo. Mai. 2016. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/noticia/2465/Brasileiro-trabalha-ate-10-de-junho-so-para-pagar-impostos>> Acesso em: 15 Abr. 2017.

¹²¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Cálculo do IRBES (índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade) – Estudo Sobre a Carga Tributária PIB X IDH**. São Paulo. Jun. 2015. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/noticia/2171/Pelo-5o-ano-seguido-Brasil-arrecada-muito-mas-nao-da-retorno>> Acesso em: 15 Abr. 2017.

¹²² MINHOTO, Laurindo Dias. Ob. cit., p. 196.

- a) desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico);
- b) desmonopolização de atividades econômicas;
- c) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização);
- d) a concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais);
- e) os *contracting out* (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras de prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da terceirização¹²³.

Podemos verificar que tal formulação compreende toda e qualquer atividade não exercida pelo Estado como privatização. No entanto, a situação (a) pode ser definida, mais especificamente, como desestatização e livre concorrência. É importante frisar essa diferença, porque, mesmo que haja um processo de privatização em alguns setores que o Estado administra ou a venda de empresa estatal, ele pode continuar exercendo o controle por meio de regulamentações.

No âmbito do sistema prisional a experiência mais extensa de privatização se encontra nos EUA, com a modalidade conhecida como “*DCFM Contracts*”, cujo design, construção, financiamento e administração ficam a cargo do particular¹²⁴. Portanto, a participação da iniciativa privada compreende a parte material e pessoal, cabendo a ela a tarefa de executar a pena proferida pelo Poder Judiciário.

Um segundo modelo é o de fornecimento dos serviços de hotelaria, que engloba alimentação, vestuário e assistências médica, social e jurídica. Esse é o modelo de terceirização das atividades acessórias, em que a administração e a segurança da prisão ficam a cargo da administração pública. Tal modelo também é conhecido como modelo francês de cogestão, pois é na França que se popularizou. O Artigo 3º da lei 87/432¹²⁵ da lei francesa prevê que cabe ao Estado a indicação do Diretor-Geral do estabelecimento e a responsabilidade por suas seguranças externa e interna.

¹²³DI PRIETO, Maria Sylvia Zanela. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público**. São Paulo: Atlas. 2005. p. 23 – 24.

¹²⁴MINHOTO, Laurindo Dias. Ob. cit., p. 70.

¹²⁵RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi n° 87-432 du 22 juin 1987. **Relative au service public pénitentia**.

Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000874714>> Acesso em 22 Abr. 2017.

Há, ainda, um terceiro modelo, conhecido como arrendamento das prisões, que se constitui pelo fato de a iniciativa privada construir o estabelecimento prisional com verba própria e, logo após, arrendá-lo para o poder público. Nesse sistema, não há privatização do serviço nem na administração, nem na execução da pena nem na terceirização das atividades meio. Esse é o modelo utilizado por alguns estados norte-americanos, na tentativa de economizar nos gastos com a construção dos estabelecimentos.

Dos três modelos, o que mais agrada os adeptos da privatização do sistema prisional brasileiro é o modelo francês de terceirização; dentre eles, está Luiz Flávio D'Urso, que afirma: “pensamos que o processo de privatização do sistema penitenciário brasileiro deve ser implantado sob forma de gestão mista, envolvendo a administração pública e a administração privada representada por grupo ou empresa particular instalada no país”. O Professor Julio Fabbrini Mirabete, citado por D'Urso, sustenta que a lei não obriga que estabelecimentos penais devam ser necessariamente públicos; e que não há vedação legal para que as atividades de gestão e de fornecimento de materiais sejam transferidas para a iniciativa privada¹²⁶, pois, como veremos adiante, tal modelo não afrontaria o monopólio de coerção que o Estado detém, visto que as sanções disciplinares continuariam sendo de sua inteira responsabilidade.

A terceirização, como regulamentação das atividades econômicas, surgiu em meio à Segunda Guerra Mundial, quando as indústrias bélicas perceberam que poderiam delegar algumas atividades da produção de armamentos a outras empresas prestadoras de serviços, alcançando, assim, maior eficiência na produção. Terceirização está diretamente relacionada à divisão do trabalho, que, segundo Adam Smith, traz um maior aperfeiçoamento às forças produtivas de trabalho, seja por meio da destreza ou da especialidade em determinada ocupação; seja devido à economia de tempo, ao se deixar de realizar diversas tarefas de natureza diferente; seja por inovação nas ferramentas que visem a aperfeiçoar ainda mais a produtividade¹²⁷. Essas características observadas pelo filósofo e economista britânico coincidem, exatamente, com os objetivos que a terceirização visa a atingir.

A história da terceirização no Brasil começa na década de 50, na indústria automobilística, com a terceirização da produção de peças de automóveis. Entre o final da

¹²⁶ D'URSO, Luiz Flávio Borges. Ob. cit., p. 147.

¹²⁷ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Ed. Condensada, Tradução: Norberto de Paula Lima. 1. Ed. São Paulo: Folha de S. Paulo. 2010. p. 21.

década de 60 e o início da década de 70, a terceirização é regulamentada no serviço público, através do Decreto-Lei n. 200/67¹²⁸, no qual era denominada descentralização. Por sua vez, a Lei n. 5.645/70 determinou a preferência das funções a serem terceirizadas pelo serviço público¹²⁹. Logo após, a terceirização é regulamentada no campo privado, através da Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74). A Lei nº 7.102/83 torna permanente a terceirização de segurança bancária; no plano jurisprudencial, o TST, através das Súmulas 256 e 331, delimitou a terceirização a atividades meio: vigilância, conservação e limpeza.

No ano de 2017, a Lei do Trabalho Temporário é alterada pela Lei nº 13.429/17, e a novidade principal é a autorização para contratação de serviço terceirizado para realização de qualquer atividade, inclusive a atividade fim¹³⁰. Essa alteração substancial na lei traz novas perspectivas quanto aos limites da terceirização, que, no sistema prisional, poderia não estar mais restrita ao fornecimento material.

A terceirização, conforme vimos acima é uma forma de privatização que se concretiza por meio de contratos firmados entre a iniciativa privada e a Administração Pública, com a finalidade de prestar de serviços e de construir obras. Também é terceirização a concessão de serviços públicos¹³¹, com amparo no Artigo 175 da Constituição Federal: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Concessão, de acordo com Maria Di Prieto, é “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço¹³²”.

¹²⁸BRASIL, Decreto-Lei nº 200/67. Artigo 10 – “A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada” §1.c “ da administração para órbita privada, mediante contratos ou concessões.”

¹²⁹BRASIL, Lei nº 5.645 de 10 de Novembro de 1970. Artigo 3º § Único - “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação, de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, §7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.” (Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm> Acesso em 24 Abr. 2017.

¹³⁰BRASIL, Lei nº 13.429 de 31 de Março de 17. Artigo 9 §3º - “O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm> Acesso em 03 mai. 2017.

¹³¹ “Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.” DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 107.

¹³²Idem. Ibid. p. 306.

Foi por meio do contrato de concessão pública que surgiram os primeiros experimentos do Brasil na seara da privatização de presídios. A Penitenciária Industrial de Guarapuava, no estado do Paraná, foi inaugurada no ano de 1999, com capacidade para 250 presos, adotando o modelo de gestão compartilhada e cabendo à iniciativa privada o fornecimento dos serviços de hotelaria. Seus internos exerciam atividades em uma fábrica de móveis e recebiam um salário mínimo mensal. Um conjunto de presos era responsável pela faxina e pela lavanderia. Cada cela possui 6 m² e abrigava dois presos. A empresa Humanitas – Administração Privada S/C Ltda, gerenciou essa penitenciária, fornecendo os seguintes serviços: hospedagem, recursos humanos, manutenção, segurança, alimentação, saúde, recreação, serviço psicológico, serviço educacional e serviço jurídico. A função do Estado se limitou, ali, ao controle e à supervisão penitenciária. Esse contrato foi estabelecido com prazo de dois anos, e o custo mensal por cada detento era de R\$ 1.200,00. No Paraná, também operaram, nesses mesmos moldes, a Penitenciária Industrial de Cascavel; as Penitenciárias Estaduais de Foz do Iguaçu e de Piraquara; e as Casas de Custódia de Londrina e de Curitiba, que abrigavam presos provisórios. Em 2006, o contrato de concessão expirou, e as penitenciárias voltaram a operar inteiramente por intermédio do Estado¹³³.

Em 2001, no estado do Ceará, foi inaugurada a Penitenciária Industrial Regional do Cariri, na cidade de Juazeiro do Norte, com capacidade para 540 presos, abrigados em celas coletivas. A estrutura contava com quadras de esportes em cada pavilhão, salas de aula, oficinas de música, padaria, oficinas de artesanato, oficinas de fabricação de joias, oficinas de confecção de artigos para calçados, horta, cozinha, manutenção hidráulica e elétrica. No quesito assistência médica, a penitenciária disponibilizava um serviço ambulatorial de urgência, de emergência e de psiquiatria. A empresa Humanitas administrava essa penitenciária, cujo custo mensal, para cada preso, girava em torno de R\$ 810,00. Também era administrada pela iniciativa privada a Penitenciária Industrial de Sobral, na zona norte do Ceará. Todas as atividades de gerenciamento privado no Ceará foram suspensas por decisão judicial¹³⁴.

Em 2004, uma nova forma de concessão, chamada de Parceria Público-Privada (PPP), foi regulamentada através da Lei 11.079/2004. Definida no Artigo 2º dessa lei, “Parceria

¹³³CORDEIRO, Grecianny Carvalho. Ob. cit., p. 103 - 104

¹³⁴ Idem. Ibid. p. 105 – 106.

público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. O objetivo era solucionar os problemas de infraestrutura que estavam impedindo o crescimento econômico do país, como bem descreve Alexandre Santos Aragão:

A Conjuntura que ensejou o surgimento da ideia de parcerias público-privadas no Brasil pode, então, assim ser sintetizada: 1) gargalos de infraestrutura impeditivas do crescimento e consequente melhora da situação fiscal do Estado; 2) Existência de uma série de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infraestruturas, não autossustentáveis financeiramente e sem que o Estado tenha condições de financiá-las sozinho¹³⁵.

A ideia era fazer uma divisão dos custos entre o Estado e a iniciativa privada, diante da impossibilidade de um deles arcar individualmente com os custos da infraestrutura. A diferença principal com relação a outros contratos administrativos reside no amplo leque de garantias reservadas ao investidor privado, como forma de atrair mais investimentos. Celso Bandeira de Mello enumerou as vantagens para o investidor privado dispostas na Lei 11.079/2004¹³⁶:

a) contrato com prazo mínimo de 5 anos e com prazo máximo de 35 anos (Artigo 5º, I);

b) Vinculação de receitas e instituição de fundos especiais previstos em lei; contratação de Seguro-garantia de companhias seguradoras não controladas pelo Poder Público; garantias prestadas ou por organismos financeiros internacionais; ou por instituições financeiras não controladas pelo Poder Público; ou por fundo garantidor; ou por empresa estatal criada para esta finalidade ou por outros mecanismos admitidos em lei¹³⁷;

c) arbitragem para resolução de conflitos; (Art. 11, III)¹³⁸;

¹³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos. As Parcerias Público-Privadas - PPP's no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador - BA. Maio/Junho/Julho. 2005. p. 02. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/alexandre-aragao/as-parcerias-publico-privadas-ppps-no-direito-positivo-brasileiro>> Acesso em: 22 mai. 2017.

¹³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p.778 – 779.

¹³⁷ Celso Bandeira de Mello considera todas estas garantias como inconstitucionais, contudo esse pensamento não é unânime. Adotam posicionamento contrário José dos Santos Carvalho filho (cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 442 – 443.) e Alexandre Santos Aragão (cf. ARAGÃO, Alexandre Santos. Ob. cit., p. 25 a 28.).

¹³⁸ Considerado inconstitucional por Celso Bandeira de Mello, adota posicionamento contrário Alexandre Aragão (cf. ARAGÃO, Alexandre Santos. Ob. cit., p. 25)

d) pagamento ao investidor privado feito de variadas formas: ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos em lei;

e) maior facilidade na atualização de valores defasados; e

f) previsão de penalidades ao parceiro público (Art. 5, II).

Essas inúmeras vantagens e garantias atraíram investidores privados para diversas áreas do serviço público, e não foi diferente com o setor prisional. Contudo, a lei 11.079/04 veda, expressamente, a transferência do poder de polícia, em seu Artigo 4º, III: “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”. Alexandre Santos Aragão, ao listar as espécies de atividades que poderiam ser objeto de concessões administrativas, afirma, porém, que atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia, como é o caso dos serviços de hotelaria, encaixam-se entre essas atividades¹³⁹.

O primeiro modelo de parceria público-privada do sistema carcerário brasileiro foi o Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, no Estado de Minas Gerais, cujo contrato foi firmado, em 16 de Junho de 2009, entre a Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS) e a Concessionária Gestores Prisionais Associados S/A (GPA)¹⁴⁰. Esse contrato prevê um período de dois anos para construção de uma penitenciária e um período de concessão de vinte e cinco anos. A estrutura tem capacidade de 3.040 vagas, sendo 1.820 reservadas para o regime fechado, cujas celas abrigam, no máximo, quatro internos; e 1.100 reservadas para o regime semiaberto, cujas celas abrigam, cada uma, oito detentos¹⁴¹¹⁴².

¹³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos. Ob. cit., p. 25.

¹⁴⁰ Contrato disponível no site PPP.MG.GOV.BR

<http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PP P%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf> Acesso em 22 mai. 2017.

¹⁴¹ SILVA, José Adaumir Arruda. **A Privatização dos Presídios: Uma Ressocialização perversa, Incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan. 2016. p. 100.

¹⁴² Conforme o 9º Termo Aditivo firmado em 10 de Novembro de 2016 e publicado em Diário Oficial do Estado de Minas Gerais em 01 de Dezembro de 2016 alterou-se o prazo de concessão para trinta anos e aumentou o número de vagas disponíveis para 3.800 vagas (Acordo Judicial e Termo Aditivo, pg. 11 e 13). Disponível em:<<http://www.ppp.mg.gov.br/contrato-penal/page/99?view=Page>> Acesso em 22 mai. 2017

A Pastoral Carcerária, órgão ligado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) que presta assistência às pessoas encarceradas, divulgou, em junho de 2014¹⁴³, um relatório sobre os presídios privatizados no Brasil. Foram realizadas diversas inspeções em estabelecimentos penais privatizados, cuja intenção era avaliar a eficiência de tais lugares. Faremos menção à inspeção do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves mais adiante. Os dados coletados nos dão uma dimensão mais concreta da realidade dos presídios privatizados, dados esses que analisaremos à luz dos aspectos mais controversos das privatizações.

3.3 Aspectos Jurídicos

Do ponto de vista jurídico, a privatização dos presídios, encontra óbice, principalmente, no aspecto ético-constitucional, pela impossibilidade de o Estado delegar a outrem o uso da violência, sobre a qual mantém monopólio, pois, como bem explicitou Max Weber, “é, com efeito, próprio de nossa época o não reconhecer, em relação a qualquer outro grupo ou aos indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere: o Estado se transforma, portanto, na única fonte do “direito” à violência¹⁴⁴”. Para João Marcello de Araújo Júnior, “a única coação moralmente válida é a exercida pelo Estado através da imposição ou execução de penas ou outras sanções¹⁴⁵”, o que impediria um particular de exercer qualquer tipo de poder pelo uso da força em outro particular. Esse ponto é pacífico e não comporta margem para dúvida quanto à construção e à interpretação doutrinária das prerrogativas do Estado. O aspecto legal é mais enfático e não admite delegação do Poder de Polícia, como já foi anteriormente citado na análise da lei 11.079/04. A questão que se coloca, todavia, é se a privatização das prisões quebraria, de fato, o monopólio do Estado, pois, nesse caso, o que se estaria transferindo é o meio material da execução penal, e o controle efetivo continuaria nas mãos do Poder Jurisdicional estatal.

Como vimos acima, existem vários graus de privatização de prisões, que vão desde o controle total dos estabelecimentos penais pela iniciativa privada, como é feito nos EUA, até somente o fornecimento de meios materiais ou serviços de hotelaria. No Brasil, apenas a

¹⁴³ Cf. PASTORAL CARCERÁRIA. **Prisões Privatizadas no Brasil em Debate 2014**. Coordenação de obra coletiva: José de Jesus Filho e Amanda Hildebrand Oi. São Paulo. ASAAC.2014. 105 p. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/categoria/publicacoes/page/2>>. Acesso em 05 set. 2016. 18:40:38.

¹⁴⁴ WEBER, Max. **Ciência e Política Duas Vocações**. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota.

18. Ed. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 56 - 57.

¹⁴⁵ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Prisões privadas. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.161-167, jul./set. 1992. p. 161.

última modalidade poderia ser permitida, porque, conforme salienta Julio Fabbrini Mirabete, citado por D'urso, “a única atividade que não pode ser executada por particulares nos estabelecimentos penais é a aplicação de sanções disciplinares, que, por influir diretamente no desenvolvimento da execução penal (atividade administrativo- judiciária), é destinada a órgão público, conforme disponha a lei local”. Lembre-se que a Lei de Execuções Penais não estabelece, expressamente, que a função de Diretor ou de qualquer outro cargo dentro da prisão tenha de ser ocupada por um servidor público.

Seguindo a interpretação do Professor Mirabete, bastaria, tecnicamente, que apenas o Diretor do estabelecimento penal fosse nomeado pelo Poder Público para que os aspectos legais fossem respeitados. A realidade impõe, entretanto, alguns problemas concretos, porque, humanamente, o Diretor tem limitações que o impedem de exercer controle total de uma unidade prisional durante todo o tempo. Parte de suas atribuições são delegadas aos agentes penitenciários, que cumprem a função de vigilância interna e são responsáveis, principalmente, pela manutenção da disciplina entre os presos. Com a substituição desses por agentes contratados pela iniciativa privada, cria-se um embaraço jurídico intransponível, pois os agentes privados não poderiam fazer uso de qualquer instrumento para manutenção da disciplina. É o que ocorre na prática, ao analisarmos o Relatório sobre as prisões privatizadas no Brasil:

No que toca ao presente relatório, observou-se que a direção geral, a direção de segurança, a guarda externa e a escolta permanecem nas mãos de agentes públicos, enquanto que os demais serviços, inclusive a vigilância e escoltas internas são executados pela empresa contratada. Esse arranjo inevitavelmente transfere, parcialmente, o poder de controle e disciplina aos agentes da iniciativa privada, os quais podem, conjuntamente com a direção, aplicar sanções como o isolamento celular, suspender benefícios, com implicações sobre o tempo de cumprimento da pena do preso, pois as sanções disciplinares impedem a concessão da antecipação da liberdade (regime aberto, indulto e livramento condicional). Tal situação, além de incorrer em ilegalidade, agrava o problema da reduzida *accountability* em relação aos agentes de segurança privada, já observada em relação ao policiamento privado, quando comparado com agentes públicos. A ausência de mecanismos de controle externo, compostos por indivíduos e entidades da sociedade civil, da atividade dos agentes privados de vigilância penitenciária, coloca em sério risco a integridade física e mental das pessoas privadas de liberdade¹⁴⁶.

As empresas responsáveis pelas unidades privatizadas tentam contornar esses obstáculos, substituindo mão-de-obra pelo uso de aparato tecnológico, por meio de câmeras

¹⁴⁶ PASTORAL CARCERÁRIA. **Prisões Privatizadas no Brasil em Debate 2014**. Coordenação de obra coletiva: José de Jesus Filho e Amanda Hildebrand Oi. São Paulo. ASAAC.2014. p. 15. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/categoria/publicacoes/page/2>>. Acesso em 05 set. 2016. 18:40:38.

de monitoramento: há maior rigor no controle das saídas das celas e redução do contato entre agentes privados e internos.

Existe, ainda, mais um ponto a acrescentar: o Estado detém o monopólio do Poder de Polícia e o do uso da violência, mas não é qualquer agente público que pode fazer uso de tais prerrogativas, principalmente no uso da força física contra o particular. Essa função específica é reservada aos agentes de segurança pública, descritos no Artigo 144 da CRFB/88:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares¹⁴⁷.

Note-se que os agentes penitenciários públicos, responsáveis pela disciplina e pela vigilância dos estabelecimentos penais, não estão incluídos nesse rol, que é taxativo. Para melhor compreensão do raciocínio, trazemos à baila um julgado do Supremo Tribunal Federal sobre uma Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro contra uma Proposta de Emenda Constitucional estadual da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, que incluiria, no Artigo 180¹⁴⁸ da Constituição Estadual, o inciso II – Polícia Penitenciária. A maioria do plenário julgou procedente a ação e, subsidiariamente, demonstrou que o agente penitenciário não tinha o poder de polícia; veja-se a declaração do Ministro Relator Octavio Gallotti, ao proferir o seu voto:

A prevalecer o elastério pretendido pelo constituinte fluminense, a vigilância dos recintos das repartições, dos museus ou coleções de arte, até mesmo de estabelecimentos de educação ou de saúde (escolas correcionais e estabelecimentos psiquiátricos, por exemplo), poderia ser matéria de segurança, em linha de identidade com o desempenho policial. Se, nas penitenciárias, sucede o risco das fugas, como recorda a douta Advocacia Geral da União, poderá vir a tornar-se, eventualmente, necessário o concurso da polícia (civil ou militar), o que, data vênua,

¹⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Vade Mecum Saraiva**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva. p. 50.

¹⁴⁸ Atualmente Artigo 183 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>> Acesso em 25 mai. 2017.

não significa atribuir-se caráter policial à vigilância interna de rotina, como parece ser o propósito do dispositivo impugnado¹⁴⁹.

O Ministro Sepúlveda Pertence declarou em seu voto que “não há lugar para dar *status* de organismo de segurança pública a este serviço de vigilância penitenciária”¹⁵⁰. Logo, se a vigilância interna de uma unidade prisional não tem caráter policial, temos uma situação de insegurança jurídica, pois o agente penitenciário público não teria autoridade nem para exercer a disciplina entre os presos nem para fazer uso da força em situação de rebeliões, limitando-se a uma função meramente administrativa, como um dos meios materiais de execução da pena. Desse ponto de vista, torna-se irrelevante se ele é um agente público ou um agente privado, tendo em vista que as funções exemplificadas pelo Douto Ministro Relator em analogia à função de agente penitenciário, tal qual a de vigilante de estabelecimentos de educação e de saúde, são desempenhadas por funcionários terceirizados. Por fim, existe uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 308/2004) em trâmite no Congresso Nacional que pretende alterar o Artigo 144 da CRFB/88, criando a polícia penitenciária:

Art. 3º. Acrescentem-se ao art. 144, os seguintes incisos VI, VII e parágrafos 10 e 11:

VI - polícia penitenciária federal;

VII – polícias penitenciárias estaduais.

§ 10. Às polícias penitenciárias incumbem, no âmbito das respectivas jurisdições e subordinadas ao órgão administrador do Sistema Penitenciário da unidade federativa a que pertencer:

I – supervisionar e coordenar as atividades ligadas, direta ou indiretamente, à segurança interna e externa dos estabelecimentos penais;

II – promover, elaborar e executar atividades policiais de caráter preventivo, investigativo e ostensivo, que visem a garantir a segurança e a integridade física dos apenados, custodiados e os submetidos às medidas de segurança, bem como dos funcionários e terceiros envolvidos, direta ou indiretamente, com o Sistema Penitenciário¹⁵¹.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. “Incompatibilidade, com o disposto no art. 144 da Constituição Federal, da norma do art. 180 da Carta Estadual do Rio de Janeiro, na parte em que inclui no conceito de segurança pública a vigilância dos estabelecimentos penais e, entre os órgãos encarregados dessa atividade, a ali denominada “Polícia Penitenciária”. Ação direta julgada procedente, por maioria de votos”. ADI 236/ Rio de Janeiro – RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. 07 mai. 1992. p. 37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28VIGIL%C2NCIA+INTRAMUROS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb3kd5cv>> Acesso em: 27 mai. 2017.

¹⁵⁰ Idem. Ibid. p. 47.

¹⁵¹ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional 308/04**. Deputado Federal Neuton Lima et al. Brasília. 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=236004&filename=PEC+308/2004> Acesso em 15 mar. 2017. 15:40:22.

3.4 Aspectos Ético-Econômicos e o Problema da Comparação

Passamos a analisar outra questão referente ao aspecto ético-econômico da privatização do sistema prisional, perpassando por dois itens criticáveis: primeiro, a utilização do cárcere como forma de exploração econômica, transformando-o em uma indústria do sofrimento; e, segundo, relacionado ao primeiro, a exploração da mão-de-obra da massa carcerária.

O termo economia sempre nos remeterá a uma definição comum que implica máxima eficiência com quantidade escassa de recursos. A partir dessa afirmação, a privatização dos presídios torna-se uma ideia muito palatável, pois, nela, o poder público enxerga a possibilidade de reduzir seus gastos, solucionando o problema da qualidade do serviço prestado; e a iniciativa privada descobre um novo nicho de mercado a ser explorado. Antes de examinarmos o aspecto moral, é importante que investiguemos se, de fato, a iniciativa privada atinge os objetivos aos quais se propõe; se é mais eficiente do que o poder público na gestão de uma prisão; e se são verdadeiras as promessas de economia para o Estado.

Para medir o grau de eficiência, teríamos que comparar, entre as prisões públicas e as prisões privadas, itens como estrutura física e assistência material (alimentação, vestuário). Além disso, deveria ser medido o número de reabilitados, a partir da porcentagem de reincidência. Já vimos a situação da grande maioria das prisões públicas do Brasil no capítulo 2; abaixo, relacionamos alguns relatos obtidos nas inspeções realizadas pela Comissão da Pastoral Carcerária nas prisões privatizadas:

Um dos aspectos que mais chamou atenção é o tratamento médico oferecido aos presos. Em todas as unidades, a equipe foi conduzida à farmácia onde foi exposta a grande quantidade de medicamentos armazenados. Todas as unidades contam com auxiliares de enfermagem e enfermeiros que ajudam no atendimento aos presos. Algumas unidades, inclusive, são referência e recebem presos de outras unidades do estado, como é o caso de Viana 1, no Espírito Santo.

[...]

A alimentação não foi tema de muitas reclamações. A equipe ouviu algumas queixas sobre a pouca quantidade de comida oferecida aos presos, mas não houve repetição dessa reclamação. A unidade privatizada de Ribeirão das Neves, porém, apresentou uma situação grave em relação à comida.

[...]

Uma reclamação constante dizia respeito ao material fornecido pelas empresas aos presos. As queixas destes abrangiam desde a baixa frequência da troca dos objetos pessoais (roupas, objetos de higiene) à qualidade dos produtos. Essa queixa vinha acompanhada da reclamação pela impossibilidade de receberem certos objetos de seus familiares.

[...]

Em geral, as unidades visitadas estavam limpas, com exceção da unidade de Viana que estava em reforma. A reforma é urgente, diante da diversos vazamentos e infiltrações na unidade e está sendo feita pelo estado. Em termos de infraestrutura, as unidades apresentam arquitetura diferente. Há unidades visitadas em que o sistema interno é todo automatizado e há controle automático das portas, gerido por torres de controle. Outras têm formato arquitetônico de forma a restringir o contato do preso com o agente, que controla as portas a partir de um andar superior. E outras unidades ainda funcionam de forma mais manual, possibilitando maior contato entre o preso e agente de controle¹⁵².

Por meio dos relatos, podemos concluir que a iniciativa privada tem aparente superioridade na prestação do serviço. Entrementes, o relatório supracitado aborda algumas questões que merecem reflexão. Afirma-se que os modelos públicos e privados não poderiam ser objeto de comparação, pois não teriam disponível o mesmo conjunto de recursos materiais, econômicos e financeiros, já que o segundo vem merecendo mais atenção e alocação de recursos. Levantam-se questionamentos acerca do desvio proposital desses recursos com o intuito de fazer dos modelos privados ilhas de excelência para autopromoção política. Outro dado apresentado tem relação com a seleção de certo perfil de internos, optando-se ou por enviar aos estabelecimentos privatizados presos com histórico de bom comportamento ou, ao contrário, por enviar presos que não se adaptam à disciplina para unidades públicas. Também não é possível mensurar os custos de cada modelo, pois esses dados são de difícil acesso. Quanto à reincidência, existe o problema da metodologia adotada, que difere em ambos os casos.

Se não é possível fazer uma comparação concreta entre os modelos público e privado, devido aos vários óbices descritos acima, outras variáveis deveriam ser consideradas: a maior agilidade na cobrança de melhorias e a reparação a eventuais danos por violações sofridas. Tem-se em vista, com isso, que o Estado não sofre consequência alguma ao ser penalizado, pois, por se tratar de uma abstração, todo e qualquer dano relativo a pagamento de indenizações é automaticamente repassado ao contribuinte. O ente privado, em contrapartida, é obrigado a prestar um bom serviço, sob a pena de sofrer prejuízos imediatos: primeiramente, pela perda na credibilidade; e, por conseguinte, por multas e pela perda de contratos. Além disso, o ente privado está sujeito à concorrência com outras empresas e a uma pressão maior, principalmente por parte da opinião pública.

¹⁵² PASTORAL CARCERÁRIA. Ob. cit., p. 31 – 32.

A deficiência com a transparência nos gastos públicos e com a relação existente entre os entes públicos e privados é o verdadeiro problema referente às questões éticas, pois, como vimos acima, a privatização das prisões não é uma concorrência pura entre empresas, de modo que, na sua forma mais extensiva, ainda há um controle por parte do Estado, sendo ele o responsável pela contratação e pela fiscalização do ente privado. No Brasil, isso passa a ser um problema, na medida em que impera um forte patrimonialismo e um capitalismo de laços; este último, podemos definir como uma distorção no mercado que faz com que decisões econômicas sejam influenciadas por contatos sociais e por critérios políticos.¹⁵³ Já o primeiro decorre da formação histórica e social brasileira e pode ser resumido nas palavras de Raimundo Faoro: “combinação de estatismo com privatismo, obedecendo este às diretrizes daquele, com as compensações de seu estímulo e proteção¹⁵⁴”.

A simbiose entre o público e o privado que existe por aqui aumenta, consideravelmente, as possibilidades de se concretizar uma das maiores críticas à privatização das prisões: a criação de uma “indústria de controle do crime”¹⁵⁵, fundada na ideia de que a afeição pela busca do lucro teria uma forte influência na tipificação de crimes. A partir da criação de *lobby* para endurecimento das leis ou a partir da lógica de “mais presos, mais lucros”, não haveria interesse na ressocialização e na diminuição da população carcerária por parte da iniciativa privada. Por outro lado, ainda fica a questão da superlotação e do déficit de vagas que o poder público é incapaz de solucionar, seja por omissão, seja por falta de recursos.

A questão dos lucros também é motivo de controvérsia na gestão privada de presídios, sob o argumento de que é imoral auferir ganhos baseados no sofrimento alheio. Por si só, essa alegação não parece convincente, haja vista que existem diversas outras atividades que fazem o mesmo e que não são objetos de reprovação, como salienta Luíz Flávio D’Urso:

Não observamos qualquer imoralidade em existir uma atividade lucrativa que tenha como móvel uma carência, dificuldade, ou até uma desgraça do ser humano, caso contrário seria imoral o médico receber para tratar de um doente, o hospital receber para dar assistência ao enfermo, o Estado receber, pela venda de caixão, para que um

¹⁵³ LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. **Capitalismo de Laços, Os Donos do Poder e Suas Conexões**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011. p. 26.

¹⁵⁴ FAORO, Raimundo. **Os Donos do Poder, Formação do Patronato Político Brasileiro**. 5. Ed. São Paulo. Globo. 2012. Ebook Kindle. posição 13950.

¹⁵⁵ Cf. CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime, A caminho dos GULAGS’s em Estilo Ocidental**. Tradução de Luis Leira. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. 225 p.

corpo sem vida seja sepultado, até um advogado receber para utilizar seu esforço profissional objetivando libertar um preso¹⁵⁶.

Outro ponto que gera discussão e rejeição no aspecto econômico da privatização é o trabalho que deve ser realizado pelo interno. Célia Regina Nilander atribui duas finalidades ao ele no cárcere: a busca pela disciplina dos internos e do ambiente prisional e a regeneração; e a ressocialização¹⁵⁷; esta última é, também, uma imposição legal prevista na Lei de Execuções Penais, conforme expresso no Artigo 28: “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva¹⁵⁸”. Como podemos observar, o labor dentro do cárcere tem finalidades pedagógicas, das quais se destaca, precipuamente, sua função ressocializante.

A maior crítica da privatização fundamenta-se no receio de um desvio no propósito da ressocialização, transformando o trabalho em uma exploração da mão-de-obra carcerária. O empresário teria certas vantagens na contratação (por exemplo, nos custos trabalhistas), pois a própria Lei de Execuções Penais prevê que o preso não está adstrito à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); veja-se seu Artigo 28, §2º: “o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁵⁹”. As diversas vantagens, a princípio, seriam um grande chamariz para que inúmeras empresas se propusessem a utilizar dessa mão de obra; entretanto, a realidade é a contrária. O relatório da Pastoral Carcerária demonstrou que os índices de trabalho dos presos mostraram-se piores do que nas prisões públicas:

Ao compararmos os dados colhidos durante as visitas com dados do Infopen, verifica-se que, no Brasil, aproximadamente 7% dos presos estudam e 20% trabalham. Nas unidades visitadas as porcentagens variam muito, apresentando índices superiores ao do Brasil em relação aos presos que estão estudando, no tocante ao trabalho, as unidades visitadas apresentam índices piores do que os vistos no Brasil¹⁶⁰.

O Relatório aponta possíveis causas para esse fenômeno, como a preocupação com a segurança, com o controle dos presos e com gastos operacionais com equipamentos. Verifica-se, também, uma dificuldade de se encontrar parcerias que ofereçam trabalho aos internos. Comparando com as tentativas históricas de se introduzir um processo produtivo de trabalho

¹⁵⁶ D’URSO, Luiz Flávio Borges. Ob. cit., p. 199.

¹⁵⁷ SOUSA, Célia Regina Nilander de. Ob. cit., p. 185.

¹⁵⁸ BRASIL, Lei n. 7210 de 11 de Setembro de 1984. **Vade Mecum Saraiva**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva. p. 1476.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ PASTORAL CARCERÁRIA. Ob. cit., p. 29 – 30.

no cárcere, é possível identificar problemas similares que inviabilizam a possibilidade de exploração lucrativa, por exemplo, nos EUA, como descreveu Melossi e Pavarini:

As razões do fenômeno devem ser procuradas, de um lado, nas dificuldades crescentes encontradas pelo capital privado para industrializar o processo produtivo penitenciário em forma que ainda pudessem ser competitivas num momento de renovação tecnológica no mundo da produção livre; de outro no crescente peso das organizações sindicais na vida política e econômica dos Estados Unidos¹⁶¹.

A segunda causa descrita por Melossi e Pavarini não se verificou, porque o número de prisões privatizadas é irrisório e não poderia impactar de modo efetivo no mercado de trabalho brasileiro. Certamente, tal fenômeno teria grande chance de ocorrer se esse segmento do mercado viesse a crescer. Portanto, apesar de serem fundamentados os temores quanto ao desvio de finalidade do trabalho carcerário, devido a brechas na lei, podemos dizer que a própria imposição da realidade oferece impedimentos que tornam a exploração da mão de obra carcerária inviável: dentre eles, a impossibilidade de auferir lucros pelo alto custo da industrialização do cárcere. Nota-se, historicamente, que há uma maior exploração da mão-de-obra no cárcere quando há um déficit muito grande de trabalhadores, como ocorreu no fim da Idade Média, com o surgimento do cárcere moderno, e no século XIX, nos Estados Unidos, com o auge do liberalismo econômico. Não é, obviamente, o que acontece atualmente no mercado de trabalho brasileiro, em que há um índice elevado de desemprego. As empresas que exploram o mercado das prisões privatizadas têm optado por outras formas de auferir ganhos, possivelmente com a negociação do contrato com o ente público e, posteriormente, com o poder de negociação com os fornecedores de insumos necessários para o funcionamento da prisão.

¹⁶¹MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Ob. cit., p. 207.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou analisar a privatização do sistema prisional brasileiro, alternativa que vem sendo implementada em alguns estados brasileiros com o objetivo de dar fim ao problema carcerário. O estudo possibilitou investigar a compatibilidade dessa medida com o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quanto aos aspectos constitucionais; também se pôde fazer uma reflexão quanto às questões éticas que cercam o assunto.

Como ficou demonstrado, as prisões brasileiras encontram-se em situação deplorável: superlotadas; estruturalmente sucateadas; controladas pelo crime organizado; e em um estado permanente de violação tanto de direitos humanos quanto de outros direitos fundamentais consagrados na Constituição. O Estado, diante da própria incapacidade de solucionar o colapso no sistema penitenciário, passa a delegar à iniciativa privada suas atribuições, a fim de sanar o déficit de vagas no sistema prisional e de economizar dinheiro dos cofres públicos.

Algumas conclusões foram possíveis ao final do estudo. Quanto à questão central da quebra de monopólio do uso da força pelo Estado, demonstrou-se que, dentre os vários modelos de privatização, a terceirização e o modelo francês de gestão compartilhada são plenamente compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no campo constitucional, uma vez que reagem à iniciativa privada somente o fornecimento dos meios materiais. Parte da doutrina entende que a delegação de atos preparatórios ao Poder de Polícia não viola os mandamentos constitucionais.

No que concerne às questões éticas, quanto a um possível temor de surgimento da indústria do crime criado pelo *lobby* das empresas, é preciso levar em consideração as peculiaridades históricas brasileiras, que sempre foram pautadas em um forte patrimonialismo e no capitalismo de laços. Isso poderia vir a desvirtuar as funções da pena, mas não seria um fator determinante para descartar a proposta, pelo fato de a experiência ter demonstrado que existem algumas vantagens na administração da iniciativa privada, principalmente no que tange às formas mais rápidas de reparação e de cobrança de melhoria. Quanto ao trabalho do interno, que, no cárcere, tem caráter pedagógico, quanto a seu possível desvirtuamento, não houve confirmação, como demonstrado nos relatórios pesquisados.

O estudo também revelou que existe um obstáculo que não permite uma comparação mais precisa entre o modelo público e o privado, em termos de economia: a falta de transparência nos gastos públicos e na relação entre o ente público e o privado. O que pode ser visto, nesses termos, é o fato de que as prisões que funcionam com gestão compartilhada apresentam enorme vantagem, se comparadas às prisões públicas, mas, como bem alerta o relatório das prisões privatizadas, essa avaliação não pode ser conclusiva, pois a utilização de um número ínfimo de prisões modelo de excelência pode caracterizar um meio de propaganda política.

Por fim, este trabalho procurou levar ao meio acadêmico um desenho da conjuntura atual das prisões brasileiras. Ao nos depararmos com um quadro de calamidade aguda, estudar uma alternativa radical que se apresente como possível solução para o problema carcerário é lançar luz em uma instituição esquecida e repleta de estigmas como a prisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. Título Original: *Incipit Commedia. Dantis Alogherii Florentini Natione, Non Moribus*. Jundiaí, SP: Martin Claret. 2002.

AMARAL, Cláudio do Prado. **A História da Pena de Prisão**. 1. Ed - Ebook. Jundiaí, SP: Paco Editorial. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos. As Parcerias Público-Privadas - PPP's no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador - BA. Maio/Junho/Julho. 200. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/alexandre-aragao/as-parcerias-publico-privadas-ppps-no-direito-positivo-brasileiro>> Acesso em: 22 mai. 2017.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Prisões privadas. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p.161-167, jul./set. 1992.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Eletrônica. Edição Ridendo Castigat de Moraes. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> Acesso em 05 set. 2016. 18:40:38.

BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. Organização de Tomaz Tadeu, traduções de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. 2. Ed. Belo Horizonte: Autêntica. 2008.

BÍBLIA. A. T. Gênesis. In Bíblia. Português. **Sagrada Bíblia**. Antigo e Novo Testamento. Tradução João Ferreira de Almeida. São Paulo.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. Ed. São Paulo. Saraiva: 2011

_____. **Tratado de Direito de Penal: parte geral, 1**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional 308/04**. Deputado Federal Neuton Lima et al. Brasília. 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=236004&filename=PEC+308/2004> Acesso em 15 mar. 2017. 15:40:22.

_____. Conselho Nacional de Política Penitenciária. Resolução n. 03 de 23 de setembro de 2005. **Diretrizes Básicas para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais**. Brasília. 2005. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-03-de-23-de-setembro-de-2005.pdf/view>> Acesso em: 08 mai. 2017.

_____. Conselho Nacional De Justiça (CNJ). **Audiência de Custódia**. p. 15. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes>> Acesso em 05 de mar 2017.

_____. Constituição (1988). **Vade Mecum Saraiva**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva.

_____. Decreto nº 678 de 6 nov. 1992. **Vade Mecum Saraiva**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

_____, Lei nº 5.645 de 10 de Novembro de 1970. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília. 1970. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm> Acesso em 24 Abr. 2017.

_____> Lei nº 13.429 de 31 de Março de 2017. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm> Acesso em 03 mai. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Resolução n. 14 de 11 de novembro de 1994. **Regras Mínimas Para o Tratamento do Recluso**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/resolucao-no-14-de-11-de-novembro-de-1994.pdf/view>> Acesso em 27 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. “Incompatibilidade, com o disposto no art. 144 da Constituição Federal, da norma do art. 180 da Carta Estadual do Rio de Janeiro, na parte em que inclui no conceito de segurança pública a vigilância dos estabelecimentos penais e, entre os órgãos encarregados dessa atividade, a ali denominada "Polícia Penitenciária". Ação direta julgada procedente, por maioria de votos”.

ADI 236/ Rio de Janeiro – RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Octavio Gallotti. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília. 07 mai. 1992.

Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28VIGIL%C2NCIA+INTRAMUROS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb3kd5cv>> Acesso em: 27 mai. 2017.

CARTA. Carnificina em Presídios Deixa mais de 130 Mortos este Ano. **Carta Capital**. São Paulo. 16 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano>> Acesso em 04 mar. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas. 2014.

CARVALHO, Salo de. Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal. **Boletim IBCCRIM nº 193 Dezembro/ 2008**.

Disponível em: <<http://antiblogdecriminologia.blogspot.com.br/2012/09/em-defesa-da-lei-de-responsabilidade.html>> Acesso em 15 de Fev. 2017.

CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime, A caminho dos GULAGS's em Estilo Ocidental**. Tradução de Luis Leira. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

CNJ. Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil.

Conselho Nacional de Justiça. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília. 10 Nov. de 2016.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>> Acesso em 08 de Fev. 2017.

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. **Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara. 2009. Disponível em:
<<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>> Acesso em 16 set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Relatório Nacional da Execução da Meta 2 : um diagnóstico da investigação**. Brasília: 2012. p. 22. Disponível em:
<<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/1405-meta-2?highlight=WyJyZWxhdFxlMDBmM3JpbyIsImVuYXNwIl0=>>> Acesso em 07 de Fev. 2017.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do Sistema Prisional Brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2014.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanela. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público**. São Paulo: Atlas. 2005.

_____. **Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas. 2014.

D'URSO, Luíz Flávio Borges. **A privatização dos presídios (Terceirização)**. 1996. 247 p. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder, Formação do Patronato Político Brasileiro**. 5. Ed. São Paulo. Globo. 2012. Ebook Kindle.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir, Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. 27. Ed. Petrópolis: Vozes. 1987.

GRUPO DE ESTUDOS CARCERÁRIOS APLICADOS – GECAP/USP. **Pesquisa do custo do recluso do país e da transparência da UF's**. São Paulo.2016. Disponível em:
<<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/522-pesquisa-do-custo-do-recluso-do-pais-e-da-transparencia-da-uf-s>>
Acesso em 05 mar. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência 2016 – Nota Técnica**. Brasília. Março/2016. Disponível em:
<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27406>
Acesso em 07 de Fev. 2017.

_____. **Reincidência Criminal no Brasil**. Rio de Janeiro. 2015. Disponível em:
<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>
Acesso em 07 de Fev. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). **Caderno de Propostas Legislativas -16 propostas contra o encarceramento em massa**. São Paulo. 2017. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017/>> Acesso em: 10 mar. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Estudo sobre os Dias Trabalhados para Pagar Impostos**. São Paulo. Mai. 2016. Disponível

em:<<https://ibpt.com.br/noticia/2465/Brasileiro-trabalha-ate-1o-de-junho-so-para-pagar-impostos>> Acesso em: 15 Abr. 2017.

_____. **Cálculo do IRBES (índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade) – Estudo Sobre a Carga Tributária PIB X IDH.** São Paulo. Jun. 2015. Disponível em:<<https://ibpt.com.br/noticia/2171/Pelo-5o-ano-seguido-Brasil-arrecada-muito-mas-nao-da-retorno>> Acesso em: 15 Abr. 2017.

LYRA, Roberto. **Penitência de um Penitenciário.** 1. Ed. Belo Horizonte: Lider. 2013.

LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. **Capitalismo de Laços, Os Donos do Poder e Suas Conexões.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011.

KAHN, Tulio. **Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.** Ebook Kindle. Brasil: 2014. Conjuntura.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. Ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica – As Origens do Sistema Penitenciário (Século XVI – XIX).**2. Ed. Rio de Janeiro: 2006. Revan.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade, Gestão da Violência no Capitalismo Global.** São Paulo: Max Limonad. 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, Parte Geral, Art. 1º a 120 do CP, Vol. 1.** 17. Ed. São Paulo: Atlas. 2001.

MISES, Ludwig von. **As Seis Lições.** 7. Ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises. 2009.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal, Vol. 1: Introdução e Parte Geral.** 38. Ed. São Paulo. Saraiva: 2004.

NUNES, Maia Clarissa et al;. **História das Prisões no Brasil, Vol. 2.** Rio de Janeiro: Rocco Digital. 2012. Ebook Kindle.

ORWELL, George. **1984.** São Paulo: Companhia das Letras. 2009.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

PASTORAL CARCERÁRIA. **Prisões Privatizadas no Brasil em Debate 2014.**Coordenação de obra coletiva: José de Jesus Filho e Amanda Hildebrand Oi. São Paulo. ASAAC.2014. 105 p. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/categoria/publicacoes/page/2>>. Acesso em 05 set. 2016. 18:40:38.

PORTAL CORREIO POPULAR. **Prisão de Florence é considerada o inferno na terra.** 2015. Disponível em: <http://correio.rac.com.br/_conteudo/2015/08/capa/mundo/328623-prisao-de-florence-e-considerada-o-inferno-na-terra.html> Acesso em 25 set. 2016. 10:07:44.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Criminologia.** Campo Grande: Portal Educação. 2012.

PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. Ed. São Paulo: Atlas. 2008.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. **Manual de Terceirização**. São Paulo: STS. 1998.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi n° 87-432 du 22 juin 1987. **Relative au service public pénitentia**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000874714>> Acesso em 22 Abr. 2017.

RIO DE JANEIRO. Constituição Estadual. Rio de Janeiro. 1989. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>> Acesso em 25 mai. 2017.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan. 2004.

SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo: 1822 – 1840**. 2. Ed. São Paulo: Annablume. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

SILVA, José Adaumir Arruda. **A Privatização dos Presídios: Uma Ressocialização perversa, Incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan. 2016.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Ed. Condensada, Tradução: Norberto de Paula Lima. 1. Ed. São Paulo: Folha de S. Paulo. 2010.

SOUSA, Célia Regina Nilander de. **A Privatização do Sistema Prisional**. 1. Ed. Curitiba: Prismas. 2014.

WEBER, Max. **Ciência e Política Duas Vocações**. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. Ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

9º Termo Aditivo firmado em 10 de Novembro de 2016. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/contrato-penal/page/99?view=Page>> Acesso em 22 mai. 2017