

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PRIVATIZAÇÃO DAS UNIDADES PRISIONAIS FRENTE A REALIDADE DO
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO
IRINEU DE ALMEIDA JÚNIOR**

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**PRIVATIZAÇÃO DAS UNIDADES PRISIONAIS FRENTE A REALIDADE DO
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**
IRINEU DE ALMEIDA JÚNIOR

Monografia apresentada como requisito parcial da conclusão da disciplina Monografia II, do curso de Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos

Presidente Prudente/SP

2017

**PRIVATIZAÇÃO DAS UNIDADES PRISIONAIS FRENTE A REALIDADE DO
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos
Orientador

Marcus Vinicius Feltrin Aquotti
Examinador

Carla Roberta Ferreira Destro
Examinadora

Presidente Prudente, _____

Sou eu que estou mandando que você seja firme e corajoso. Portanto, não tenha medo e não se acovarde, porque Javé seu Deus está com você aonde quer que você vá – Josué, 1, 9.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, pela força e coragem durante toda esta longa caminhada, pelas noites em que ia dormir tarde e precisava de força para o dia seguinte sempre atendeu com seu grande amor.

À minha família, por possibilitar que eu cresça profissionalmente, acima de tudo, por fazer com que eu entenda o significado da palavra amor e respeito.

Aos meus mestres e colegas de turma que são de extrema importância nessa fase acadêmica. Por eles, sentirei saudades desses dias.

Ao meu orientador Prof. Jurandir José dos Santos, com quem tenho estima de poder estagiar, sempre orientando sem medir esforços para a conclusão deste trabalho, bem como ao Prof. Marcus Vinicius Feltrin Aquotti que orientou e direcionou o início deste trabalho e a Prof.^a Carla Roberta Ferreira Destro que não mediu esforços para solucionar as dúvidas restantes do trabalho.

Aos professores de Direito que me honraram com sua presença compondo a banca de avaliação deste trabalho.

A essa instituição de ensino que me abriu as portas do universo do conhecimento, desde seus diretores aos colaboradores funcionários que, com sua simplicidade e gentileza, propiciaram o espaço saudável para obtenção do saber.

RESUMO

O presente trabalho analisa a privatização do sistema prisional brasileiro, que surge como uma alternativa frente incapacidade na gestão penitenciária por parte do Estado. Para tanto realizou primeiramente uma análise histórica acerca do direito de punir, onde constatou que a pena de prisão até meados do século XVI era unicamente concebida como custódia, encontrando algumas experiências tímidas de prisão pena na Inglaterra nas chamadas *houses of correction* (casas de correção), contudo a sua difusão apenas ocorreu após a revolução francesa principalmente pelos ideais construídos por Beccaria, Howard e Bentham. Desta forma, com a difusão da ideia da prisão pena começou surgir inúmeros sistema prisionais, contudo, apenas três se destacaram no decorrer da história, sendo o sistema pensilvânico, auburniano e progressivo. O Brasil adotou no Código Penal de 1890 conforme análise sistemática o sistema progressivo, modelo que segue sendo adotado pelo atual Código Penal e pela Lei de Execução Penal com certas evoluções quando aquele adotado no Código Republicano, verifica, contudo, que desde a sua primeira previsão no ordenamento pátrio não conseguiu coloca-lo em plena efetividade, em decorrência da de vários fatores. Verifica que as unidades prisionais administradas pelo Estado se encontram superlotadas e com grave violações diárias dos direitos humanos, inclusive foi reconhecido pelo STF no ano de 2015 o estado de coisa inconstitucional, corroborando neste sentido os dados do DEPEN/2014 que consta que taxa de ocupação nos presídios brasileiro é de 167%. É neste conteste que surge a ideia de privatizar o sistema prisional, como uma forma de solução, perante deficiência na gestão prisional dos estabelecimentos prisionais. A privatização do sistema prisional pode ser total ou mista conforme doutrina, a última forma entende plenamente possível, uma vez em que esta forma não constitui delegação da jurisdição, cabendo o Estado nomear o diretor geral, bem com os demais diretores e ficará responsável pela segurança externa, enquanto a empresa ficaria responsável pelo projeto de construção e operação do estabelecimento prisional prestando os serviços de hotelarias, ou apenas responsável pela gestão prisional. Por fim, propõe a privatização parcial do sistema prisional brasileiro, onde as prisões de responsabilidade total do Estado ficariam responsáveis pelos crimes hediondos e os delitos que verificados constituem como renda do crime organizado, as demais infrações penais residualmente serão executadas em unidades prisionais privadas. Isto posto, propiciará ao executado a observância de seus direitos, logo, reflexivamente reduzindo o número de reincidentes e beneficiando a toda sociedade.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário. Direitos Humanos. Falência prisional. Privatização. Terceirização. Parcerias público-privadas.

ABSTRACT

This paper analyzes the privatization of the Brazilian prison system, which emerges as an alternative to the State's incapacity in prison management. For this he first made a historical analysis about the right to punish, where he found that the prison sentence up to the mid-sixteenth century was solely conceived as custody, finding some timid prison experiences in England in so-called houses of correction, However its diffusion only occurred after the French revolution mainly by the ideals constructed by Beccaria, Howard and Bentham. In this way, with the diffusion of the idea of prison sentence began to appear numerous prison systems, however, only three stood out throughout history, being the pennilanic system, auburniano and progressive. Brazil adopted in the Criminal Code of 1890, according to a systematic analysis, the progressive system, a model that continues to be adopted by the current Penal Code and by the Criminal Enforcement Law with certain evolutions when adopted in the Republican Code, but notes that since its first forecast in the I was not able to put it in full effect because of several factors. It verified that the state-administered prison units are overcrowded and with serious violations of human rights on a daily basis, and the status of unconstitutional status was recognized by the STF in 2015, corroborating the DEPEN / 2014 Occupation in the Brazilian prisons is 167%. It is in this contest that the idea of privatizing the prison system, as a form of solution, arises from a deficiency in the prison management of prisons. The privatization of the prison system may be total or mixed according to doctrine, the latter form understands fully possible, since this form does not constitute delegation of jurisdiction, it being the responsibility of the State to appoint the director general, as well as the other directors and be responsible for security External, while the company would be responsible for the project of construction and operation of the prison establishment providing hotel services, or only responsible for prison management. Finally, it proposes the partial privatization of the Brazilian prison system, where prisons with total responsibility of the State would be responsible for the heinous crimes and the crimes that verified constitute income of organized crime, the remaining criminal offenses will be executed in private prisons. This, it will allow the executed to the observance of their rights, thus, reflectively reducing the number of recidivists and benefiting the whole society.

Keywords: Penitentiary system. Human rights. Bankruptcy. Privatization. Outsourcing. Public-Private Partnerships.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A EVOLUÇÃO DO <i>IUS PUNIENDI</i>	12
2.1 Direito de Punir na Antiguidade	12
2.1.1 Grécia.....	14
2.1.2 Direito romano	15
2.1.3 Direito germânico	16
2.2 Período da Idade Média	17
2.3 Período da Idade Moderna.....	19
2.4 Reformadores do Direito de Punir	22
2.4.1 Cesare Beccaria.....	23
2.4.2 John Howard	23
2.4.3 Jeremy Bentham	24
3 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS.....	26
3.1 Sistema Pensilvânico	26
3.2 Sistema Auburniano	28
3.3 Sistema Progressivo	30
4 CÁRCERE NO BRASIL.....	34
4.1 Histórico do Sistema Prisional Brasileiro	34
4.1.1 Período Colonial.....	34
4.1.2 Período Imperial	37
4.1.3 República	40
4.2 Apontamentos Acerca da Finalidade da Pena	47
4.3 Espécies de Penas no Sistema Penal Atual.....	51
4.4 Regime Penitenciário	52
4.5 Estabelecimentos Prisionais.....	53
5 REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	55
5.1 As Sete Máximas Universais da Boa Condição Penitenciária.....	55
5.2 Causas Geradoras da Crise das Prisões	58
5.2.1 Contrassenso legal e problemas correlatos	59
5.3 Proposta de Reforma	62
6 PRIVATIZAÇÃO DAS UNIDADES PRISIONAIS.....	65
6.1 Conceito de Privatização.....	65
6.1.1 O modelo de privatização no direito comparado	67
6.1.2 Protótipos do modelo privatizador nas unidades prisionais brasileiras	70
6.2 Embasamento Legal do Modelo de Gestão Prisional.....	73
6.3 Embates Acerca da Privatização Carcerária	76
6.3.1 Argumentos opostos à privatização	77
6.3.2 Argumentos favoráveis à privatização.....	78

7 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	824

1 INTRODUÇÃO

Frente a atual situação do sistema prisional considerado por muitos juristas como falido, levantou-se no último século inúmeras medidas para que as unidades prisionais atingissem sua dupla finalidade, retributiva e preventiva.

Assim, buscou no presente trabalho a gênese dos problemas carcerário através de uma análise histórica do processo evolutivo do direito de punir, tendo relevância para compreender como era o objeto analisado e como este se comporta hodiernamente, servindo para que não chegasse a conclusões errôneas que já foram tentadas no passado e não surtiram efeitos.

Por conseguinte, enfocou na análise dos principais sistemas penitenciários, dentre estes o sistema pensilvânico, auburniano e progressivo, sendo adotado na ordem jurídica interna vigente o sistema progressivo dividido em três regimes, fechado, semiaberto e aberto.

Verificou que o cárcere no Brasil encontra em situação de flagrante violação dos direitos humanos, chegando o STF no ano de 2015 reconhecer o estado de coisa inconstitucional, vislumbrando como uma das principais causas geradoras a superlotação das unidades prisionais que segundo dados do DEPEN/2014 têm taxa de ocupação de 167%.

Desse modo, frente o evidente descaso das unidades prisionais por parte do Estado brasileiro é que desde a década de 1990 vem sendo discutido na doutrina pátria a implementação do sistema prisional privado, que consiste na transferência por parte do Estado de funções do setor público para o setor privado com fins lucrativos, podendo ocorrer de duas maneira total ou mista, na última forma por meio da terceirização ou parcerias público-privadas, encontrando alguns projetos pilotos no território nacional, contudo, existe grande embate jurídico acerca da constitucionalidade deste modelo de gestão prisional, o que impede a sua difusão.

Os métodos de pesquisa utilizados no presente trabalho, foram o método indutivo, dedutivo, análise e revisão de referencial bibliográfico teórico e dados estatísticos.

O presente trabalho foi dividido em três partes. A primeira parte foi composta por três capítulos que abordaram a evolução do direito de punir, os tipos de sistemas penitenciários e apontamentos históricos acerca do cárcere no Brasil. Na segunda parte realizou o levantamento de dados acerca da realidade carcerária

dos presídios brasileiros, bem como as propostas de mudanças. No terceiro e último tomo analisou o objeto principal do trabalho a privatização do sistema prisional brasileiro, onde constatou a existência de grande embate teórico da doutrina em relação ao tema.

2 A EVOLUÇÃO DO *IUS PUNIENDI*

Saber a origem da pena, da primeira sanção aplicada, o ponto inicial do processo evolutivo é quase que impossível, pois não ocorreu um avanço linear do direito de punir, foi um avanço sinuoso como uma montanha russa constituídas de avanços e retrocessos o que dificulta estabelecer um marco inicial da evolução histórica do *ius puniendi*.

Conforme alguns doutrinadores cristãos ao exemplo de Rogério Greco (2013, p. 472) diz que “a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva, além de comer o fruto proibido, fez também com que Adão comesse”, em razão desta conduta Deus aplicou várias sanções e dentre elas a expulsão do jardim do Éden, a qual pode ser considerada como a primeira sanção aplicada à humanidade.

Por conseguinte, buscando estabelecer uma divisão histórica a doutrina conforme Bitencourt (2011) não entrou em um consenso acerca da evolução do *ius puniendi*, existindo diversas divisões. Alguns doutrinadores dividem em estágio ou momentos históricos, por sua vez, entende-se melhor a divisão feita por Garrido Guzman *apud* Bitencourt (2011, p. 27) o qual utiliza-se das “idades tradicionais da história universal – Idade Antiga, Idade Média e Idade Moderna -, acrescentando, ao final, os reformadores (Beccaria, Howard e Bentham)”. Tal divisão facilita a visualização da evolução do direito de punir de uma forma mais sistematizada, sendo mais ou menos, intrinsecamente ligada a divisão clássica realiza pelos historiadores para o estudo da humanidade.

2.1 Direito de Punir na Antiguidade

No primórdio da humanidade com o surgimento dos primeiros grupos sociais, conforme observa Beccaria (2013, p.22):

O ser humano, cansado de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigado de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança.

Desta forma, fez por necessário estabelecer certas regras para o convívio pacífico, através da imposição de penas para aqueles que a violassem, tendo em vista reestabelecer novamente a ordem, a paz.

Neste período pode-se dividir em quatro principais formas de aplicação do direito de punir, sendo a primeira fase da vingança privada, em um segundo momento a proporcionalidade trazida pela Lei de Talião, posteriormente surge à fase da composição e em um último e quarto momento ocorre o surgimento do Estado, o qual chama a responsabilidade para si, não apenas de solucionar a lida, mas agora como executor da pena imposta.

A primeira forma de aplicação do direito de punir, denominada de vingança privada, constituía a vingança feita com as próprias mãos, ou seja, caso alguém violasse um direito surgia em contra partida um direito por parte do ofendido ou do grupo em que vivia de aplicar uma sanção, as quais conforme observa Ney Moura Teles (2004, p. 55) “não guardavam a devida proporção com o delito que visavam responde”, chegando alguns doutrinadores a chamar de vingança de sangue. A pena era imposta “não somente por aquele que havia sofrido o dano, como também por seus parentes ou mesmo pelo grupo social em que se encontrava inserido” (GRECO, 2016, p. 84). Uma das sanções deste período como bem observa René A. Dotti (1998, p. 31) era à perda da paz que se “caracterizada pela expulsão do clã e a impossibilidade de sobrevivência diante das forças hostis da natureza, da agressão dos animais ou da dificuldade na colheita de alimentos”. Conforme a sociedade primitiva foi evoluindo, foram surgindo diversas crenças religiosas, deste modo à aplicação da pena passou a ter natureza divina, onde na maioria das vezes os sacerdotes eram magistrados, aplicadores das leis divinas as quais não guardavam certa proporcionalidade entre os meios e os fins.

Neste primeiro período observa-se que a imposição da pena tinha uma função reparatória, entretanto esta não guarda uma proporcionalidade na sua aplicação. As penas eram muitas vezes transcendentais, sendo esta uma das principais razões em que se buscou estabelecer certa ponderação.

Surge em um momento posterior uma segunda forma de aplicação da pena respeitando a proporcionalidade ainda que de forma incipiente, ao qual remete as Leis de Talião que aplicava as penas conforme a máxima “olho por olho, dente por dente”, a qual segundo Rogério Greco (2016) traduzia um conceito de justiça

ligado a vingança privada, nas lições de Maria José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella a (2008, p. 116):

Duração milênios o castigo dos atos criminais se levava a cabo mediante a vingança privada. A intervenção da coletividade se dava somente para aplacar a cólera de um deus que se supunha ofendido. Se produzia uma identificação delito-pecado, ideia que informará durante anos de forma decisiva toda a fisionomia penal. Nesta evolução o talião supôs um tímido intento a fim de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente.

Por conseguinte, em um terceiro momento, em uma evolução da aplicação da Lei de Talião observa-se um surgimento do sistema composicional, que consiste em uma reparação a vítima ou a família da vítima por parte do ofensor, conforme leis estabelecidas ou regras consuetudinárias. Conforme exemplo de Cleber Masson (2014, p. 57) dispunha a norma das Leis Mosaicas: “Se um homem furtar um boi ou um carneiro, e o matar ou vender, pagará cinco bois pelo boi e quatro carneiros pelo carneiro”. Então pode-se dizer que a vingança privada encontrou uma limitação na Lei de Talião e na composição.

Em um quarto momento na antiguidade, o Estado chama para si o *ius puniendi*, sendo assim, a partir deste momento o Estado além de julgar as lides passa a aplicar as sanções, ou seja, começa a exercitar o poder jurisdicional, que é a possibilidade de um Estado dizer o direito aplicado ao caso concreto e de executar a pena imposta através de uma sanção.

Todavia, neste período observa-se que as sanções eram predominantes corpóreas, sendo a prisão compreendida em regra como um depósito onde ficavam aquelas pessoas detidas a espera da execução da pena principal, podendo encontrar vestígios deste modelo conforme Bitencourt (2011) nas civilizações mais antigas ao exemplo do Egito, Pérsia, Babilônia e Grécia. Passa-se a análise de algumas civilizações antigas.

2.1.1 Grécia

Na Grécia antiga, entre os gregos, existia uma distinção entre os crimes públicos e os delitos privados, sendo que na segunda distinção a responsabilidade era individual, conforme aponta alguns doutrinadores pode-se dizer que este é o marco inicial da construção do princípio da intranscendência da pena, o

qual é um dos princípios atinentes ao Direito Penal. Nas palavras de Platão *apud* Bitencourt (2011, p. 29):

Propunha, no livro nono de As Leis, o estabelecimento de três tipos de prisão: uma na praça do mercado, que servia de custódia; outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de *correção*, e uma terceira destinada ao suplício, que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade.

Platão fazia uma divisão da privação da liberdade como pena e como custódia, para sua época pode considerar uma visão futurista principalmente no tocante a concepção da prisão pena que busca a *correção*, por sua vez, apenas a prisão custódia que fora amplamente utilizada da Idade Antiga.

Foi instituída na Grécia a prisão do devedor, que seria hodiernamente a prisão do depositário infiel, sendo em um primeiro momento o devedor fica a disposição do credor, como seu escravo, em um segundo momento que era praticada de forma privada foi praticada de forma pública, como uma medida coercitiva para que este quitasse a dívida.

2.1.2 Direito romano

Os romanos conforme Carrara *apud* Bitencourt (2011) foram “gigante no Direito Civil e pigmeus no Direito Penal”. No dizeres de Ney Moura Teles (2004, p. 56):

Em Roma, desde a formação, o crime e a pena, predominantemente, têm um caráter público, pois que se entendia o crime como atentado à ordem estabelecida, e a pena era a resposta estatal, existente, também, as penas privadas primitivas, executadas pelo *pater famílias*, que aplicava o talião e a composição.

As prisões apenas tinham a função de depósito, de custódia, onde os prisioneiros aguardavam a execução de suas penas, as quais eram aflitivas. Em Roma no período da república foram diminuídos os crimes privados, ou seja, a vingança privada foi diminuindo, sendo que o Estado assumiu um papel jurisdicional, buscando diminuir os crimes cominados com pena de morte, deixando apenas a alguns crimes.

Ataliba Nogueira (1938, p. 19-20), ao analisar o Direito Penal Romano, doutrina:

Nas suas várias épocas, as seguintes penas: morte simples (pela mão do lictor para o cidadão romano e pela carrasco para o escravo), mutilações, esquartejamento, enterramento (para os Vestais), suplícios combinados com jogos do circo, com os trabalhos forçados: *ad molem*, *ad metallum*, nas minas, nas *lataniae*, *lurnae*, *lapicidinae* (imensas e profundas pedreiras, destinadas principalmente aos prisioneiros de guerra). Havia também a perda do direito de cidade, a infâmia, o exílio (a *interdictio aqua et igni* tornava impossível a vida do condenado). Os cidadãos de classes inferiores e, em particular, os escravos, eram submetidos à tortura e a toda a sorte de castigos corporais.

Também como na Grécia em Roma ocorria à prisão por dívida. Dentro das principais características do Direito Penal romano destacada por Prado (2014, p. 77-75) as quais podem ser encontradas até nos dias atuais, no Direito Penal contemporâneo evidencia-se “a afirmação do caráter público e social do Direito Penal; o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de seus excludentes; o elemento subjetivo claramente diferenciado”, e também considerações acerca do concurso de agentes.

Por mais que alguns doutrinadores como Carrara, dizem que o direito romano não teve grande influência no Direito Penal moderno, pode-se dizer que tal premissa não é completamente correta frente às características trazidas por Luiz Regis Prado acerca do Direito Penal romano. Constata-se que o direito romano contribuiu para o Direito Penal, porém não com a mesma maestria a qual contribuiu para o Direito Civil.

2.1.3 Direito germânico

Era um direito basicamente consuetudinário, porém já existia também uma distinção entre direito público e privado, no primeiro ocorria à perda da paz pública, desta maneira qualquer pessoa poderia matar quem a tivesse perdido, o segundo ocorria através da aplicação da pena de vingança ou da composição.

Nos dizeres de Luiz Regis Prado (2014, p. 80):

Caracterizou-se por um sistema de composição peculiar e cabalmente delineado, que se converteu na base de todo o seu ordenamento punitivo. A composição judicial distinguia três espécies principais: a) *Wergeld* – composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de

reparação pecuniária; b) Busse – soma (preço) que o delinquente pagava à vítima ou à sua família, pela compra do direito de vingança; e c) Friedgeld ou Fredus – pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz.

Uma das características do direito germânico era também a sua objetividade, ou seja, não analisava o elemento subjetivo do agente. Não tinha a diferença se o fato foi produzido mediante dolo ou culpa, bastava que a conduta atentasse contra uma norma estabelecida para estar configurada a infração. No direito germânico não havia as prisões penais, pois as penas eram geralmente capitais e corpóreas.

Na Roma e na Grécia, grandes gigantes na idade antiga, não conheceram a pena privativa de liberdade como prisão pena, apenas como prisão custódia, que conforme alguns doutrinadores serviam de depósito onde ficavam aglomerados os presos esperando a execução de sua pena, as quais eram aflitivas sempre caracterizadas pelo suplício ou pena capital. Com a queda do Império romano, e a invasão da Europa pelos povos bárbaros, segundo historiadores mais precisamente no ano de 476, inicia-se outro período da história humana o da Idade Média.

2.2 Período da Idade Média

A Idade Média, conhecida também como o período medieval ou conforme alguns historiadores como idade das trevas. Ressalva-se que o último termo empregado não constitui o melhor, pois havia um entendimento dentre os historiadores que não ocorreu nenhuma evolução quanto ao período antecedente, decorrente a supressão de pensamentos imposta pela religião. Mas tal assertiva não é no todo correta, pois pode constatar a existência de evoluções que ocorreram neste período, tanto na história humana quanto na política punitiva.

Foi um período onde ocorreu grande influência da Igreja, que na época era basicamente o catolicismo que se colocou como a principal religião, sendo considerada de caráter universal. Neste período de acordo com Teles (2004) ocorreu a junção do direito romano, germânico e canônico.

Os sancionados ficavam submetidos aos governantes, que analisava o delinquente conforme o grupo social em que pertencia, podendo ser as penas

impostas substituídas por prestação em metais ou espécies, isso nos crimes considerados mais brando, apenas em último caso nos crimes mais graves seria submetido à prisão para execução da pena principal. É neste período que surgem as prisões do Estado e as prisões eclesiásticas, conforme Bitencourt (2011).

A prisão do Estado era reservada a aqueles que atentassem contra o poder do soberano do rei através da traição ou reservado aos adversários políticos. Havia duas modalidades, a prisão custódia onde ficavam os réus esperando a execução da sua pena principal (mutilação, atenuamento, patíbulo, morte, entre outras) e a prisão com detenção temporal ou perpétua, podendo receber o perdão em certos casos.

A prisão eclesiástica era destinada aos sacerdotes ou religiosos – aqui entendido como exemplos os freis – que infringiam as normas eclesiásticas, tinha como fundamento a caridade, redenção e fraternidade. As punições ocorriam através da imposição de penitências¹ e orações, para que se arrependesse da conduta praticada. Este modelo de prisão foi um grande avanço na evolução história do direito de punir que teve sua humanização, por sua vez, não se compara com as prisões de atualmente.

Porém esta era uma exceção à regra, pois apenas seriam presas em prisões do Estado ou eclesiásticas aquelas pessoas que gozassem de certas prerrogativas ao exemplo dos nobres, sendo assim, para a maioria das pessoas as penas eram corpórea ou de morte, ficando submetidas à custódia em “lugares fétidos, em masmorras, sem alimentação adequada, privados, muitas vezes, do sol e do próprio ar”, (GRECO, 2016, p. 100).

Vigorava neste período também o direito das ordálias, que constituía um modelo de obtenção de prova, onde o acusado era torturado para que confessasse a prática da infração, caso resistisse ou não sofresse algum dano era prova de que Deus não o abandonou e como consequência era considerado inocente, tal modelo de obtenção de prova gerava inúmeros erros judiciais, onde inocentes eram considerados culpados.

¹ A palavra penitenciária tem origem etimológica na palavra penitência, a qual significa que através de sua imposição ocorrerá o arrependimento dos pecados, sendo assim, penitenciária é o local onde ocorre o arrependimento da conduta praticada.

Com a invasão de Constantinopla pelos turcos otomanos no ano de 1453, ocorre o término deste período e iniciou outro denominado de Idade Moderna conforme historiadores, o qual teve uma grande mudança quanto à política criminal.

2.3 Período da Idade Moderna

Este período teve como um dos grandes problemas que aconteceu em toda a Europa, que foi o grande aumento da criminalidade principalmente no final do século XVI até meado do século XVII. Os criminosos agora não eram apenas os hereges, mas sim os grandes números de mendigos e vagabundos que furtavam e roubavam. É neste contexto que surge um movimento para criação de unidades prisionais que buscassem corrigir aqueles delinquentes.

A Inglaterra no início do Século XVI também se viu assolada pelo aumento da prática de furto, roubo e da mendicância, conseqüentemente a imposição de penas até então existentes não estavam surtindo efeito, então tiveram que repensar em novas políticas criminais, pois a pena de morte já não continha o aumento de delinquentes. Destarte, surgiram algumas casas de correção a pedido de alguns clérigos, preocupado com a situação, conforme palavras de Bitencourt (2011, p. 38) “em Londres, o Rei Ihes autorizou a utilização do Castelo de Bridwell para que nele se recolhessem os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores”.

Tinha como finalidade a prevenção geral, ou seja, buscava desestimular a prática do delito mediante a sanção imposta, propunha transformar o delincente através do trabalho e uma rígida disciplina, e fazer que ele possa aprender uma atividade laborativa para se sustentar. Pelo êxito alcançado do modelo de correção foram realizados em vários lugares da Inglaterra recebendo o nome de *houses of correction* (casa de correção) ou de *bridwells*.

Também surgiu na Inglaterra no Século XVII as *workhouses* (casas de trabalho), que nos dizeres de Bitencourt (2011, p. 39):

O desenvolvimento e o auge das casas de trabalho terminam por estabelecer uma prova evidente sobre as íntimas relações que existem, ao menos em suas origens, entre a prisão e a utilização da mão de obra do recluso, bem como a conexão com as suas condições de oferta e procura;

Os detentos constituíam uma mão de obra, chegando alguns a dizerem que na verdade eram grandes fabricas, onde acabavam deixando relegado a um segundo plano a correção.

Foi neste período que surgiu também a pena de galés, considerada uma das mais cruéis aplicadas neste período, onde os condenados ficavam submetidos a trabalharem nos navios militares. Paulo Drumond Braga (s. a, s. p) descreve como uma embarcação que era “muito esguia, com cerca de 20 a 50 metros por cinco de largura, dotada de dois castelos, uma à popa outro à proa, a galé era movida a remos, em geral uns 30 a 60 (metade em cada bordo)”. Os remadores eram geralmente condenados por penas graves ou prisioneiros decorrentes de guerra e estes também eram escravos, eram acorrentados e levavam chicoteadas para não pararem de remarem.

Pode destacar Filippo Franci como um dos primeiros defensores da proporcionalidade da pena de acordo com Bitencourt (2011, p.41), o qual, pois em prática as ideias de Hipólito Fancini, no Hospício de San Felipe Neri localizado em Florença na Itália no século XVII. O regime disciplinar era o celular estrito, o qual consistia em um regime extremamente rigoroso, sendo o detento isolado do mundo afora e dos demais detentos, era uma cela para cada infrator e dentro de cada cela havia uma espécie de jardim para que este ali pudesse cultivar algo, não havia via de regra nenhum tipo de visita, nos momentos coletivos onde reuniam os demais detentos eram lhe coberto a cabeça com um capuz. Pode-se considerar como um antecedente do regime celular que viria a surgir no século XIX na Filadélfia.

Não há de se negar que foi neste período que começou a transição da prisão custódia para prisão pena, porém não se buscava a transformação dos delinquentes como queriam seus idealizadores. As prisões neste período ao exemplo da Inglaterra as *workhouses* (casas de trabalho) foram implantadas com estes ideais reformadores, por sua vez, na realidade conforme analisa Bitencourt (2011, p. 44) “pela necessidade que existia de possuir um instrumento que permitisse não tanto a reforma ou reabilitação do delinquente, mas a sua submissão ao regime dominante (capitalismo)”. Constituía um mecanismo de opressão já que o número de delinquentes relacionados à mendicância, roubo e furto era grande, em razão da pobreza que os assolavam, a prisão pena tinha na verdade a função de prevenção geral a forçar as pessoas a se submeterem as fabricas onde os serviços eram pesados e degradantes, ou ao exemplo se dedicava a mendicância e seria

detido e levado as *workhouses* onde seria submetido a uma disciplina mais rígida do que aquelas impostas pelas fabricas e indústria naquele período. Observa-se que a pena estava vinculada “a necessidade de ordem econômica, que inclui a dominação da burguesia sobre o proletariado.” (BITENCOURT, 2011, p. 51).

Porém, usualmente nos crimes considerados mais graves era o corpo do condenado que sofria a sanção penal, sendo executado de forma teatral para que todos pudessem assistir, tendo a finalidade principal de repressão penal. A história relata as inúmeras atrocidades que eram realizadas, dentro destas Michel Foucault (2014, p. 9) expõe sobre a execução de Damiens que foi condenado em 2 de março de 1757:

A pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das penas parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinza, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d'Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam feitos à tração de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetiam; 'Meus Deus, tende piedade de mim; Jesus socorrei-me.

Observa-se com este relato que embora o modo de imposição da pena tenha evoluído desde a Antiguidade até basicamente no início do período do iluminismo no século XVIII, as penas continuavam sendo aflitivas e de morte, buscando de modo geral punir o corpo do infrator, fazendo com que aqueles que assistissem a aquele show de horrores repugnassem ao pensar em violar a lei.

Muitos países neste período, anterior ao iluminismo adotavam o regime político do Absolutista, onde as leis eram criadas pelo rei e toda violação que viera acontecer eram uma conduta que atentava contra a vontade do rei, sendo utilizado dos suplícios que serviam de forma de reparação do prejuízo que foi trazido ao reino.

2.4 Reformadores do Direito de Punir

Com início do Século das luzes o raciocínio da pena como suplicio tornou-se intolerável, surge pensadores que buscavam uma reforma penal, dentre eles destacam-se Beccaria, Duparty ou Lacretelle, Duport, Pastoret, Target, Bergasse, defendiam que os castigos devem ter a humanização como medida. Segundo Foucault (2014, p. 84) “a reforma penal nasceu no ponto de junção entre a luta contra o superpoder do soberano e a luta contra o infrapoder das ilegalidades conquistadas e toleradas”. Considerava agora como vítima da conduta reprovada a própria sociedade, isto decorrente da teoria do contrato social de John Locke e Jean Jacques Rousseau, os cidadãos concordam e aceitam as regras e punições a todos impostas e no caso de violada da lei, este romperá o pacto social firmado, por sua vez, é considerado inimigo da sociedade inteira e não mais atentava contra o rei.

No fim do século XVIII, encontram-se três maneiras de organizar o *ius puniendi*. A primeira se apoiava no direito monárquico e era a que estava funcionando. As outras se referem, ambas, a uma concepção preventiva, onde o direito de punir pertenceria à sociedade inteira. O direito monárquico, as punições era uma cerimonia de soberania, por sua vez, para os reformadores a punição é um processo para requalificar os indivíduos como sujeitos de direito.

Ao termino do século XVIII e inicio do século XIX ocorre implantação da pena na forma de detenção, Foucault (2014, p.217) disserta que em decorrência destes dois séculos “uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos seus membros e igualmente representada”. Impondo a pena privativa de liberdade como o principal modo de punir, pois é um castigo igualitário tendo a mesma perda para todos, ou seja, perda da liberdade de ir e vir e ficar.

Este período como destacado teve grandes pensadores que foram responsáveis pela mudança da política criminal, conforme Foucault busca uma pena que não infringisse o corpo mas sim a alma, podendo destacar dentre os grandes contribuidores desta evolução Cesare Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham, os quais serão analisados destacando os seus principais pensamentos.

2.4.1 Cesare Beccaria

Conforme Bitencourt (2011, p. 52) o nome de Baccaria era “Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, nascido em Milão em 15 de março de 1738”. Em 1764 publicou um livro considerado revolucionário para sua época, chamado “dos delitos e das penas”, que demonstrava a sua indignação com o modo de aplicação das penas.

Consegue extrair do pensamento de Beccaria conforme as lições de Rogerio Greco (2016, p. 110):

Embora tivéssemos, ainda, o nosso direito de liberdade, esse mesmo direito cederia caso não cumpríssemos com as cláusulas constantes do pacto, necessárias a manutenção da própria sociedade, onde o infrator encontrava-se inserido. No entanto, esse pacto social deveria observar os direitos inatos e inalienáveis de todo cidadão concentrados, principalmente, em sua dignidade como ser humano.

Também foi responsável em sua obra pela construção de vários princípios podendo citar o principio da taxatividade da lei penal, o principio da proporcionalidade da pena, dentre outros considerados inovadores para a época. Podendo extrair dos ensinamentos de Beccaria nos dizeres de Roberto Lyra (1955, p. 89) que “visava-se, sobretudo, combater a promiscuidade e proporcionar trabalho, instrução, higiene, saúde e conforto moral aos encarcerados”.

Nos dizeres de Beccaria (2013, p. 30) “como as leis e os costumes de um povo estão sempre atrasados vários séculos em relação às luzes atuais, conservamos ainda a barbárie e as ideias ferozes dos caçados do Norte”. Sendo assim observa-se mesmo que os pensamentos sejam construções a mais de 200 (duzentos) anos, estes são atuais, observa que os governantes têm as mesmas atitudes voltadas à criação de tipos incriminadores e olhos voltados para exasperação das punições.

2.4.2 John Howard

Conforme Rogério Greco (2016, p. 114) “John Howard nasceu em Clapton, Hackney, nos arredores de Londres, no ano de 1726”. De forma resumida Howard teve uma educação religiosa baseada nos princípios calvinistas, teve seu

primeiro contato com a prisão quando foi capturado pelos *berberes*, onde ficou preso no “fétido calabouço de Brest” (DOTTI, 1998, p. 37), entretanto após esta triste experiência se dedicou a buscar soluções as penitenciárias, no ano de 1773 (mil setecentos e setenta e três) foi nomeado *sheriff* e uma de suas funções era de visitas os estabelecimentos carcerários que eram lugares fétidos e esta experiência fez com que este tivesse uma visão das condições daqueles que ali se encontravam de forma desumanas.

Os carcereiros não recebiam nenhum tipo de remuneração dos cofres públicos nestes estabelecimentos e sim dos próprios detentos que teriam que acertar as contas pagando certa quantia a estes, Howard verificou que isto gerava uma situação ainda mais desfavorável, conforme observa Rogério Greco (2016, p. 115) “propôs que os carcereiros deviam ser pagos pelo próprio Estado, ou seja, pela própria administração pública da prisão e não pelos presos,” uma vez que isto gerava grande arbitrariedade.

Howard foi um grande humanitário que lutou pela aplicação de penas como uma forma que não agredisse os demais direitos inerentes ao ser humano e propunha uma base de cumprimento da pena, devendo respeitar: “1) higiene e alimentação; 2) disciplina distinta para presos provisórios e os condenados; 3) educação moral e religiosa; 4) trabalho; 5) sistema celular mais brando”. (GRECO, 2016, p. 116).

Observa-se que ao decorrer da história tais ideal deixados por Howard foram introduzidos nos estabelecimentos carcerários na Europa como em outros continentes e seus ideais ainda hoje servem como um norte em busca da humanização das penas.

2.4.3 Jeremy Bentham

Conforme Bitencourt (2011, p. 64) Bentham “nasceu em 1748, morreu em 1832. De personalidade excêntrica, foi escritor muito prolífico”.

Com a mudança de pensamento no final do Século XVIII no que tange à aplicação de pena privativa de liberdade, que até então apenas era entendida em regra como prisão cautelar. Também se encontrava grande problema em relação ao local onde seriam colocados os condenados, já que, os lugares que existiam eram

insalubres, tendo como grande crítico a essas verdadeiras masmorras, o pensador iluminista Bentham.

Bentham fazia grande crítica ao direito natural e ao que se pressupunha ser um contrato social. Para ele o cidadão não devia obedecer ao Estado, por causa do contrato social, mas sim porque a obediência contribuía para a felicidade geral. (GRECO, 2016).

Crítico da teoria natural dizia ter uma visão individualista, não a adotando, mas sim a teoria unitarista sendo assim de acordo com Rogério Greco (2016, p. 119) “para Bentham, o indivíduo somente possuía direitos na medida em que conduzisse seus comportamentos para o bem da sociedade com um todo”.

Também contribuiu de forma majestosa para mudança arquitetônica das unidades prisionais, onde desenvolveu o panóptico, que seria edificado ao cumprimento da pena, o qual até os dias de hoje tem influenciado alguns sistemas arquitetônicos prisionais, ao exemplo dos Estados Unidos da América.

3 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Com avanço dos ideais acerca da política punitiva surgiram nos Estados Unidos os primeiros sistemas penitenciários, conforme posição acertada Bitencourt (2011) discorda dos doutrinadores que dizem que os Estados Unidos que inventaram os primeiros sistemas penitenciários. Na verdade foi inspirada nas *houses of correction* (casa de correção) e nas *bridwells* localizadas na Inglaterra, podendo dizer que o Hospício de San Felipe Neri localizado em Florença também constitui uma grande influência para o surgimento dos primeiros sistemas penitenciários, em especial o do sistema celular.

A pena privativa de liberdade foi uma grande conquista em busca da humanização do direito de punir, portanto a “pena de prisão, ou seja, a privativa de liberdade como pena principal, foi um avanço na triste história das penas” (GRECO, 2013, p. 479). Dentro de todos os sistemas penitenciários destacaram-se três no decorrer da história, sendo eles o Sistema Pensilvânico, Sistema Auburniano e o Sistema Progressivo.

3.1 Sistema Pensilvânico

Em 1681 foi criada a Colônia da Pensilvânia, tendo como fundador Guilherme Penn, que cumpriu o despacho do Rei Carlos II e submeteu a análise da Assembleia Colonial da Pensilvânia, sobre o estabelecimento das leis inglesas, tal lei que pretendia tornar mais branda a legislação penal inglesa. Segundo Luis Garrido Guzman *apud* Bitencourt (2011, p. 76):

A atenuação obedecia a duas razões: em primeiro lugar, para atenuar conforme os princípios dos quaqueiros, que repudiam todo ato violento, limitou a pena de morte ao crime de homicídio e substituiu as penas corporais e militantes por penas privativas de liberdade e trabalho forçado. Em segundo lugar, Penn teve a experiência de prisões inglesas onde a promiscuidade e a corrupção grassavam; sentiu a necessidade de melhorar a sorte dos que nela se encontravam. Imbuído dessa ideia visitou os famosos estabelecimentos holandeses, que o deixaram impressionado.

Porém com a morte de Penn, a Assembleia foi convencida pelo Governador a introduzir a lei criminal inglesa, por sua vez, em 1786 a modificação do Código Penal, após tornar Estado independente, o trabalho forçado foi abolido, e

a pena de morte passou a ser aplicada em pouquíssimos casos e instituiu a pena privativa de liberdade.

Notícia Bitencourt (2011, p.77) que “a primeira prisão norte-americana foi construída pelos quaqueiros, a *Walnut Street Jail*, em 1776”, porém não aplicou por completo o sistema celular, sendo apenas para os condenados considerados mais perigosos, por sua vez, os outros detentos mantidos em celas comuns era permitido o trabalho conjuntamente durante o dia mediante o silêncio absoluto. O modelo Panótico de Betham e a *Maison de France* belga, são modelos onde se encontravam a introdução da prisão tipo celular.

Como se observa o sistema pensilvânico adotava o regime celular, todavia na prática não foi aplicado conforme sua concepção original, isto decorrente aos problemas que o isolamento absoluto acarretaria, sendo apenas aplicado aos detentos considerados mais perigosos que ficavam em celas individuais, isto na prisão de *Walnut Street*.

Com o grande crescimento da população carcerária na prisão de *Walnut Street*, esta converteu em um verdadeiro fracasso conforme Bitencourt (2011), sendo necessário a construção de duas novas unidades, a *Western Penitentiary* em 1818 que adotava como arquitetura o Panótico de Bentham e o regime do isolamento absoluto, a *Eastern Penitentiary* em 1829 que não adotou o regime do isolamento absoluto por verificar ser impraticável, sendo assim, foi necessário realizar uma mitigação do isolamento com a permissão do trabalho dentro da própria cela. Para alguns doutrinadores como Von Hentig é apenas em 1829 na *Eastern Penitentiary* que nasce o sistema pensilvânico.

A religião era uma das vigas mestra do sistema pensilvânico, servindo como instrumento de conversão do detento, isto decorrente a grande “influência dos religiosos quaker, a leitura da Bíblia era a única permitida, uma das forma pela quais os presos alcançariam a redenção, sendo a alma e o espírito resgatado” (CORDEIRO, 2014, p. 28). Todavia conforme uma visão marxista a religião servia na verdade como um modo de imposição da ideologia da classe dominante (MELOSSI, PAVARINI, 2006).

Segundo preleciona Rogério Greco (2013, p. 480) analisando o sistema pensilvânico constata, que este “recebeu inúmeras críticas, uma vez que, além de extremamente severo, impossibilitava a readaptação social do condenado, em face do seu completo isolamento”. O isolamento não é um meio reabilitador eficaz, mas

sim um meio de reduzir drasticamente os gastos com a segurança (BITENCOURT, 2011), isto posto, o isolamento absoluto muitas vezes levava o detento a adoecer fisicamente e mentalmente.

3.2 Sistema Auburniano

Decorrente as inúmeras críticas ao sistema pensilvânico, surge em contra partida o sistema auburniano, que ficara conhecido por este nome por ter sido aplicado primordialmente na penitenciária construída na cidade de Auburn, no Estado de New York, nos Estados Unidos da América, no ano de 1818.

Tendo como fundador conforme Fernandés García (2001) *apud* Rogério Greco (2011) o capitão Elan Lynds um militar que não acreditava na reforma do delinquente. Bitencourt (2011) e Cordeiro (2014) afirmam que o sistema auburniano não busca a reforma do detento, mais apenas preocupa com a segurança da unidade prisional impondo um regime de obediência e aproveitamento da mão de obra, diferente das ideias reformadores dos *quakers*.

O sistema auburniano constituía um sistema menos rigoroso que o celular, onde realizava a divisão em três categorias de prisioneiros:

Primeira era composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, aos quais se destinou o isolamento contínuo; na segunda situavam-se os meros incorrigíveis, que somente eram destinados às celas de isolamento três dias na semana e tinham permissão para trabalho; a terceira categoria era integrada pelos que davam maiores esperanças de serem corrigidos. A estes somente era imposto o isolamento noturno, permitindo-se lhes trabalhar juntos durante o dia, ou sendo destinados às celas individuais um dia na semana. (BITENCOURT, 2011, p. 86-87).

No entanto na prática verificou que o isolamento contínuo era um absoluto fracasso, que levava a maioria dos presos a loucura ou a morte, por conseguinte, buscaram uma solução e instituíram uma comissão legislava que recomendou o “trabalho comum dos reclusos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário durante a noite” (BITENCOURT, 2011, p.87). Como se observa uma das principais características era o silêncio absoluto, que ficou conhecida como *silente system*, como Foucault (2014, p.224) observa é uma “referência clara tomada ao modelo monástico, referência também tomada à disciplina de oficina”. Chegando

alguns doutrinadores como Cuello Calón (1958) *apud* Bitencourt (2011) falarem que o Hospício de San Miguel em Roma, serviu como base para o sistema auburniano.

O trabalho constituía um dos pilares do sistema auburniano, visando reforma do detento, neste sentido afirma María Lopes Riocerezo (1963) *apud* Bitencourt (2011, p.91) que

O trabalho constitui, nos reclusos e nas prisões, juntamente com a educação e a instrução, o eixo sobre o qual deve girar todo o tratamento penitenciário, condição essencial e base eficaz de disciplina: elemento moralizador mais apropriado para tornar complacente a ordem e a economia; forma útil da distração do espírito e do emprego da força; (...) impeditivo da reincidência (...).

Entretanto a mão de obra carcerária encontrou forte resistência por parte dos sindicatos e da sociedade norte-americana. Argumentava-se que os presos estavam sendo igualados aos operários livres, conseqüentemente iriam desvalorizar o seu trabalho. Observa-se que a própria sociedade estigmatizava o trabalho dos prisioneiros, criando uma barreira impeditiva para a tão almejada ressocialização.

Com um olhar mais crítico à origem do trabalho no sistema auburniano, Foucault (2014) exprime que é um meio de alienar não de reformar o detento, no mesmo sentido Melossi e Pavarini (2006, p. 182) “sustentam que a imposição da atividade laboral na prisão cumpre a função de formar um operário disciplinado e subordinado ao poder econômico industrial”. Constituindo o trabalho não um mecanismo reformador, mais sim, na visão de Melossi e Pavarini (2006) um mecanismo de mutação antropológica que consiste na transformação do criminoso em proletário, mão de obra para a sociedade capitalista.

Foi um sistema de grande difusão nos Estados Unidos, conforme Cordeiro (2014, p. 30) devido a importância dada à mão de obra carcerária, uma vez que:

Naquela época, os Estados Unidos carecerem de número suficiente de trabalhadores para suprir as exigências da crescente industrialização do país, motivo pelo qual a utilização do trabalho do preso se fazia de suma importância, além de ter o positivo aspecto de ser mais barata que a mão de obra operária livre.

No entanto, na Europa foi adotado o sistema celular que na sua forma mitigada permitia o trabalho apenas dentro da cela do recluso.

O sistema auburniano chegava a regulamentar tudo o que o detento poderia fazer, só podia caminhar quando fosse permitido a todos, “as atividades dos reclusos realizavam-se numa atmosfera regulamentar sufocante e monótona” (BITENCOURT, 2011, p.93), com a existência de castigos corporais “sendo aplicados, muitas vezes, coletivamente, quando não se conseguia descobrir qual dos detentos havia infringido as normas carcerárias” (GRECO, 2016, p.123).

Apesar de todo este regime imposto pelo *silent system*, Bitencourt (2011) observa que na prisão de San Quintin profunda desordem, demonstrando desta forma que a dureza do regime não garante a ordem e nem a recuperação dos detentos.

3.3 Sistema Progressivo

O advento da pena privativa de liberdade constitui conforme Bitencourt (2011) a espinha dorsal do sistema penal atual, em razão do abandono progressivo da pena de morte. O abandono progressivo e lento dos sistemas pensilvânico e auburniano cominou no apogeu das penas privativas de liberdade com adoção de um novo sistema, o sistema progressivo que consistia em uma distribuição do “tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador” (BITENCOURT, 2011, p. 97).

Observa-se o propósito reformador do sistema progressivo buscando de uma maneira gradativa a reabilitação do detento durante a execução da pena visando quando este estiver livre tenha alcançado a sua reabilitação, diferentemente do que ocorria com o sistema celular e auburniano.

Existe uma divergência quanto ao precursor do sistema progressivo, conforme Bitencourt (2011) Luiz Garrido Guzman, Elías Neuman e Eugenio Cuello Calón defendem que foi o Capitão Alexandre Maconochie, de outro lado existem quem argumenta que foi o Coronel Manuel Montesinos e Molina, em razão de ter sido nomeado governador do presídio de Valência em 1834, anterior as modificações que Maconochie implementou na Ilha de Norflok, que ocorreu a partir do ano de 1840. Por uma razão cronológica fica evidente que o percurso do sistema progressivo foi Coronel Manuel Montesinos e Molina.

Manuel Montesinos e Molina nasceu em São Roque, Campo de Gibraltar, em 17 de junho de 1796 (mil setecentos e nove e seis) e viveu até meados de 1862 (mil oitocentos e sessenta e dois). Como Howard, Montesinos vivenciou o que era estar dentro de uma unidade prisional, o seu primeiro contato foi em razão de ter sido preso durante três anos na guerra de independência em 1809 (mil oitocentos e nove).

Em 1835 (mil oitocentos e trinta e cinco) foi nomeado governador do Presídio de Valência, no qual buscou humanizar o cumprimento da pena, através “do trabalho como elemento fundamental para a reeducação do apenado, sendo, pois, desnecessária aplicação de castigos corporais” (CORDEIRO, 2014, p. 31). Buscou dar grande importância para a relação dos que ali trabalhavam em relação aos reclusos, de acordo com Bitencourt (2011, p.104) “encontrou o perfeito equilíbrio entre o exercício da autoridade e a atitude pedagógica que permitia a correção do recluso”. Permitindo desta maneira a sua ressocialização, sendo dividido em três períodos da seguinte forma:

a) dos ferros, em que os presos faziam, embora subjugados a correntes, serviços de limpeza e outros no interior da unidade; b) dos trabalho, em que podiam escolher a oficina aonde executaram suas tarefas e se valorizava sua capacitação profissional; c) da liberdade intermediária, com direito à visita a familiares e trabalho externo. (BITENCOURT, 2013, p.80).

Defendia que o trabalho era o melhor instrumento reabilitador, o qual deveria ser remunerado, não um meio de exploração da mão de obra, desta maneira, estimulando o detento a trabalhar e buscar aprender um ofício, visando conceder maior oportunidade para o detento quando sair da unidade, para que consiga se sustentar sem precisar voltar a criminalidade.

Entretanto, Montesino enfrentou grande crítica por parte dos artesões e trabalhadores livres, que viam no mercado os produtos que eram produzidos nas unidades prisionais serem seus competidores. Como bem observa Greciany Carvalho Cordeiro (2014, p. 32):

Por essa razão, o trabalho do preso sofreu um desestímulo e uma grande queda na qualidade, provocada pela própria sociedade. A pressão exercida pelos fabricantes e artesãos livres em relação ao trabalho desenvolvido pelos presos de Valência foi também que levou o governo a deixar de incentivá-lo, o qual logo passou a perder a sua característica qualidade.

Ante a toda esta pressão sofrida Montesinos conseguiu reduzir o índice de reincidência que era de 35% (trinta e cinco por cento) para aproximadamente 1% (um por cento), basicamente não tendo reincidência. Mas em razão de toda esta pressão imprimida pela própria sociedade, a qual não via com bons olhos o grande trabalho desenvolvido por Montesinos, que fez ele em 1854 (mil oitocentos e cinquenta e quatro) a deixar a administração penitenciária.

Dentre o legado de Montesinos pode-se destacar a rechaça ao regime celular, a admissão da concessão de licença de saídas temporárias, sendo grande contribuídor para ideia da liberdade condicionada.

Outro grande contribuídor para o desenvolvimento do sistema progressivo foi o Capitão Alexander Maconochie, que no ano de 1840 (mil oitocentos e quarenta) foi nomeado diretor do presídio de Norfolk, na Austrália, onde eram enviados os criminosos mais perversos da Inglaterra, onde viviam em condições desumanas segundo observação de Bitencourt (2011, p. 98) “a severidade do regime não era suficiente para impedir as fugas e os sangrentos motins que se sucediam”. Perplexo por tal situação resolveu modificar o sistema penal de execução da pena.

Destarte, implementou um sistema progressivo misto, denominado *mark system* (sistema de prêmios), substituindo o modo com que os detentos eram tratados, tirando os castigos e concedendo prêmios para os que cumprissem certas metas estabelecidas. A execução da pena era dividida em três etapas:

Na primeira etapa, o preso permanecia em total isolamento, trabalhando durante o dia, de forma obrigatória, tal como no modelo pensilvânico. No segundo estágio, o preso era submetido ao isolamento noturno, devendo trabalhar durante o dia em conjunto com os demais presos, sob absoluto silêncio, nos moldes do sistema auburniano. Por fim, a terceira fase era a de obtenção do *ticket of leave*, uma liberdade limitada a determinadas regras, tal como o livramento condicional. (CORDEIRO, 2014, p. 32)

Referido sistemas foi aplicado em outros países, ao exemplo da Irlanda na prisão de Walter Crofton, em 1857 (mil oitocentos e cinquenta e sete), onde aperfeiçoou o sistema denominado sistema irlandês, nas lições de Roberto Lyra (1955, p.91-92):

O sistema irlandês de Walter Crofton (1857) concilia os anteriores, baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período, e

progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. Nessa conformidade, galgam-se os demais períodos – segundo, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém, com obrigação do silêncio; o terceiro, o de prisão intermédia (penitenciária industrial ou agrícola), de noite e de dia em vida comum para demonstrar a esperada regeneração e a aptidão para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento condicional.

Este é o sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro com algumas peculiaridades, diferente da concepção inicial de seus idealizadores, o sistema progressivo aplicado nos tempos atuais no Brasil se realiza através de três regimes de cumprimento da pena, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. Dependendo da pena cominada o detento pode ter como regime inicial de cumprimento da pena o regime fechado, onde preenchido os requisitos objetivos e subjetivos progredirá de regime até alcançar a liberdade, mesmo que de forma condicional.

4 CÁRCERE NO BRASIL

Feito análise dos principais sistemas prisionais existentes, é imprescindível para chegar aos problemas hodiernos a análise dos antecedentes históricos do cárcere brasileiro, de um modo tentando achar a gênese dos problemas contemporâneos e evitar o retrocesso ou a persistência em erros outrora praticados, bem como externando o modelo atualmente adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 Histórico do Sistema Prisional Brasileiro

Ao tratar do Direito Penal brasileiro na sua vertente Direito Penitenciário, é imprescindível abordar o período Colonial e Imperial, uma vez em que anteriormente a chegada dos portugueses a Ilha de Vera Cruz² não existia nenhuma ordem jurídica pré-estabelecida, vigorava basicamente entre os índios o direito de punir da fase considerada como vingança privada (PRADO, 2014).

O direito e as punições outrora aplicadas pelos habitantes no território hoje conhecido como território brasileiro, não influenciou o Direito Penal brasileiro. Todavia, o direito português teve grande relevância para o Direito Penal brasileiro, por esta razão faz por necessário para o estudo do cárcere no Brasil o estudo de três períodos divididos comumente pelos historiados como período Colonial, Imperial e Republicano.

4.1.1 Período Colonial

No período colonial era aplicado o regime jurídico português, constituindo nas palavras de Sílvio Romero *apud* José Frederico Marques (1997, p. 114) “um capítulo do Direito português na América”, o qual era fundado em Ordenações do Reino, dentre elas estão as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e as Filipinas.

² Este foi primeiro nome do Brasil, pois acreditava-se que o Brasil era uma ilha. Em outro momento foi chamado de Terra de Santa Cruz, sendo chamado por último de Brasil porque havia uma grande quantidade de madeira de cor negra chamada de Brasil pelos índios,

As Ordenações Afonsinas foram promulgadas por D. Afonso V, no ano de 1446 (mil quatrocentos e quarenta e seis). No Livro V, tratava do Direito Penal e Direito Processual Penal, nos dizeres de René Ariel Dotti (1998, p. 42) constituía um “vasto acervo de incongruências e maldades, muitas delas incompatíveis com o relativo progresso daquele tempo”, a prisão tinha finalidade preventiva como regra. Teve vigência até o ano de 1514 (mil quinhentos e quatorze), sendo assim, tendo apenas quatorze anos de aplicação na recém colônia portuguesa denominada a época de Ilha de Vera Cruz, tendo nenhuma aplicação no território brasileiro conforme doutrina (SILVA, 2003).

Após as Ordenações Afonsinas começou vigorar em Portugal e conseqüentemente no Brasil as Ordenações Manuelinas, que recebeu este nome em razão de D. Manuel, conhecido como o Venturoso, tendo vigência de 1514 (mil quintos e quatorze) a 1603 (mil seiscentos e três). Trouxe em seu escopo a matéria de Direito Penal e Processual no Título IV e V, respectivamente, demonstrando a prisão como uma medida coercitiva de natureza pessoal, onde o detendo aguardava o julgamento ou execução da pena, guardando em sua essência o suplício que Foucault (2014) expressa como a cerimonial do castigo público, de impor medo a seus pares visando a não reincidência delituosa. Observa-se que em relação a anterior Ordenação do Reino não verificou nenhum avanço substância quanto aos direitos e garantias dos detentos.

Conforme doutrina autorizada (DOTTI, 1998) verifica-se que foi as Ordenações Manuelinas que constituíram na legislação pré-colonial. Entretanto, referida afirmação não é unanime na doutrina, conforme Felipe Lima de Almeida (2008, s. p) as referidas ordenações “não conheceram aplicação prática, não passando de referência burocrática, casual e distante das práticas penais concretas em terras brasileiras”, isto em razão dos donatários das capitâneas hereditárias que aplicavam regras jurídicas, podendo absolver ou condenar inclusive com pena de morte, salvo no caso de ser pessoa de *mór qualidade*, apenas podendo punir excepcionalmente no caso dos crimes heresia, traição, sodomia e moeda falsa (DOTTI, 1998).

Foi no período Ordenações Manuelinas que foi construída a primeira cadeia no Brasil, localizada em Salvo na Bahia, onde estava sediado o governo-geral do Brasil que de acordo Russel-Wood (1981) *apud* Luiz Francisco Carvalho Filho (2002, p. 36) era uma “cadeia muito boa e bem acabada com casa de

audiência e câmara em cima [...] tudo de pedra e barro, rebocadas de cal, e telhado com telha”. Não era cercada por muros, desta maneira os detentos conseguiam se comunicar com quem passasse pelo local, uma vez que havia uma abertura para circular o ar no local onde através destas também recebiam alimentos e informações daqueles que por ali passavam, era destinada essencialmente a detentos a espera do julgamento ou da execução da pena imposta. Este modelo prisional foi expandido, passando a ser encontrado em prédios militares e fortificados, nas cidades e vilas as prisões se encontravam no andar térreo da câmara municipal, tendo as unidades prisionais da época a finalidade nos dizeres de Carvalho Filho (2002, p. 36) de “recolher desordeiros, escravos fugitivos e, evidentemente, criminosos à espera de julgamento e punição.” Do mesmo modo que se instalou em Salvador na Bahia as outras unidades prisionais que foram instaladas no Brasil não eram cercadas por muros, gerando toda consequência por hora explicitado.

Quando D. Felipe II da Espanha foi empossado no trono português por Felipe I, um dos primeiros atos mandou atualizar a legislação em 5 de julho de 1595, desta forma foi publicada as Ordenações Filipina, começando a produzir efeitos a partir de 11 de janeiro de 1603 (MARQUES, 1997).

Nas palavras de Luiz Regis Prado foi (2014, p. 97) “na realidade, a lei penal aplicada no Brasil àquela época [...]. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização e de severas punições”. Em sua essência quase não se distinguia das ordenações anteriores, que eram na verdade um espetáculo de horrores visando à disseminação do medo e terror, tendo finalidade unicamente retributiva. Não existia a época respeito à dignidade da pessoa humana, ao contraditório e a ampla defesa, ao princípio da legalidade, proporcionalidade, isto em razão das referidas balizas humanitárias só tomarem grande proporções após o período iluminista. No entanto, realizando uma digressão histórica, não se pode deixar de constatar que foi neste período que ocorreram grandes atrocidades, chegando à doutrina (DOTTI, 1998) classificar as ordenações como a face negra do Direito Penal.

Chegava à barbárie de punir ao exemplo os benzedores de cães e de outros bichos que o fizesse sem autorização do Rei, veja não ocorria com hodiernamente ocorre em decorrência do princípio da intervenção mínima, onde o Direito Penal só intervirá em último caso em algumas condutas que devem ser previamente tipificadas em razão também do princípio da taxatividade, perante a

presença da multiplicidade absurda de ilícitos narravam alguns cronistas (DOTTI, 1998, p. 46) “que o catálogo de infrações era tão vasto que um rei africano estranhou, ao lhe serem lidas as ordenações, que nela não se cominasse pena para quem andasse descaço”. Este número exacerbado de tipos penais e aplicação de penas aflitivas e de morte ocorria em razão:

De conceber o suplício [...], como um agente político. Ele entra logicamente num sistema punitivo, em que o soberano, de maneira direta ou indireta, exige, resolve e manda executar os castigados, na medida em que ele, através da lei, é atingido pelo crime. Em toda infração há um *crimen majestatis*, e no menor dos criminosos um pequeno regicida em potencial. (FOUCAULT, 2014, p. 55).

Foi na égide das Ordenações Filipinas, a qual ratificada por D. João IV em 1643, que foi condenado e executado José da Silva Xavier, conhecido como Tiradentes, em sua condenação e execução vislumbra o ápice do supliciado trazido por referida ordenação. Com a chegada da família real no ano de 1808 as ordenações continuaram sendo aplicadas, cedido também no mesmo ano pela Igreja o antigo cárcere eclesiástico de Aljube, localizado no Rio de Janeiro, que deixou de ser utilizado para punições religiosas para servir de prisão comum. Todavia com a independência do Brasil em 7 de setembro de 1822 a Assembleia Constituinte decretou a sua aplicação parcial no ano de 1823, com o advento da Constituição de 1824 a ordenação foi revogada parcialmente, apenas sendo revogada totalmente o título do Livro V das Ordenações Filipinas com o advento do Código Penal de 1830.

4.1.2 Período Imperial

O período imperial se inicia com a independência do Brasil em 7 de setembro de 1822. Entretanto, um ano antes da independência do Brasil o príncipe regente D. Pedro, através de um decreto demonstrou a preocupação em relação às condições das prisões, onde expos que “ninguém será lançado em masmorra estreita, escura ou infecta porque a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para a adoecer e flagelar” (CARVALHO FILHO, 2002, p. 37). Mesmo com a independência do Brasil ficou vigorando as Ordenações Filipinas, de acordo com Frederico Marques (1997, p. 114) “D. Pedro I, em Lei de 20 de outubro de 1823, que as ditas Ordenações ficassem em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido

revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior do Império”, no mesmo ano a Assembleia Constituinte com ideais reformista expressou no mesmo sentido, dizendo que a referida legislação seria observada de forma parcial, uma vez em que deveria se adequar aos novos ideais da liberdade nacional e em respeito aos princípios fundamentais, dos quais pode-se citar o princípio da irretroatividade da lei penal, da igualdade, intranscendência da pena.

A primeira Constituição brasileira, a do Império, foi concebida sob ideais iluministas fomentados no Século XVIII, consagrando em seu escopo os direitos de primeira geração ou dimensão. Reconhecendo no seu artigo 179, “a inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”. Trazendo em um rol consagrando o princípio da legalidade, irretroatividade da lei penal, entre outras garantias individuais em proteção dos direitos civis e políticos dos cidadãos, da mesma forma trouxe no inciso XVIII, art. 179, uma ordem constitucional explícita de organizar urgente um Código “Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade.”

Após passar anos de a Igreja ter cedido o cárcere eclesiástico de Aljube para Família Real, verificou mediante inspeção designada pela Câmara Municipal no ano de 1829 (mil oitocentos e vinte e nove) que “o aspecto dos presos nos faz tremer de horror”; eram 390 detentos, e cada um dispunha de uma área aproximadamente de 0,60 por 1,20 metro. Em 1831, o número de presos passaria de 500”. Chegando ao ponto no ano de 1856 (mil oitocentos e cinquenta e seis) perto de ser desativado, ser definido pelo chefe de polícia da Corte como um “protesto vivo contra o nosso progresso moral” (HOLLOWAY *apud* CARVALHO FILHO, 2002, p.37).

Respeitando o mandamento constitucional foi proposto dois projetos de código criminal no ano de 1827, um realizado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, o outro por José Clemente Pereira. Conquanto o projeto aceito foi o de Bernardo Pereira de Vasconcellos, em conformidade com Pinho (1973) *apud* Luiz Regis Prado (2014, p. 98):

Por ser aquele que, mais amplo ao desenvolvimento das máximas jurídicas e equitativas, e por mais munido na divisão das penas, cujo prudente variedade muito concorria para a bem regulada distribuição delas, poderia mais facilmente levar-se a possível perfeição com menor número de

retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe dera, de acordo com seu ilustre autor.

Em 16 de dezembro de 1830 (mil oitocentos e trinta), foi sancionado por D. Pedro I, o primeiro Código Criminal brasileiro, considerado como o primeiro código autônomo da América Latina, sob influência da Escola Clássica.

O aludido Código Criminal tinha como sanções: a pena de morte (art. 38); galés (art. 45); prisão com trabalho (art. 46); prisão simples (art.47); banimento (art.50); degredo (art.51); desterro (art.52); multa (art.55); suspensão de emprego (art.58); perda de emprego (art.59); açoites (art.60). A cominação da pena de açoite foi amplamente criticada, em razão da inconsonância com o preceito constituição³, tanto que posteriormente foi abolida por lei no ano de 1886 (mil oitocentos e oitenta e seis).

Observa-se que a prisão deixa de ter simplesmente caráter cautelar como outrora existia em território nacional, passasse a compreender a prisão não somente como um “instrumento de proteção de classes, de castigo e expiação, mas também passaria ser vista como fonte de emenda e de reforma moral para o condenado” (DOTTI, 1998, p. 50).

Em decorrência da situação em que se encontrada na prisão de Aljube, não atendendo a finalidade tão almejada de emendar e reformar a moral do detento, é que foram projetado duas Casas de Correção, uma no Rio de Janeiro inaugurada em 1850 e a outra em São Paulo inaugurado em 1852, construída sob influência arquitetônica do Panóptico de Bentham.

Destarte, não existia uma previsão no Código Penal de 1830 de como iriam se organizar as penitenciárias, como iria funcionar a execução da pena e qual regime adotado. Desta forma conforme expões Roberto Lyra (1955) ficou a cargo do então Ministro da Justiça Eusébio de Queirós a tomar uma das primeiras iniciativas a respeito de uma busca que qual sistema seria o melhor a ser adotado. Desta forma expões em seu:

³ Vide, Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: XIX - desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

Relatório, depois de inaugurado o estabelecimento⁴ (1º de agosto de 1850), aquele titular hesitava na preferência entre o sistema pensilvânico e o auburniano: 'bom é deixar que o tempo nos habilite a proceder sem precipitação'. Enviou aos Estafos Unidos, para observá-los, o ex-diretor da Casa de Correção Antônio José de Miranda Falcão, que, em relatório de 1855, optou pelo sistema pensilvânico.

O então ministro Nabuco de Araújo julgou melhor experimentar ambos os sistemas.

Comissionado, em 1865, para estudo na Inglaterra, na França e na Bélgica, observando, sobretudo, o sistema progressivo irlandês e o das colônias penais, Felipe Lope Neto pronunciou-se com pessimismo a respeito.

O segundo regulamento da Casa de Correção (14 de janeiro de 1882) optava pelo sistema auburniano: 'o sistema penitenciário aí adotado é o encarceramento celular durante a noite, e do trabalho em comum durante o dia, sob o regime rigoroso de silêncio (LYRA, 1955, p. 106).

Observa-se não existia um sistema unificado aplicável a todas as unidades prisionais, em razão de o Código Penal imperial não prever expressamente a escolha por um sistema de execução penal, apenas dava entender que diretrizes para o sistema auburniano (LYRA, 1955). Mesmo com algumas imperfeições o Código Penal do império acabou por influenciar o Código espanhol de 1848 (mil oitocentos e quarenta e oito) e o Código português de 1852 (mil oitocentos e quarenta e dois), bem como as legislações criminais na América Latina (PRADRO, 2014).

Ulteriormente, com a abolição da escravidão em 13 (treze) de Maio de 1888 (mil oitocentos e oitenta e oito) e a proclamação da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, em 15 de novembro de 1889, e anteriormente a proclamação da República já existia um movimento que discutia a criação de um novo Código Penal, com quanto com uma nova realidade política e social o novo Código Penal passou do mundo abstrato para o mundo concreto.

4.1.3 República

Com a abolição da escravidão, em 13 (treze) de maio de 1888 (mil oitocentos e oitenta e oito), acabou por gerar a supressão de alguns tipos penais previstos no Código Penal do Império, por conseguinte, por esta razão e também por razões sociais e políticas buscou a elaboração de um novo Código Penal. Desta maneira, com advento da República o Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, designou ao Conselheiro Baptista Pereira para que este

⁴ O estabelecimento que é referido é a Casa de Correção da Capital, tendo como autor do regulamento o então Ministro da Justiça Eusébio de Queirós.

organizasse um projeto de um novo Código Penal, expressando que fosse realizado o quanto antes fosse possível, em razão das incompatibilidades encontradas no então Código Penal de 1830 (mil oitocentos e trinta) com o novo modelado político e a realidade jurídica do Brasil.

Devido a urgência expressada por Campos Salles, Baptista Pereira apresentou o projeto do Código Penal republicano em mais ou menos de três meses. Neste meio tempo, o Governo baixou o Decreto 774, de 20 de setembro de 1890, “abolindo a pena de galés, reduzindo a trinta anos as penas perpétuas, mandando computar no tempo de prisão o cumprimento da prisão preventiva e instituindo a prescrição da pena” (DOTTI, 1998, p. 55). Sendo finalmente publicado em 11 (onze) de outubro de 1890 (mil oitocentos e noventa) o Código Penal do império. Heleno Fragoso (1980) *apud* Prado (2014, p. 99) elabora algumas críticas acerca do Código Penal republicano ter sido elaborado de forma apressada e anterior a Constituição Federal de 1891, em razão de não:

Considerar os notáveis avanços doutrinários que então se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli, o Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo.

Tendo Código sua inspiração na escola clássica, em um período onde as ideias predominantes eram da escola positivista, que tinha como uns dos principais representantes Enrico Ferri, o Código Republicano nasceu fadado ao fracasso conforme alguns doutrinadores, tanto que após sua vigência surgiram ideias de reforma-lo (TELES, 2004).

O sistema adotado para grande maioria dos crimes tipificados no novo Código era o Pensilvânico, devendo ser cumprida em estabelecimento especial. No entanto, previa da seguinte forma:

O preso teria um período de isolamento na cela (Filadélfia) e depois passaria ao regime de trabalho obrigatório (Auburn). O condenado a pena superior a seis anos, com bom comportamento e depois de cumprida a metade da sentença, poderia ser transferido para alguma penitenciária agrícola. Mantido o bom comportamento, faltando dois anos para o fim da pena, teria a perspectiva do livramento condicional. (SALLA, 2006, p. 134)

Analisando a forma de execução da pena Roberto de Lyra (1955, p. 107) doutrinava que na verdade era “o sistema Filadélfia, combinado com o de

Aurburn e modificado pelo método irlandês, numa palavra, o de Crofton”. Pode-se dizer que foi adotado um sistema progressivo autônomo do concebido por Manuel Montesinos ou Walter Crofton.

O Código Republicano tinha como modalidades de penas privativas de liberdade: prisão celular que consistia na sanção aplicada a maioria dos crimes, conforme o Art. 45, *Caput* deveria ser “cumprida em estabelecimento especial com isolamento celular e trabalho obrigatório”; reclusão, que nos dizeres do Art. 47, *Caput*, deve ser “cumprida em fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares”; a prisão com trabalho obrigatório, deveria ser destinadas para vadios e capoeiras, disciplinados no Livro II, Capítulo XIII, executada a pena de acordo com o Art. 48, *Caput*, “em penitenciárias agrícolas, para esse fim destinadas, ou em presídios militares”; prisão disciplinar, segundo Art. 49, *Caput*, “será cumprida em estabelecimentos industriais especiais, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 anos.” Ao exemplo de infração penal onde o menor sofreria referida condenação, é no caso de praticar vadiagem, explicitado no §2º, do Art. 399, “os maiores de 14 anos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, onde poderão ser conservados até á idade de 21 anos.”

Na prática verificou como no Código Penal Imperial o abismo entre a letra da lei e a realidade encontrada nos presídios, encontrando grande barreiras para aplicabilidade. Sagazmente Carvalho Filho (2002, p. 41-42) demonstra que no ano de “1906, havia em São Paulo 976 condenados à prisão celular e apenas 160 vagas. Solução improvisada, os presos foram direcionados para abertura, construção e conservação de estradas públicas de rodagem”.

Por esta razão Fernando Salla (2006, p. 185) explicita que:

A emergência da Penitenciária do Estado, em São Paulo, é um marco importante na história do encarceramento no Brasil. Ela se encaixa num amplo projeto de organização social elaborado pelas elites do período, no qual um estabelecimento prisional deveria estar à altura do "progresso material e moral" do estado

Buscando reduzir a superlotação nas unidades prisionais em especial no Estado de São Paulo, foi inaugurada no ano de 1920 (mil novecentos e vinte) a penitenciária de São Paulo, localizada no bairro do Carandiru. Sendo um projeto concebido por Ramos de Azevedo, com 1.200 (mil e duzentas) vagas, contendo tudo de mais moderno que existia acerca da execução penal contendo acomodações

adequadas, um corpo técnico, enfermarias, escolas, oficinas e segurança. Foi considerado como um marco na evolução das prisões, sendo visitado por vários estudiosos do Brasil e do mundo (CARVALHO FILHO, 2002).

Outro fato relevante foi à elaboração da Consolidação das Leis Penais realizada “pelo Desembargador Vicente Piragibe e continha 410 artigo” (DOTTI, 1998, p. 59), que consolidou no Decreto 22.213, de 14 (quatorze) de dezembro de 1932 (mil novecentos e trinta e dois). Tendo como motivo de elaboração desta consolidação as inúmeras alterações que sofreu o Código Republicano e as leis extravagantes tendentes a complementá-lo (PRADO, 2014), anterior a referida consolidação o trabalho do operador do direito era árduo, pois a legislação penal da época poderia ser comparada como um emaranhado de retalhos de tecidos espalhados no chão, ficando a cargo de Vicente Piragibe juntar estes retalhos de tecidos e fazer uma colcha de retalhos, desta forma convertendo na Consolidação das Leis Penais.

Com advento da Constituição de 1934 (mil novecentos e trinta e quatro), inovou trazendo algumas garantias conforme Teles (2004) destaca o brocardo jurídico *novatio legis in melius*, ou seja, só ira retroagir a lei se esta for mais benéfica ao réu, nunca podendo ocorrer à retroatividade *in pejus*, bem como a trazendo a proibição de concessão da extradição de estrangeiro pela pratica de crime política ou de opinião, tratando-se de brasileiro em nenhum caso poderá se dar a extradição.

Com o advento do Estado Novo, que na verdade foi um golpe de Estado empregado pelo Presidente Getúlio Vargas, no dia 10 (dez) de novembro de 1937 (mil novecentos e trinta e sete) foi outorgada uma Constituição, ou seja, não houve participação indireta do povo na criação desta nova Constituição, tanto como consequência desta nova estruturação do Estado foi dissolvido e fechado o Congresso Nacional. Prevendo no preâmbulo a existência de um “estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente.” Ilustrando René A. Dotti (1998, p. 63) afirma que o argumento era que “sob as instituições anteriores não dispunha o Estado de meios normais de preservação e defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo”, justificando assim a constituição de uma nova ordem jurídica e política.

A Magna Carta de 1937 (mil novecentos e trinta e sete), no Art. 122, 13 e sua alíneas, em sua redação traz algumas garantias, mas ao mesmo tempo provoca um grande retrocesso histórico dos direito humanos, conforme redação *ipsis litteris*:

- 13) não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:
- a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
 - b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;
 - c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;
 - d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;
 - e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;
 - f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade;

Em um momento em que a ciência jurídica buscava abolir a pena de morte, vem em sentido contrário a previsão supracitada prevendo a instituição da pena de morte neste caso, causando um grande retrocesso na legislação brasileira. Não existindo previsão do principio da intranscendência da pena a exemplo de Dotti (1998), o Art. 123, trazia algumas limitações aos escassos direitos e garantias consagradas na constituição, tendo por limite “o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado”. O modelo de estruturação dos direito e garantias previstas na Constituição de 1937 (mil novecentos e trinta e sete) decorriam da proliferação da doutrina totalitária do nazi-fascismo neste período.

Dado ao surgimento de uma nova Constituição e a grandes críticas que eram feitas ao Código Penal de 1890 (mil oitocentos e noventa) o Ministro de Justiça do novo Governo, Francisco Campos, concedeu a indulgência ao Professor Alcântara Machado para que elaborasse um Anteprojeto para criação de um novo estatuto repressivo. Foi apresentada a última parte do Anteprojeto em 11 (onze) de Agosto de 1938 (mil novecentos e trinta e oito), de forma muito sagaz Alcântara em relação à regulamentação da pena de morte deixou a solução do problema ao

critério do “Governo se este quisesse executar o dispositivo constitucional permitindo a aplicação da sanção capital em relação aos delitos políticos e de homicídio qualificado” (DOTTI, 1998, p. 65). Por conseguinte, passou por uma comissão revisora composta por grande juristas da época, dentre eles Néelson Hungria e Roberto de Lyra, sendo finalmente o novo Código Penal publicado por Decreto Lei nº 2.848 de 31 (trinta e um) de dezembro de 1940 (mil novecentos e quarenta), passando a vigorar apenas em 1942 (mil novecentos e quarenta e dois) (PRADO, 2014).

O então estatuto repressivo encontra-se em vigor até os dias atuais, no entanto com algumas reformas que foram realizadas com decorrer dos anos visando atualiza-lo. Fragoso (1991) *apud* Teles (2004, p.66) expõe que o referido Código Penal “era eclético, como se falou e declara a Exposição de Motivos. Acende uma vela a Carrara e outra a Ferri. É aliás, o caminho que tomam e devem tomar as legislações contemporâneas”.

Com o término do considerado Estado Novo foi restaurado à democracia, sendo promulgada em 18 (dezoito) de setembro de 1946 (mil novecentos e quarenta e seis) uma nova Constituição. Ampliou e restaurou alguns direitos e garantias individuais que foram tolhidos na Constituição de 1937 (mil novecentos e trinta e sete), estando disciplinado nos Artigos 141 ao 144, da Magna Carta de 1946 (mil novecentos e quarenta e seis), trazendo expressamente no §20, Art. 141, a garantia da liberdade plena, só podendo ser restringida “em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei”; no §29, Art. 141, prevê o princípio da individualização da pena e a previsão que a lei retroagirá em benefício do réu, *novatio legis in mellius*; o §31, do Art. 141, consagra e restitui uma das maiores conquistas da humanidade, que foi tolhida pela Constituição anterior a esta, todavia foi revigorada na nova, *ipsis litteris* “não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo,” ressalvando no caso de guerra com país estrangeiro, observando a legislação militar.

Com o mesmo fundamento e pretexto do golpe de Estado de 1937 (mil novecentos e trinta e sete) com a finalidade de conter a:

Expansão do comunismo e dos movimentos anárquicos no interior do país, porém sob inspiração e auxílio do exterior, determinaram a reação militar de 31 de março de 1964 que destituiu o Governo, atrofiou o Congresso Nacional e iniciou o processo de milhares de prisões e acusação por motivos políticos (DOTTI, 1998, p. 74).

No entanto, mesmo neste período de Estado Autoritário, visando à substituição do Código Penal de 1940 (mil novecentos e quarenta), foi solicitado ao ilustríssimo doutrinador Nélson Hungria a elaboração de Anteprojeto de um novo Código Penal, sendo os trabalhos concluídos em 1963 (mil novecentos e sessenta e três), sendo outorgado pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, tendo em vista o Congresso Nacional estar em recesso, conforme o Ato Complementar 38 (trinta e oito) e o Ato Institucional 5 (cinco), no ano de 1969 (mil novecentos e sessenta e nove). Todavia, não entrou efetivamente em vigor, sendo considerado o maior tempo da *vacatio legis* da história jurídica brasileira, desta maneira em 10 (dez) de outubro de 1978 (mil novecentos e setenta e oito) foi revogado.

Através de uma digressão histórica Ney Moura Teles (2004, p. 67) examina que:

Na década de 80, os problemas eram enormes. O sistema penitenciário mostrava uma superpopulação carcerária jamais vista, com um número elevadíssimo de mandados de prisão sem cumprimento, por impossibilidade de encarcerar novos delinquentes. Ao mesmo tempo, novas orientações doutrinárias povoam as discussões entre os juristas do país.

Contribuindo Carvalho Filho (2002, p. 43-44) demonstra outro símbolo da história das prisões brasileiras é “a Casa de Detenção de São Paulo, também no Carandiru, que chegou a hospedar mais de 8 mil home, apenas de só ter 3.250 vagas.” Observa-se uma unidade prisional inaugurada em 1920 (mil novecentos e vinte) contendo do que mais existia de moderno pensado na execução penal, como outrora elucidado era visto com bons olhos pela comunidade jurídica, sendo frequentemente visitada e estudada por juristas brasileiros e estrangeiros. No entanto, com a criação em 1956 (mil novecentos e cinquenta e seis) destinada para detentos à espera de julgamento, acabou que aos pouco a finalidade da Casa de Detenção de São Paulo foi desvirtuada, acabando a abrigar detentos que estão já cumprindo pena, condenados.

No ano de 1977 (mil novecentos e setenta e sete) buscando solucionar a superlotação nos presídios brasileiros, ocorreu uma reforma do Código Penal de 1940 (mil novecentos e quarenta), incutindo na cabeça dos operadores do direito

que a prisão deveria ser destinada aos crimes considerados mais graves, que atentam contra os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade.

Conquanto, o movimento em busca de uma reforma mais profunda na legislação repressiva só veio ocorrer no ano de 1984 (mil novecentos e quarenta e quatro), que instituiu uma nova parte geral, com tópicos de nítida influência finalista (PRADRO, 2014). No mesmo ano foi criada a Lei nº 7.210, conhecida com Lei de Execução Penal (LEP), que trouxe grande inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, reformulando e positivando a execução penal.

No ano de 1988 (mil novecentos e oitenta e oito), teve o advento de uma nova Constituição, a qual está em pleno vigor até o presente momento, ampliou ainda mais o rol de direitos e garantias, consagrando na Carta inúmeros princípios penais com *status* constitucional, elencando no inciso XLVII, Art. 5º, que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e cruéis; deve-se observar o crime praticado e individualizar a pena de acordo com o infrator, nos dizeres do inciso XLVI, Art. 5, consagra a proteção do detento “assegurado aos presos a integridade física e moral”, inciso XLIC, Art. 5º. A Magna Carta de 1988 (mil novecentos e oitenta e oito) traz inúmeros outros princípios consagrados em seu texto legal, ficando a título explicativo os princípios e garantias supracitados como forma de demonstração da preocupação com a humanização da execução penal do legislador constituinte.

4.2 Apontamentos Acerca da Finalidade da Pena

Faz-se necessário uma breve exposição acerca da finalidade da pena, construído ao longo da evolução do Direito Penal, foram criadas inúmeras teorias visando evidenciar a finalidade da pena imposta ao infrator, destacam-se duas teorias que obtiveram maior relevância, as teorias absolutas e as relativas.

As teorias absolutistas fundamentam a existência da pena unicamente no delito praticado, sendo uma compensação ao mal causado pelo crime. A pena é retribuição, ou seja, compensação do dano pelo agente. Segundo Luiz Regis Prado (2014), “a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio da justiça distributiva”. No entanto, Claus Roxin (1999, p. 84) traz algumas consequências indesejáveis do ponto de vista político social, pois as teorias absolutistas:

Ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia.⁵

Veja o Estado conforme o Roxin (1999) não pode enxergar a pena como um mal necessário compensado por outro mal adicional, referida teoria retribucionista é citada como uma das causas do atraso do sistema de execução penal alemão, já que ordenamento jurídico alemão até aproximadamente 1977 (mil novecentos e setenta e sete) estruturava-se ao entorno da teoria retribucionista.

Com as teorias preventivas ou também denominadas teorias relativas conforme alguns doutrinadores (GRECO, 2013) a pena passou de acordo com os seus defensores busca evitar com a imposição da pena a prática de novos delitos. A pena é um instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros, para verificar diferença com as teorias absolutas faz por necessário verificar “se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir” (BITENCOURT, 2011, p. 132). Referida teoria se subdivide em prevenção geral e especial, passando desta forma a aborda-la.

A teoria da prevenção especial ao contrário das teorias absolutistas é voltada a prevenção novas infrações penais, adotando como princípio basilar o da ressocialização, como visa à reforma do infrator argumenta Claus Roxin (1999, p. 88):

Este consistiria, em atención a sus consecuencias, em reter al condenado el tempo necessário hasta que estuviera resocializado. Conducir a la introducción de una condena com pena de duración indeterminada y también, em su caso, a que por um delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años.⁶

⁵ A Execução da pena parte do princípio de imposição de um mal que não pode reparar os danos na socialização, que muitas vezes constitui a causa da prática de um delito, e por isso não é o meio adequado de luta contra a delinquência (Tradução nossa).

⁶ Esta consistia, em atenção às suas consequências, em reter Necessário condenou o ritmo até que ele foi ressocializado. Levar à introdução da pena penalidade com Uma por tempo indeterminado e, em caso algum, um crime que pouco importância poderia aplicar uma pena de prisão de muitos anos (Tradução nossa).

Por mais que os ideais da aludida teoria sejam formidáveis em razão da própria finalidade reformadora do detento. Claus Roxin (1999) faz um alerta no seguinte sentido, de que nem todo criminoso precisa necessariamente de uma reforma subjetiva, em razão muitas vezes da natureza da infração cometida, ao exemplo dos crimes culposos onde o agente incide na prática de uma infração penal por não observância de um cuidado geral, vindo a praticar o crime por imperícia, imprudência ou negligência, observa-se o agente não quis o resultado, todavia este ocorreu, neste caso fica explícito desproporcionalidade no momento de imposição da pena conforme no caso supracitado, pois de acordo com a teoria da prevenção geral que apregoa a imposição de uma pena de duração indeterminada, em consonância com exemplo citado onde o agente não tem o *animus* de reincidir a pena poderia ser desproporcional ou simplesmente não aplicável tendo em vista desnecessidade de uma imposição de uma pena visando à reforma do infrator.

Para melhor compreensão a Doutrina realiza uma divisão da teoria da prevenção especial sob dois aspectos. No seu viés negativo de acordo com Rogério Greco (2013, p.476) “existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere”, retirando da sociedade em que vive por certo período, observa-se aspecto ocorre apenas com a imposição da pena privativa de liberdade. Por outro lado, o aspecto positivo visa fazer com que o infrator desista de reiterar na prática delituosa.

Por outro lado, a teoria da prevenção geral nos dizeres Roxin (1999, p. 89) vê a finalidade da pena como uma *“influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruída sobre la prohibiciones legales y apartada de su violación”*⁷, destarte a pena deve não especialmente recair sobre o condenado, mas sim de forma indireta sobre toda a sociedade.

A teoria da prevenção geral também pode ser estudada sob dois aspectos. Do ponto de vista negativo, também chamado pela doutrina prevenção por intimidação, Teles (2004, p. 322) aduz consiste na teoria que “defendia a necessidade dar a maior publicidade às execuções das penas, para que todos tomassem conhecimento do sofrimento dos condenados”, incutido na sociedade o dever de respeito às leis. Por seu turno, sob o prisma positivo ou integrador como

⁷ Influência na Comunidade, que através das ameaças e execução da sentença penal deve ser instruídos sobre as proibições legais e isolada de sua violação (Tradução nossa).

costuma alguns doutrinadores denominar, Paulo de Souza Queiroz (2001) *apud* Greco (2013, p. 476) doutrina que para os defensores da referida teoria:

A pena presta-se não à prevenção negativa dos delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a finalidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.

Todavia, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 93) criticam a tese da prevenção geral, tendo em vista que:

Quando se elege o caminho da prevenção geral, o passo da repressão exemplar à vingança é muito sutil e muito difícil de identificar. A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que outro não reprimiu; que privou-se do que outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo. Apregoa ser uma tese predominante de um estado não democrático, adotado usualmente por governos autoritários.

Conquanto, o ordenamento jurídico brasileiro a pena deve ser compreendida em consonância com artigo 59, do Código Penal, o qual prevê que a pena deve ser “suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Na precisa lição de Luiz Regis Prado (2014, p.452):

A pena justa é provavelmente aquela que assegura melhor condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração.

Em decorrência da redação do artigo 59 do Código Penal, pode se extrair a conclusão que em nosso ordenamento jurídico adota-se uma teoria mista ou unificada da pena, que é a junção das outras duas teorias.

4.3 Espécies de Penas no Sistema Penal Atual

O Estatuto Repressivo traz expressamente três espécies de penas prevista no art. 32, as quais são: privativa de liberdade; restritiva de direitos; multa. Não deixando de mencionar a pena de prisão simples prevista na Lei das Contravenções Penais.

Para delimitar as referidas espécies o legislador no art.1º da Lei de Introdução do Código Penal estabeleceu algumas balizas:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente.

Primariamente como pena privativa de liberdade o Estatuto Repressivo subdivide em pena de reclusão e detenção, a primeira podendo ser cumprida inicialmente no regime fechado e a outra não, devendo se for o caso iniciar o cumprimento de pena no regime semiaberto. O §2º, do art. 33, do Código Penal estabelece alguns parâmetros a ser seguido pelo julgador no momento da fixação do regime inicial de cumprimento de pena.

As penas restritivas de direito de acordo com art. 43, do Código Penal, são: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana.

Por último a multa que pode vir a ser cumulada ou não com uma pena privativa de liberdade, tem natureza manifesta pecuniária e fixada conforme os parâmetros estabelecidos no art. 49, do Código Penal, que prevê sua fixação e calculo em dias-multas de no mínimo 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multas. O valor de cada dia multa conforme interpretação extraída do §1º, do art. 49, do Código Penal, pode ser de no mínimo de 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente à época ou de até 5 (cinco) vezes esse valor. No entanto, o legislador no art. 60, *Caput*, e, §1, do Código Penal, estabeleceu um critério especial para fixação da pena de multa, devendo ser observado a condição econômica do réu, bem como poderá triplicar este valor em razão da situação econômica do réu, comprovar a ineficácia mesmo fixada no máximo legal previsto.

4.4 Regime Penitenciário

Considerando que a pena privativa de liberdade comina pena de reclusão e detenção passa-se a examinar os tipos de regime de cumprimento de pena adotado no ordenamento jurídico brasileiro e quando serão fixados.

O Código Penal traz e seu texto a previsão de três regimes de cumprimento de pena, que são o regime fechado, semiaberto e o aberto, cumpridos de forma progressiva conforme §2º, do art. 33, do Estatuto Repressivo, por conseguinte, passa-se a um breve estudo acerca de cada um deles.

Entende-se por regime fechado, a "execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média", consoante com alínea a, §1º, do art. 33, do Código Penal. Devendo o condenado a pena de reclusão superior a 8 (oito) anos ou independentemente da pena se for reincidente cumprindo-a desde o início no regime fechado.

Compreende, por sua vez, o regime semiaberto a execução "em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar", de acordo com alínea b, §1º, do art. 33, do Código Penal. Sendo fixado como regime inicial para condenados a pena de reclusão não reincidente, cuja a pena seja superior a 4 (quatro) anos e não ultrapasse 8 (oito) anos, para condenados a pena de detenção independente se é reincidente ou pena exceda 8 (oito) anos, será fixado como regime de cumprimento de pena semiaberto. Todavia, em conformidade com posicionamento do Supremo Tribunal Federal consolidado na Súmula nº 269 "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais", destarte, caso um indivíduo pratique um novo crime e não tenha passado o período depurador, poderá o Magistrado fixar mesmo assim como regime inicial semiaberto, desde que as circunstancias judiciais constantes no *Caput*, do Art. 59, do Código Penal sejam favorável ao condenado e a pena igual ou menor a quatro anos.

Consiste no regime prisional aberto aquela o qual deverá ser cumprido nos ditames da alínea c, §1º, do Art. 33, do Código Penal, "em casa de albergado ou estabelecimento adequado", sendo fixado aos "condenados não reincidentes, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos", e aos reincidente

cuja pena seja inferior ou igual a quatro anos será fixado regime semiaberto, conforma supra explicitado.

Observa-se que todos os regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade devem ser cumpridos em estabelecimento adequado, a fim de cumprir a finalidade reformadora do detento.

4.5 Estabelecimentos Prisionais

Nas precisas lições de Renato Marcão (2013, p.125) o estabelecimento prisional é destinado “ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso”. A Magna Carta traz alguns parâmetros principiológicos acerca dos estabelecimentos prisionais, como a classificação dos detentos, consagrado no inciso XLVIII, Art.5º, onde aduz que “a pena será cumprida em estabelecimento distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, considera Foucault (2014, p. 255) como um princípio dentro das máximas universais da boa condição penitenciária onde os:

Detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação.

Consagrado primordialmente nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, de 1955, no item 8, da ONU, expõe que:

As diferentes categorias de reclusos devem ser mantidas em estabelecimentos penitenciários separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento penitenciário, tendo em consideração o respectivo sexo e idade, antecedentes penais, razões da detenção e medidas necessárias a aplicar. Assim:

- a) Na medida do possível, homens e mulheres devem estar detidos em estabelecimentos separados; nos estabelecimentos que recebam homens e mulheres, a totalidade dos locais destinados às mulheres será completamente separada;
- b) Presos preventivos devem ser mantidos separados dos condenados;
- c) Pessoas presas por dívidas ou outros reclusos do foro civil devem ser mantidos separados de reclusos do foro criminal;
- d) Os jovens reclusos devem ser mantidos separados dos adultos.

É através da Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Pena, que se consagra referidas orientações no ordenamento jurídico pátrio. Contempla-se como um

desdobramento da classificação a individualização da pena, constante no Art. 5 da Lei de Execução Penal, a qual Foucault (2014, p. 256) denomina como princípio da modulação das penas.

Destarte, é assegurado ao detento que os estabelecimentos prisionais possuam em suas dependências áreas e serviços destinados a prestar assistência, fazendo de maneira ampla e devendo ser implementado em conjunto com os Arts. 12 e 13, que cuidam da assistência material, que consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, por sua vez, o Art. 14 cuida da assistência à saúde dizendo que se deve realizar sob “caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (MARCÃO, 2013). Toda esta forma de estruturalização do estabelecimento prisional tem uma finalidade básica de evitar a proliferação de doença, em razão de ser um ambiente fechado como as prisões podendo ser fácil a propagação de doenças que poderiam levar a morte de quase se não todos os presos.

Além destas garantias é explicitado nos artigos 15 e 16, da Lei de Execução Penal, a assistência “aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado”.

Todavia, ocorre um contrassenso entre a lei abstrata e a realidade encontrada no sistema carcerário brasileiro.

5 REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Após breves apontamentos do vigente modelo de execução penal, é imprescindível antes mesmo de adentrar a análise dos dados da real percepção do sistema prisional brasileiro, o qual de acordo com parcela da doutrina é um sistema falido conforme preleciona Cezar Roberto Bitencourt (2011), útil se faz trazer as sete máximas universais da boa condição penitenciária elucidadas por Michel Foucault (2014), as quais muitas vezes desrespeitadas vêm a cominar no quadro de des zelo em que se encontra a grande maioria das unidades prisionais.

5.1 As Sete Máximas Universais da Boa Condição Penitenciária

Como muita perspicácia Foucault (2014) observando as revoltas dos detentos e conclui que é necessário voltar aos princípios fundamentais que foram elaborados com passar dos anos, denominando-se as sete máximas universais da boa condição penitenciária, que em sua essência constituem sete princípios, os quais serão discorridos logo abaixo.

Constitui na primeira máxima o princípio da correção dispondo que "a pena privativa de liberdade tem como objetivo principal a recuperação e a reclassificação social do condenado." (FOUCAULT, 2014, p. 255) Deve-se buscar a transformação do comportamento do condenado.

Por sua vez, a segunda máxima versa sobre o princípio da classificação prelecionando que os:

Detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, sus disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação (FOUCAULT, 2014, p. 255).

Busca-se fazer isto atualmente nas unidades prisionais de acordo com artigo 6º da LEP "a classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório", porém encontra-se dificuldade na prática decorrente a estrutura física e outros fatores.

A terceira máxima concerne no princípio da modulação das penas aduz que “as penas devem ser modulada segundo a individualidade dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou as recaídas.” (FOUCAULT, 2014, p. 256), pois objetivo principal é reformar o detento, devendo aplicar um regime progressivo de cumprimento de pena. Nosso sistema de encarceramento é o progressivo de acordo com artigo 112 da LEP:

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

Observa-se que devida falta de vaga em regime mais brando, surge um entendimento doutrinário e jurisprudência que admite a progressão de regime forçado para um regime mais brando até que surja vaga no regime anterior pretendido. Cita-se entendimento do Ministro do STF Ricardo Lewandowsky:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFICIÊNCIA DO ESTADO. REGIME MAIS BENÉFICO. ORDEM CONCEDIDA. I - Consignado no título executivo o regime semiaberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II - À falta de local adequado para o semiaberto, os condenados devem aguardar em regime mais benéfico até a abertura de vaga. III - Ordem concedida. (HC 94526/SP).

Hodiernamente decorrente aos inúmeros casos, como do *Habeas Corpus* supracitado, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 56, que traz em sua redação a consagração referido princípio:

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Deste modo, a partir da edição da referida súmula vinculante, todas as decisões judiciais devem guardar observância quanto a seu texto, caso o Juiz da Execução não conceda a progressão de regime para o mais brando na falta do regime intermediário ao exemplo tal decisão poderá ser objeto de recurso através de agravo em execução.

Por conseguinte, a quarta máxima versa sobre o princípio do trabalho como obrigação e como direito ao trabalho, é uns dos métodos que traz maior benefício ao detento, pois além de um método utilizado para transforma e socializa-lo é o trabalho que permite “aprender ou praticar um ofício, e dar recursos ao detento e sua família”. (FOUCAULT, 2014, p. 256). O trabalho do condenado consiste em um direito dever, segundo artigo 28 da Lei de Execução Penal o trabalho deve atender, “como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. Sendo o trabalho no ordenamento jurídico brasileiro um meio de remição da pena.

Destarte, a quinta máxima trata do princípio da educação penitenciária, diz que “a educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento” (FOUCAULT, 2014, p. 256). Pois a educação é um instrumento reformador e socializatório do detento. O estudo também é um modo de remir a pena de acordo com a Lei de Execução Penal.

A sexta máxima se refere ao princípio do controle técnico da detenção preleciona que “o regime da prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos”. (FOUCAULT, 2014, p. 256). Sendo que o controle técnico deve ser realizado por médicos, psicólogos ou pessoas que tenham conhecimento técnico e específico.

A última máxima traz o princípio das instituições anexas aduzindo que “o encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento” (FOUCAULT, 2014, p. 257). Concluindo Foucault (2014) diz que é mais que um apoio necessário dar uma “assistência aos prisioneiros durante e depois da pena com finalidade de facilitar sua reclassificação”.

No referido princípio contempla-se a necessidade de criar medidas ou mecanismos para após o detento ter sua liberdade conquistada, possa inserir novamente no seio da sociedade, para que o mesmo não volte a delinquir. Pois segundo João Baptista Herkenhoff (1998, p. 43) cita que:

D. Glasser (1964) constatou que 90% dos condenados reincidentes pesquisados por ele procuraram trabalho nos dois primeiros meses após a

reconquista da liberdade. Depois de encontrarem fechadas todas as portas é que voltaram a praticar novos delitos.

Uma das grandes dificuldades encontrada pelos ex-detentos é encontrar trabalho, isto decorre de um grande preconceito agregado à sociedade.

Desta maneira, apontado o estado ideal principiológico, passasse a análise das causas geradoras da crise carcerária.

5.2 Causas Geradoras da Crise das Prisões

Toda esta crise carcerária ocorre em razão da não observância do Estado na aplicação da lei, a qual apenas se perfaz no mundo abstrato e não no mundo concreto, muitas vezes como os princípios explanados e os tratados internacionais, os quais servem como parâmetros são inobservado pelo Estado.

Com muita sabedoria Rogério Greco (2016) elenca alguns fatores que influenciam sobre a crise das prisões, dentre eles os que se destacam são: ausência de compromisso por parte do Estado no que diz respeito ao problema carcerário; superlotação carcerária; ausência de programas destinados à ressocialização.

Em decorrência destes fatores o índice de reincidência tem cada vez mais aumentado. Adotando o conceito de reincidência criminal e não legal que considera reincidente apenas aquele que pratica de novo crime durante o período depurado, o STF (2009, s. p) constatou que os índices de reincidência variam entre 60% e 70%.

Por conseguinte, de acordo com as palavras de Sellin (1942) *apud* Roberto Lyra (1955, p. 111):

Em última análise, as instituições penais refletem a atitude dos cidadãos em relação aos prisioneiros. Enquanto o criminoso for tido como renegado social a ser punido, em vez de indivíduo ser ajudado e corrigido, noutras palavras, enquanto a atitude adotada, em relação ao tratamento dos criminosos, não for a mesma que se adota em relação à saúde deficiente, as reformas das prisões serão esporádicas e anticientíficas.

Mesmo as mais de meio século atrás até hodiernamente, este problema persiste, ficando visível no seio da própria sociedade de forma geral, uma vez que os cidadãos não veem com bons olhos qualquer política que visse a ressocialização do detento, fazendo com que o Estado fique equidistante a situação

ultrajante do sistema prisional, conquanto, esquecendo que um dia este retornará para o convívio social, tendo em vista a inexistência de prisão perpétua no ordenamento jurídico brasileiro, muitas vezes saindo pior do que quando entrou no sistema prisional, desta maneira, a sociedade sendo vítima da própria sociedade influenciada muitas vezes pelo sensacionalismo midiático.

5.2.1 Contrassenso legal e problemas correlatos

Observa-se que ordenamento jurídico brasileiro é amparado por normas que defendem os direitos dos encarcerados, a Magna Carta consagra inúmeros direitos fundamentais, em defesa da dignidade da pessoa humana, proibido de acordo artigo 5º XLVII, "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra; alínea b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis". Sendo assegurado, segundo a redação do artigo 5º XLIX "o respeito à integridade física e moral". Na mesma linha a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984), traz inúmeros direitos que na prática não se concretizam, vindo a gerar grandes violações a estes direitos que não são cumpridos ou muitas vezes são impostos de maneira inadequada, deixando a pena de cumprir sua função social de ressocializar o detento, que nos ditames do artigo 1º da LEP deveria a execução penal ter "por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica a integração social do condenado e do internado".

Constata-se a existência respaldo legal, por sua vez, não encontra estrutura física para poder abrigar o número de condenados, atendo os ditames da lei, como a classificação e individualização dos encarcerados. Segundo análise feita pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciária de julho de 2014, pelo Departamento Penitenciário Nacional (2014), o déficit de vagas é grande, sendo que a população prisional em 2014 é de 607.731 presos, e o número de vagas é de 376.669, sendo assim o déficit é de 231.062. De acordo com o último levantamento realizado pelo DEPEN (2014) de dezembro de 2014, o número de preso aumentou para 622.202, e pelo incrível que parece o número de vagas diminuiu para 371.884, em vez de aumentar, com consequência também o déficit de vaga aumentou para 250.318.

A taxa de ocupação no prisional brasileira é de 167%, ou seja, em um espaço concebido para custodiar apenas dez indivíduos, há, em média, 16 pessoas. Na França a taxa de ocupação de 113% (janeiro de 2016), na Alemanha 83,5% dados de 2015, nos Estados Unidos 102% (2013), no Chile 110% (2013) e na Colômbia 154% (2016), no Haiti 454% (2015), sendo considerado o país com a maior taxa de ocupação, com relação de quase cinco presos por uma vaga. Ficando o Brasil em 36º na lista de países com maiores taxa de ocupação (DEPEN, 2014).

Por sua vez, ao analisar cada Estado da Federação encontram-se números mais alarmantes, a maior taxa de ocupação prisional do Brasil, é do Estado da Rondônia de 292%, sendo Estado de São Paulo possui taxa de ocupação prisional de 166%, um por cento a menos que a que media nacional. Em contrapartida, o Estado do Espírito Santo é o que têm menor taxa de ocupação prisional do Brasil, sendo esta de 123% (DEPEN, 2014).

Em análise de dados colhidos em 2016, a taxa de ocupação regional de acordo com Conselho Nacional do Ministério Público (2016) é de 205,01% no Centro-Oeste, 208% no Nordeste, 156,16%, Norte, 160,90% Sudeste e 115,97% no Sul 115. Realizando uma média nacional chega à taxa de ocupação de 162,50%, menor do que aquela verificada em 2014 pelo Departamento Penitenciário Nacional.

Contudo a superlotação persiste e em decorrência desta situação, verifica-se conforme Rafael Damaceno de Assis (s. a, s. p) o descaso quanto à saúde física e mental dos detentos, decorrente de vários fatores, destacando:

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas. Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice da hepatite e de doenças venéreas em geral, a AIDS por excelência. Conforme pesquisas realizadas nas prisões, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis. Além dessas doenças, há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, hanseníase e com deficiências físicas (paralíticos e semiparalíticos). Quanto à saúde dentária, o tratamento odontológico na prisão resume-se à extração de dentes.

Toda esta situação degradante que o detento vem sendo submetido, em condições sub-humanas, ferem direitos consagrados em nossa Carta Magna como a proibição de imposição de penas cruéis e que fira a integridade física e moral, do mesmo modo viola as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos.

Mesmo após grande evolução do direito de punir, ainda nos tempos atuais, as prisões continuam horríveis mansões do desespero. Segundo salientado por Beccaria (2013, p. 30), “as leis e os costumes de um povo estão sempre atrasados vários séculos em relação às luzes atuais, conservamos ainda a barbárie e as ideias ferozes dos caçadores do Norte, nossos selvagens antepassados”. Deve-se busca uma política de punição, onde se busca recuperar o detento não apenas punir, pois esta não é a única finalidade da pena e tão menos sua função social.

Observa-se que muitas das revoltas em prisão são decorrentes destas situações, pois é a rebelião do corpo do condenado que não suporta tanta barbaridade e maus tratos, segundo Foucault (2014, p. 32) tais revoltas decorre de:

Uma miséria física que dura há mais de um século: contra o frio, contra a sufocação e o excesso de população, contra as paredes velhas, contra a fome, contra os golpes. Mas eram também revoltas contra as prisões-modelos, contra a fome, contra os golpes

Neste ambiente caótico a pena encontra várias barreiras para que possa exercer sua função social ressocializadora, observa-se que as situações descritas por Foucault não se diferencia das encontradas nas unidades prisionais no Brasil, onde ocorre superlotação e outras violações de direitos do encarcerado, impossibilitando que a pena atinja umas das finalidades primordiais adotada pelo Estatuto Repressivo, a finalidade preventiva. Em relação à superlotação carcerária Rogério Greco (2016, p. 228) doutrina que um dos motivos determinante é “a falta de verbas para a construção de novos presídios, bem como ao número excessivo de infrações penais praticadas pela população em geral”, bem como a hipertrofia do Direito Penal, que na visão utópica do legislador é o remédio para todas as causas.

Tendo em vista a situação em que se encontra o sistema carcerário o Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 MC/DF, reconheceu o estado de coisa inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, sendo relator o Ministro Marco Aurélio que deferiu parcialmente a medida liminar para que os juízes e tribunais:

a) motivassem expressamente, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, por que não teriam sido aplicadas medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) observassem os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos a fim de que se realizasse em até 90 dias audiências de custódia, bem como viabilizasse o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) considerassem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e d) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo. O relator determinou, ainda, que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN e não realizasse novos contingenciamentos. (STF, INFORMATIVO 796, agosto de 2015).

Sem aprofundar no mérito da decisão do Supremo Tribunal Federal, fica mais do que evidente que o modelo prisional deve ser reformular, uma vez que o Estado não está conseguindo cumprir com mínimo dos direitos básicos dos executados, ressalva se faz no sentido de que não se quer privilegiar os vulgos delinquentes, mas sim a sua diminuição, ainda que a primeiro momento aparenta-se como uma utopia, deve-se buscar a humanização e o respeito dos direito já consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

5.3 Proposta de Reforma

Com um sistema prisional como explicitado em crise decorrente de vários fatores como a superlotação, os maus-tratos verbais ou de fato e entre outro, acabam por não propiciar a melhora do detento, o que a doutrina denomina como ineficácia da pena privativa de liberdade. Bitencourt (2011, p. 162-164) sintetiza os argumentos em duas premissas, a primeira:

Considera-se que ambiente carcerário, em razão de sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realiza nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. [...] Seguindo raciocínio como esse, chega-se a posturas tão radicais como a de Stanley Cohen, que considera que é tão grande a ineficácia da prisão que não vale a pena sua reforma, pois manterá sempre seus paradoxos e suas contradições fundamentais. Por isso, Cohen chega ao extremo de sugerir que a verdadeira solução ao problema da prisão é a sua extinção pura e simples.

Por sua vez, a segunda premissa conclui que:

Sobre outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador. [...] Sob essa perspectiva, menos radical que a mencionada, fala-se da crise na prisão, mas não como algo derivado estritamente de sua essência, mas como resultado da deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, o que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam converter a pena privativa de liberdade em meio efetivamente reabilitador.

Nota-se que segunda premissa é mais razoável deve-se buscar uma reforma, esta reforma não é legislativa, pois esta a previsão legal já existe, falta coloca-la em prática, através de uma série de reformas desde estrutural até uma reforma ideológica da própria sociedade.

Frente a esta realidade surgiram varias proposta de alternativa para as penas privativas de liberdade, indo contrariamente a concepção dos antigos sábios que consideravam:

A pena, segundo uma fórmula célebre, como um mal que se impõe ao delinquente pelo mal que ele causou, ignorando aquilo que Cristo disse a propósito do demônio que não serve para expulsar o demônio: não é com o mal que se pode vencer o mal (CARNELUTTI, 2015, p. 21).

Observa-se a pena em especial a privativa de liberdade, deixa de ser concebida como um mal necessário e passa ser concebida conforme concepção moderna, utilizado a em *ultima ratio*. Em decorrência deste entendimento por grande parcela da doutrina é que começou a surgir à ideia de penas alternativas para evitar o aprisionamento indevido de indivíduos não contumazes.

A primeira pena alternativa surgiu na:

Rússia em 1926, a “prestação de serviços à comunidade”. Após alguns anos o diploma russo criou em 1960 a pena de trabalhos correcionais, sem privação de liberdade, que era cumprindo no domicilio do condenado sob a vigilância do órgão encarregado da execução da pena. Já na Inglaterra foi produzido a alternativa “prisão de fim de semana”, através do *Criminal Justice Act* em 1948, e a Alemanha acompanho em 1953, sendo aplicado somente para menores infratores. Em 1963 a Bélgica adotou o arresto de fim de semana, para penas inferiores a um mês. Já em 1967, o principado de Mônaco adotou a execução fracionada da pena privativa de liberdade, onde as detenções eram semanais. [...]e o Brasil com sua reforma de 1984 (SOUZA, 2016, s. p).

Bem como hodiernamente na legislação pátria a suspensão condicional da pena ou processual e a possibilidade de transação penal no crime com pena igual ou inferior a dois anos, conforme a Lei nº 9.099/95, são políticas criminais que visam diminuir o número de encarceramento indevido.

Também, tem se discutido a privatização das unidades prisionais, com uma forma alternativa para a observância dos direitos e garantias do executado, uma vez que, o próprio Estado de forma geral mostrou ineficaz, mas existe grande embate quanta sua constitucionalidade que será aprofundado no próximo capítulo.

6 PRIVATIZAÇÃO DAS UNIDADES PRISIONAIS

A ideia de privatização das unidades prisionais surgiu muito anteriormente do que comumente se pensa, como algo novo que surgira no século passado, para Edmundo Oliveira (2002) *apud* Ghader (s.d.; s.p.) a privatização remonta ao início da civilização, ao exemplo das masmorras, utilizada pelos hebreus, conforme visão do ilustríssimo doutrinador.

Entretanto, ressalta ser um pensamento forçado afirmando à existência de privatização em uma época em que as prisões tinham finalidade puramente custodial, não vislumbravam a privação de liberdade do delinquente conforme concepção moderna construída pelas teorias da finalidade da pena, servia apenas como passagem para execução da pena principal que guardava em sua essência os suplícios. Conforme Cordeiro (2014, p. 43) a privatização foi antevista “em 1761 por Jeremy Bentham, que defendia a entrega da administração das prisões a particulares, os quais poderiam usá-las como fabrica”, lembrando que nesta época utilizava-se o sistema Auburniano ou chamado “*workhouses*” (casas de trabalho), mas já aquela época Bentham já alertava dos possíveis abusos que poderiam acontecer nesta forma de cárcere, alertando que deveria adotar o princípio da inspeção total, que é facilitado pela arquitetura do panóptico desenvolvido por ele mesmo, onde facilita o monitoramento dos executados (CORDEIRO, 2014).

No mais, foi tentado realizar a gestão de estabelecimento prisional por empresas privadas no século XIX, portanto não obteve o êxito esperado e desta forma foi primariamente abandonado, apenas ganhou proporção no decorrer do século XX. Desta forma, declina-se a análise da estrutura do sistema prisional privatizado, suas vantagens e desvantagens e sua constitucionalidade.

6.1 Conceito de Privatização

Para chegar a um conceito do que consiste em privatização, deve-se socorrer a seara do Direito Administrativo que o conceitua, conforme as palavras do ilustríssimo doutrinador Hely Lopes Meirelles (2014, p. 280) como “uma forma de concessão de serviços públicos, uma vez que é a privatização uma forma de concessão de serviço que era destinado ao setor público ao setor privado”. Osório

(2005, s. p) faz um alerta quanto aos diversos significados apresentados pelo termo privatização:

a) em primeiro lugar, pode significar a transferência total ou parcial da propriedade de empresas ou bens públicos para a iniciativa privada. Este é um conceito restrito de privatização; b) privatização pode significar a concessão, mediante contrato, à iniciativa privada da gestão de empresas públicas ou de serviços públicos. Nesse caso, o conceito de privatização é mais amplo; c) também pode ser utilizado para designar a subcontratação de serviços à iniciativa privada. Seria o que podemos chamar de terceirização, por meio da qual uma série de serviços é executada pela iniciativa privada, tais como limpeza, conservação, vigilância; d) privatização significa também a transferência à iniciativa privada de setores explorados pelo setor público, em regime de monopólio; e) outra acepção importante para o termo privatização é aquela de desregulação, que significa que o Estado, por uma série de motivos, deixa de regular um determinado setor econômico.

Observa-se que todos os termos convergem num único sentido que é a redução da atuação do Estado em determinado setor.

De acordo Juliette Jarvis (2004, s. p) a privatização das prisões pode ser definida *“comme le transfert de fonctions étatiques du secteur public vers le secteur privé à but lucratif. Concernant les établissements de détention, celle-ci peut prendre plusieurs formes”*⁸. Desta maneira, pode-se entender a privatização de varias forma, ou seja, não apenas sob o viés do regime privatizador total.

Destarte, sendo a privatização uma forma de redução da atuação do Estado ela pode concretizar de quatro modos conforme Carvalho Filho (2002) basicamente quatro modelos de privatização, onde cada um deles tem sua peculiaridade conceitual: primeiro modelo chamado de arrendamento de prisões é onde empresa financia a construção e arrenda o estabelecimento prisional para o Estado por um determinado período, depois de um determinado tempo a propriedade passa a ser do Estado; o segundo modelo a unidade prisional funciona como uma fabrica, onde a empresa ao exemplo monta uma linha de produção e administra o trabalho dos presos; a terceira forma ocorre quando setor privado fornece serviços de hotelarias, ao exemplo educação, alimento, saúde, entre outros serviços; o quarto modelo é basicamente quando a empresa privada toma conta total do presídio, de acordo com os parâmetros legais.

⁸ Como a transferência de funções do setor público ao Estado para o setor privado com fins lucrativos. Concernentes instalações de detenção, podendo assumir muitas formas (Tradução nossa).

Por outro lado, conforme observações de Grecianny Carvalho Cordeiro (2014) existem três sistemas de prisão: primeiro é o estatal, aquele onde não existe nenhuma participação por parte da iniciativa privada, ficando a cargo do a execução da penal tão somente do Estado; segundo é o privado, caracterizado pelo sistema onde ocorre interferência da iniciativa privada na execução da penal, em um grau maior ou menor; terceiro é o comunitário, é o sistema onde a própria comunidade, através de ONGs ou associações civis sem fins lucrativos, cita-se como exemplo o modelo apaqueano.

Sendo assim, o emprego do termo privatização neste trabalho não deve ser levado ao rigor conceitual, devendo entendê-lo sob o viés amplíssimo, analisando de acordo com o contexto empregado, pois a privatização nos EUA é totalmente diferente daquela empregada no direito pátrio, que na verdade seria mais uma terceirização do que propriamente uma privatização, realizado também pelas parcerias público-privadas, desta forma, entende-se que existe a privatização e esta se concretiza através do regime de gestão mista ou total. Entretanto a de ressalta que referida nomenclatura e divisão não é pacífica, existindo quem na doutrina diz que o emprego do termo privatização por meio de gestão mista é inadequado, sendo o certo o emprego do termo terceirização, conforme D'Urso (1999).

Superado o rigor conceitual, passa-se em tópicos seguintes a análise no direito comparado dos principais modelos adotados em especial nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França, bem como as experiências brasileiras.

6.1.1 O modelo de privatização no direito comparado

Em um primeiro momento analisa-se o processo de privatização das unidades prisionais nos Estados Unidos, uma vez em que se revela como um dos países precursores a levantar esta bandeira.

Para chegar ao presente momento, deve-se fazer uma digressão histórica quanto aos motivos que levaram os Estados Unidos da América a privatizar alguns de seus presídios, sagazmente Carvalho Filho (2002, p. 62) doutrina que a partir de “1980, quando as penitenciárias estavam superlotadas, a Justiça exigia adequação do número de vagas ao número de presos e não havia recursos para gerenciar e construir novos presídios”. Esta superlotação observada nos presídios norte americanos ocorria em razão da política criminal adotada, a do “*law and*

*order*⁹, um política de intolerância que nos dizeres de Fernando Antônio Sodré de Oliveira (2009, s. p) objetiva:

Controlar a violência por meio de um “combate” (aqui o termo é bem apropriado) à criminalidade, visualizando o fenômeno criminal como um mal que deve ser extirpado da sociedade a qualquer custo (e que custos!). A delinquência, segundo esta corrente político-criminal, pode e será contida por uma repressão intensa, pois se acredita que o problema da delinquência se deve, principalmente, à falta de repressão criminal.

Em razão da adoção desta política neorretribucionismo que a população carcerária dos EUA subiu em números alarmante e não encontrando lugar onde “depositar” os condenados, gerou a superlotação das unidades prisionais. E como no Brasil¹⁰ onde o Poder Judiciário do EUA exigiu do Estado a adoções de medidas para buscasse diminuir as péssimas condições das unidades prisionais, de modo não viu outra solução a não ser a construção de novos presídios, todavia, não tinha disponibilidade orçamentária, achando a solução através de empréstimos, mas neste ponto que reside o problema encontrado, uma vez em que caso o valor da construção do presídio ultrapassasse os limites previstos em lei, o aumento desta dependia de plebiscito (CORDEIRO, 2014). Mas como nas maiorias dos países, onde ocorre negação por parte da sociedade em ver o dinheiro público sendo destinada à ressocialização do executado, não diferente no EUA, fez com que buscassem alternativas para solucionar a superlotação dos presídios, o que acabou por consolidar no pensamento da privatização dos presídios.

Desta maneira, o impedimento ora encontrado para construção de novos presídios que deveriam ser submetidos a plebiscito, vislumbro como uma solução de acordo com Grecianny Carvalho Cordeiro (2014, p. 82) “o arrendamento e o financiamento de prisões por parte da iniciativa privada, mediante pagamento de consideráveis taxas de juros, tornando desnecessária a consulta popular”. Adotou da mesma forma a contratação de empresas para administração do estabelecimento prisional, sem que fosse necessária a autorização da população que constituía um obstáculo no EUA. Em 1983 foi inaugurada a prisão de Silverdale, pela empresa *Corrections Corporation of América*, com a capacidade de 500 reclusos, com das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, tendo como sócio fundador Thomas Beasley propondo de acordo com Laurindo Dias Minhoto (2002, s. p)

⁹ Lei e Ordem

¹⁰ Por meio da ADPF 347 MC/DF.

propunha oferecer "aos Estados fórmulas alternativas de financiamento da construção de novos estabelecimentos, adotar técnicas de gestão empresarial na administração das prisões", fazendo com que as violações de direitos dos executados diminuíssem. Como bem observado por Ghader (s. a, s. p) reconheceu a Suprema Corte dos Estados Unidos através da Súmula nº 1.981 a constitucionalidade da "implantação de prisões privadas, cabendo a cada Estado avaliar as vantagens advindas destas experiências, em termos de qualidade e segurança, nos domínios da execução penal".

De acordo com o posicionamento da *Supreme Court of the United States*¹¹ não obstante a privatização e frente a ausência de recursos por parte dos Estados, bem como a superlotação do sistema prisional norte americano este modelo prisional foi expandindo-se conforme análise de Loic Wacquant (2011), uma vez em que no ano de 1980 não existia nenhuma prisão privatizada, tendo no ano de 1988 4.630 vagas nas prisões privada e dez anos após em 1998 o número de vagas era de 132.572, tendo um aumento de quase vinte e oito vezes a mais do que encontrado dez anos atrás, chegando no ano de 2001 ao número de 276.655 vagas. Em conformidade com Rogério Greco (2016, p. 233) existem mais de 160 unidades prisionais privadas nos EUA, onde "a empresa privada se encarrega da construção, bem como da administração do sistema carcerário", enquadrando no modelo que Carvalho Filho (2002) classifica como modelo de privatização total, onde será observando na administração do presídio o ordenamento jurídico interno.

Em contra partida o modelo de privatização adotado na França funciona como um sistema de cogestão, também denominado de sistema misto, de cogestão ou de terceirização, que Carvalho Filho (2002) diz constituir como serviços de hotelarias, onde nos dizeres de Luiz Flávio Borges D'Urso (2002, s. p) o setor privado especializado ira "gerir os serviços daquela unidade prisional – alimentação, vestimenta, higiene, lazer etc. –, enquanto o Estado administra a pena, cuidando do homem sob o aspecto jurídico". Exemplificando Rogério Greco (2016, p. 233) elucida que cabe a empresa privada:

- a) construção da penitenciária;
- b) colocação de todos os móveis necessários ao seu funcionamento;
- c) manutenção de serviços médicos e dentários;
- d) criação de áreas de lazer;
- e) fornecimento de alimentação, roupas, medicamentos etc.;
- f) segurança interna, realizada por pessoal

¹¹ Suprema Corte dos Estados Unidos

contratado, ou mesmo por funcionários registrados pela empresa privada; g) fornecimento de assistência judiciária gratuita para os presos; h) possibilidade de assistência religiosa.

Observa-se conforme elucidado, são serviços chamados de hotelaria, ou seja, competira ao setor privado realizar todos os serviços que diz concerne ao funcionamento do sistema prisional.

Neste modelo “o diretor do presídio não é indicado pela empresa privada, mas sim pelo governo, [...] vigilância externa será realizada pelos policiais pertencente ao Poder Público” (GRECO, 2016, p. 233).

O Brasil vem adotando ainda quem em fase experimental o sistema da cogestão, igual ao do francês, uma vez em que conforme D'Urso (2002, s. p) o modelo americano seria inconstitucional, não podendo ser adotado no ordenamento jurídico brasileiro, frente proibição constitucional da indelegabilidade da jurisdição.

Influenciado por motivos semelhantes ao dos Estados Unidos da América, a Inglaterra também passava por uma crise no sistema penitenciário decorrente da superlotação e os altos custos para manutenção das unidades prisionais, fator agravado também em razão da política da tolerância zero, *law and order*. Desta forma, a Inglaterra passou a investir na construção de novas unidades prisionais, medida que não se mostrou eficaz, por tal razão vislumbro no sistema privatizado a solução para o sistema prisional.

Portanto, o modelo inglês diferencia do americano, uma vez que nas palavras de Grecianny C. Cordeiro (2014, p.94) o sistema britânico “caracteriza-se por uma menor intervenção da iniciativa privada na administração prisional, cabendo-lhe o fornecimento dos serviços de hotelaria”, conforme explicitado compreende como os serviços de alimentação, higiene, saúde, educação, dentre outros. Sendo reconhecida pelo Parlamento britânico no ano de 1993, como uma forma legal de administração dos presídios, destinando assim aos definitivamente condenados (MINHOTO, 2000).

6.1.2 Protótipos do modelo privatizador nas unidades prisionais brasileiras

Perante a superlotação dos presídios e o alto índice de reincidência é que foram inaugurados alguns protótipos de unidades prisionais privadas no Brasil, sem neste momento entrar no mérito acerca da sua viabilidade no ordenamento

jurídico interno, menciona-se algumas destas unidades prisionais privadas, no decorrer deste tópico.

A primeira experiência em “terras tupiniquim” foi à penitenciária de Guarapuava, localizado Estado do Paraná, inaugurada em 12 de novembro de 1999, adotava o modelo parecido com o francês chamado de cogestão ou conforme alguns doutrinadores de terceirização, como explicitados neste sistema cabem à iniciativa privada fornecer os já referidos serviços de hotelaria, sendo os diretores nomeados pelo Estado.

A Penitenciária Industrial de Guarapuava (PIG) teve um custo para os cofres públicos de R\$ 5.323.360,00, com capacidade para atender no máximo 240 presos, que devem preencher certos requisitos para ingressarem e permanecer. O repasse mensal feito pelo governo à empresa Humanitas, que administra o presídio, é de R\$ 297.000,00, perfazendo o gasto com o executado na quantia mensal de R\$ 1.200,00, em conformidade com dados colhidos no ano de 2005 (OSÓRIO, 2005).

Realizando uma análise do perfil do preso que se encontra no presídio de Guarapuava segundo Osório (2005, s. p):

O perfil dos criminosos que lá se encontram, segundo relatório mensal [Dados obtidos junto à Direção do Presídio de Guarapuava, em 08/03/2004] obtido junto à direção do presídio de Guarapuava, apresenta traços peculiares, denotando a vocação do estabelecimento à tutela dos delitos de maior lesividade. Grande parte dos criminosos que estão em Guarapuava praticaram delitos de maior potencial ofensivo, como homicídio (35% do total), tráfico de entorpecentes (21% do total), latrocínio (20% do total) e estupro (15% do total). Para os demais crimes, restam apenas 9%. Dos ingressos no estabelecimento criminal, 181 (cento e oitenta e um) são primários, e 58 (cinquenta e oito) reincidentes. A média de idade concentra-se entre 21 e 35 anos, abarcando 145 (cento e quarenta e cinco) detentos (60% do total).

O entusiasmo como dados obtidos deve ser visto com cuidado nos parâmetros levantados em meados de 2002 por D'Urso (2002, s. p), uma vez em que “tais experiências sejam um sucesso e que precisam ser observadas, sem paixões, para se constatar o óbvio: que essa nova forma de gerenciar cadeias é processo irreversível no Brasil”. D'Urso fez esta ressalva, pois ao tempo da pesquisa realizada a Penitenciária Industrial de Guarapuava não havia sido constatado nenhum incidente e parecia à solução, talvez uma utopia passageira, pois nenhum sistema prisional conforme análise histórica é perfeita a um longo prazo, podendo ser melhor que o anterior, mas nunca perfeito. Posto isto, passado mais de quinze anos da sua

inauguração, no ano de 2014 ocorreu uma rebelião na Penitenciária Industrial de Guarapuava.

Segundo matéria jornalística publicada no G1 PR (2015), após um ano da rebelião na PIG a área industrial ainda não estava funcionando, relatou um agente penitenciário que a unidade prisional deixou de receber recurso como recebia no princípio e que “se não tiver o investimento que outrora tinha, ela não vai mais ser o modelo, muito pelo contrário, nós verificamos hoje uma das piores penitenciárias no estado para se trabalhar”. Em reportagem realizada pela Rede Sul de Notícias e redigida por Esteche (2015) complementou que na rebelião de 2014, houve a fuga de dois detentos considerados perigosos, entretanto, esta não foi à única fuga registrada. Constata-se também que os contratos realizados com as empresas que iram prestar serviços são de no máximo três anos, prorrogados por mais dois.

No município Juazeiro do Norte, no Ceará, no ano de 2001, foi inaugurada a Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC), sendo esta segunda unidade prisional dita como priva, custando o valor de R\$ 5.703.006,63, sendo repassado mensalmente a quantia de R\$ 437.672,58 (OSÓRIO, 2005). De acordo com análise feita por Grecianny C. Cordeiro (2014, p.106):

O estabelecimento penal de segurança média, a PIRC possui capacidade para abrigar 544 presos, sendo todas as celas coletivas num total de 179. Dispõe a penitenciária do Cariri de quadras de esportes em cada vivência (ou pavilhão) e salas para atividades educacionais, orientação religiosa, televisão e música. Além disso, existem várias oficinas (padaria, artesanato, fabricação de joias, artigos para calçados, horta, cozinha, conservação, limpeza, lavanderia, manutenção hidráulica e elétrica, etc).

Do mesmo modo que na penitenciária de Guarapuava, a de Juazeiro do Norte foi inicialmente administrada pela empresa Humanitas, depois pela Conap, tendo como custo mensal de cada detento em torno de R\$ 797,00. No ano de 2001, consoante análise feita por Ghader (s. a, s. p) a PIRC contava com uma população carcerária de 209 executado, tendo 340 vagas disponíveis, pois sua capacidade é de 549.

A de ressaltar que no Estado do Ceará tal modelo foi descontinuado no ano de 2007 por força de decisão judicial tendo vista "ações civis públicas interpostas pelo Ministério Público (Federal, Estadual e do Trabalho), bem como

pela OAB" (CORDEIRO, 2014, p.106), mas em grau recursal em 2014, a referida ação civil pública foi julgada improcedente.

Hodiernamente, mesmo após julgada a improcedente da ação civil pública a administração do presídio encontra-se na mão do Estado do Ceará, fica evidente o contraste das duas administrações de acordo com último relatório semestral de dezembro de 2016, feito pela Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará, a Penitenciária Industrial Regional do Cariri encontra com 812 executados, com taxa de excedente de 47,9%¹², veja a superlotação que era quase nula durante a dita privatização, atualmente se faz presente na PIRC, deturpando a finalidade inicial a que se propunha.

As penitenciárias de Guarapuava e Cariri foram as precedentes do modelo privatizador brasileiro, tendo influenciado de uma forma ou de outra a disseminação desta ideia.

Destarte, também foi adotado pelo o Estado da Bahia, no ano de 2007, em cinco estabelecimentos prisionais, com modelo de gestão semelhante ao de Guarapuava e Cariri, nos dizeres de Grecianny C. Cordeiro (2014, p. 107) “cabe ao estado indicar o diretor-geral, o diretor-adjunto e o chefe de segurança, enquanto que a empresa é responsável pela contratação do restante do pessoal”, que seriam o pessoal responsável pela limpeza, funcionários relacionado a área da saúde, sendo a segurança externa feita pelos policiais militares. O custo mensal de cada preso é de R\$1.400,00, conforme informações e dados levantados por João Peixoto Garani (2011).

Outras unidades com o modelo de gestão parecido como os demonstrados podem ser encontrados nos Estados do Amazonas, Pernambuco, Espírito Santo, Minas Gerais e Santa Catarina.

6.2 Embasamento Legal do Modelo de Gestão Prisional

Superado em primeiras laudas deste capítulo o embate terminológico de privatização, entendendo melhor a doutrina que compreende a privatização sob duas formas, total e a mista, a última consubstanciando no regime da cogestão ou

¹² Informações disponíveis em <http://www.sejus.ce.gov.br/images/relatorio-semanal-2016.pdf>.

terceirização e a partir do ano de 2004 através das parcerias público-privadas, tendo em vista o advento da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

Isto posto, como evidenciado em tópico anterior as primeiras unidades prisionais privadas no Brasil foram implantadas antes mesmo a criação da Lei nº 11.079/04, que instituem as parcerias público-privadas (PPPs), desta forma elas eram realizadas mediante cogestão ou terceirização.

A terceirização conforme posicionalmente explanado neste trabalho consiste em uma forma de privatização mista, que ocorre através da “contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiros para o desempenho de atividade-meio” (LEMOS, 2006, p. 77), podendo ser realizada por concessão que ocorre através da delegação do poder público para “tão-somente a execução do serviço (próprio do Estado), que continua sendo público, sem transferir qualquer prerrogativa pública” (CORDEIRO, 2014, p. 119). Conforme a Magna Carta em seu artigo 175, exterioriza a necessidade de licitação e fiscalização por parte do Estado dos serviços prestados pela empresa. Todavia, Grecianny C. Cordeiro (2014) critica no sentido de que alguns Estados, ao exemplo do Ceará não foi realizando o processo licitatório sob a alegação de notória especialização, com fulcro no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, mas ela ressalta que existem outras empresas no Brasil que desempenham a atividade gerenciamento prisional, desta forma, faz necessário abrir o processo licitatório. Cordeiro explicita que na verdade estão tentando mascaram uma verdadeira privatização e a de concordar tal atitude não e vista com bons olhos, tendo em vista a impossibilidade perante a ordem jurídica brasileira de privatização através do regime total.

Esta terceirização conforme posicionamento da doutrina pode ocorrer de duas formas, a primeira onde ocorre a terceirização apenas dos serviços de hotelaria e a outra onde ocorre uma menor participação do Estado, onde apenas nomeará o diretor da penitenciária e ficará responsável pela segurança externa da unidade prisional. Esta última forma encontrando pouca aceitação na doutrina.

Por sua vez, a cogestão também conforme posicionalmente adotado consiste em uma forma de privatização mista, onde também ocorrerá nomeado dos diretores, diferenciando da terceirização, pois tratar-se de uma administração realizada em parceria enquanto “a terceirização significa um serviço ou determinada atividade que quando delegada a um terceiro a responsabilidade do planejamento, execução e supervisão da tarefa é terceirizada” (GARANI, 2011, s. p). Este modelo

de gestão é empregado em algumas unidades prisionais no estado do Espírito Santo. Contudo, a linha tênue entre o conceito de terceirização e cogestão, devendo o observador tomar cuidado em sua análise.

Com advento da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, surgiu um novo modelo de contratação, onde também serão nomeados pelo Estado os diretores da unidade prisional dentro dos quadros de seus servidores, formalizando através de um processo licitatório e atendidos outros requisitos específicos exigidos em lei, estabelecerá uma parceria publica-privada, que consiste de acordo com Hely Lope Meirelles (2014, p. 294) em:

Um contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, sendo que concessão patrocinada é concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (§1º); e concessão administrativa o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens

Nos contratos com as unidades prisionais ditas privadas, tem feito a escolha da parceria público-privada através de contratos de concessão administrativo, ficando responsável a empresa que preencher os requisitos legais, bem como vencedora do processo licitatório responsável pelo projeto de construção, operação do estabelecimento prisional, por sua vez, quando feita à escolha pela modalidade patrocinada, o particular realizar ao exemplo a obra do presídio apenas, não auxiliando a administração pública. O repasse financeiro do Estado, nestes casos, é feitos sem cobrança de tarifa do usuário do serviço que é o executado, em razão lógica uma vez que não é dada a opção ao executado de usar o sistema prisional ou não (GARANI, 2011).

Destarte, no momento da celebração do contrato deve observar o §4º, do artigo 2º, da Lei nº 11.079/04, que traz alguns limites que devem ser observados, dentre eles esta a limitação do valor do contrato, não podendo ser realizado ser for inferior a vinte milhões de reais, não podendo o período de prestação de serviço ser inferior a cinco (5) anos ou superior a trinta e cinco (35) anos, ou que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Estando ausente um destes requisitos

não poderá fazer o contrato por meio de PPPs, devendo se for o caso fazer por meio de concessão comum, regulamentado pela Lei nº 8.987/95.

No entanto, este valor muito vezes não é um óbice à realização das PPPs na contratação de gestão penitenciária, uma vez que o valor estabelecido legalmente é ultrapassado facilmente, ao exemplo do Estado de Pernambuco que ira pagar o valor de R\$ 287 milhões, no decorrer de trinta três (33) anos, custando o executado em valores mensais o equivalente a R\$ 3.150.

Outra decorrência da Lei nº 11.079/04, conjuntamente com interpretação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, é a responsabilidade do concessionário que será objetivamente pelos danos causados, apenas respondendo subjetivamente se o dano não decorrer da prestação do serviço público, exigindo neste último caso a comprovação do dolo ou da culpa ainda que levíssima.

No presente momento existe em tramitação no Senado o PLS 513/2011, que define normas para privatização de presídios, por meio de parcerias público-privadas (PPPs) para a construção e gestão de estabelecimentos penais. Este projeto está em tramitação, tendo grande empatia dos agentes penitenciários e de alguns Senadores e parcela da doutrina que alega a inconstitucionalidade do projeto lei, conquanto, o referido Projeto Lei do Senado na data de 09 de novembro de 2016 obteve o parecer favorável da Comissão de Direitos Humanos, no momento encontrando conclusa a relatoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando o desfecho favorável a melhor condição do executado.

6.3 Embates Acerca da Privatização Carcerária

Como se observa é um campo onde não existe um consenso acerca da possibilidade ou não da privatização do sistema prisional brasileiro, reconhecendo que a maior parcela da doutrina defende pela impossibilidade da privatização e inconstitucionalidade do referido modelo.

Desta forma, serão discorridos em dois subtópicos os argumentos pós e contra a privatização.

6.3.1 Argumentos opostos à privatização

Sob o aspecto jurídico, a doutrina é pacífica que na ordem jurídica brasileira com fulcro na Magna Carta a jurisdição é indelegável, não podendo o Estado por meio de contrato delega-la a um terceiro.

Dentre estes existem aqueles que entendem que a execução penal e um braço da jurisdição, dado que os executados devem observar os deveres que lhe são impostos pela Lei de Execução Penal e seu descumprimento pode ensejar em sanções disciplinares. Por esta razão doutrinam pela impossibilidade da privatização dos presídios, uma vez em que a jurisdição é indelegável, logo tal modelo é inconstitucional.

Alegam no mesmo sentido das colocações de Garani (2011, s. p) que a “atividade prisional, por estar enquadrada na segurança pública, insere-se entre os serviços públicos indelegáveis, que a Administração possui obrigação de prestar diretamente”. Isto em razão de que dentro dos poderes administrativos encontra-se o poder de polícia, que tem com uma das suas características conforme Meirelles (2014) a indelegabilidade. Corroborando neste sentido Monteiro e Mascarenhas (2017, s. p) doutrina que no sistema penitenciário, “a mera possibilidade de interferência de interesses particulares no exercício do poder de vigilância é ainda mais perniciosa, na medida em que pode ter direta influência no *status libertatis*” do executado.

Argumentam que a “ausência de proibição legal quanto à privatização das prisões não implica necessariamente uma permissão legal” (CORDEIRO, 2014, p. 137), pois na Administração Pública deve-se respeito ao princípio da legalidade às avessas, ou seja, somente pode fazer ou deixar de fazer aquilo que está descrito em lei (MEIRELLES, 2014).

Outro argumento contrário conforme explicitado por Rogério Greco (2016, p.236) diz que nos:

Países onde reina a corrupção nos Poderes Públicos, a delegação não somente da construção, mas da manutenção do sistema prisional privado geraria um custo excessivo para o Estado, em virtude do superfaturamento das obras e dos serviços prestados. [...]as grandes construções são uma fonte de enriquecimento do funcionário público corrupto. Obras superfaturadas são a alegria do administrador inescrupuloso. Não será diferente com a privatização das prisões

Não restringe a corrupção à contratação da empresa concessionária através do superfaturamento, mas também abre brecha para que as organizações criminosas através de laranja se engajem na gestão penitenciária, “organizando uma empresa destinada à administração prisional, e então teríamos nada mais nada menos de que os delinquentes assumindo as prisões” (PEREIRA DE SOUZA, 2009, s. p). No mesmo sentido Ricardo Antonio Andreucci (2016; s.p.) reformula o argumento levantado expressando que

No estado de São Paulo, onde a ideia, já em estágio avançado de desenvolvimento, foi abortada após os setores de inteligência das polícias civil e militar alertarem o governo estadual sobre os planos da criminalidade organizada em assumir a direção dos presídios privados (que seriam dados em concessão pelo poder público

Constata-se de uma situação delicada, ainda mais a corrupção pode ser dos concessionários e seus funcionários por meios dos próprios executados ou das organizações criminosas.

Outro ponto levantado pelos não simpatizantes da privatização diz respeito aos custos para os Estados, que a um primeiro momento apresentou-se como a solução, mas que na realidade não concretizou. Segundo Grecianny C. Cordeiro (2014) a Penitenciária Industrial Regional do Cariri no ano de 2001, de acordo com já explicitado, encontrava-se com 209 executados, sendo que a capacidade é de 549 executados, saindo o custo mensal de cada preso no valor de R\$ 1.722,45. Isto posto, Grecianny C. Cordeiro (2014, p. 149) diz que este quadro pode gerar a “indústria do encarceramento. Para haver redução de custos será necessária uma maior quantidade de presos”. Esta situação poderá fazer com que o concessionário olhe para o executado não com olhos humanos, visando sua ressocialização, mas sim como objeto meio para obtenção de lucro.

6.3.2 Argumentos favoráveis à privatização

Por seu turno, aqueles que defendem a privatização rebatem os argumentos levantados pela doutrina divergente, afirmando em um primeiro momento que não se trata de uma delegação da jurisdição, situação que acarretaria na inconstitucionalidade do modelo privatizador, na verdade a doutrina faz uma diferenciação entre a função jurisdicional e função administrativa, no sentido que

Não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função material da execução penal, vale dizer, o administrador particular será responsável pela comida, pela limpeza, pelas roupas, pela chamada hotelaria, enfim, por serviços que são indispensáveis num presídio. Já a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que, por meio de seu órgão-juiz, determinará quando o homem poderá ser preso, quanto tempo assim ficará, quando e como ocorrerá a punição e quando o homem poderá sair da cadeia, numa preservação do poder de império do Estado, que é o único legitimado para o uso da força, dentro da observância da lei.

Verifica-se o Estado fará presente nas unidades prisionais privadas, por intermédio de seus agentes público nomeado, como no modelo francês adotado no Brasil nas poucas unidades prisionais privados, onde ao exemplo o Governador nomeará dentro do quadro dos servidores públicos específico para ocupar o cargo de direito geral e os outros diretores. No mesmo sentido são as palavras do ilustríssimo doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete (1993) *apud* Carvalho (2014, p.112) no sentido de inexistir

Impedimento para empresas privadas venham a gerir estabelecimentos penitenciários no tocante à execução material da pena, excetuando-se as atividades jurisdicionais e administrativo-judiciárias. Para tanto, lei federal ou estadual poderá dispor acerca dessa transferência da responsabilidade (da execução material da pena) para iniciativa privada, quer mediante concessão, permissão, delegação ou mesmo privatização.

Corroborando com este posicionalmente extrai-se do artigo 4º, da Lei de Execução Penal, que “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”, englobando implicitamente no termo comunidade as empresas, devendo o Estado recorrer a parceiras, sem impedimento legal.

Quanto a crítica construída acerca do poder de polícia, Ostermann (2010, s.p.) assim rebate:

No caso em análise, a empresa não tem qualquer autonomia para exercer o direito à violência contra o preso, cabendo-lhe apenas a função de custódia do mesmo – sendo punível o excesso doloso ou culposos. A proposta de terceirização ou de PPP não representa, portanto, a quebra do monopólio estatal da atividade legítima de coerção física penal sobre o particular.

Os agentes de disciplinas, como são chamados os agentes penitenciários nas unidades prisionais privadas apenas irão exercer a função de

custódia, cuidando dos executados, estes em caso de princípio de rebelião não poderão intervir, devendo deixar se for o caso a Polícia, ou conforme alguns idealizadores nestas unidades prisionais privadas devem existir um grupo de intervenção rápida compostos por funcionários públicos, agentes penitenciários, ao exemplo do GIR (Grupo de Intervenção Rápida) que existem nas penitenciárias do Estado de São Paulo. Deste modo, os agentes disciplina ficariam restritos a exercerem o poder de custódia, em caso de motim ou princípio de rebelião deverá ser acionado o grupo de intervenção rápida compostos por agentes penitenciários que exercerão o poder de polícia.

A tese de que a corrupção nos contratos administrativos de gestão penitenciária seria um impasse “é uma preocupação real. No entanto, não pode ser considerada como impeditiva para a privatização do sistema prisional, devendo-se, pois, intensificar a fiscalização pelos órgãos competente” (GRECO, 2016, p.237), devendo se for o caso responsabilizar criminalmente quem praticar qualquer ilícito penal na realização do contrato.

Vislumbra conforme argumento contrário o grande perigo destas unidades privadas caírem nas mãos dos criminosos, todavia, a solução seria a realização da classificação dos reeducandos em presídios estatais e privados, ficando o Estado responsável pela execução de alguns tipos penais, como os crimes hediondos e equiparados, bem como os crimes contra o patrimônio exercido com violência ou grave ameaça à pessoa, extorsão mediante sequestro, estelionato, tráfico de humanos, falsificação de moeda, associação criminosa, contrabando, terrorismo, assim como todos os crimes praticados por organizações criminosas, enquadrados na Lei nº 12.850/13, logo, as unidades prisionais privadas apenas atenderia as infrações residuais que não fossem uma destas elencadas.

Justifica-se esta classificação para que o Estado cuide dos crimes considerados mais repugnantes a sociedade, acrescentando outros crimes além dos hediondos, em razão dos delitos elencados constituírem em sua maioria fonte direta de renda das organizações criminosas, consoante com reportagem da BBC de abril de 2016 explicita que as três primeiras atividades do crime organizado mais rentável é o tráfico ilícito de entorpecentes, falsificação e tráfico de humanos. Assim, rebatendo o argumento dissidente de que o crime organizado poderia corromper as unidades prisionais privatizadas, dado que os mesmos encontrariam no sistema prisional estadual.

Destarte, o argumento econômico de que as unidades prisionais privadas sejam de alto custo no Brasil ainda não se pode confirmar, de acordo com Ostermann (2010, s. p) “por carecer de estudos comparativos mais detalhados que levem em consideração as diferenças e similaridades de práticas entre penitenciárias administradas pelo Estado e por empresas”. Não desvirtuaria os objetivos da unidade prisional privada, para uma indústria do encarceramento, caso constata-se o descumprimento o contrato poderá ser rescindido.

Importante salientar o voto favorável do Senador Paulo Paim, na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, em relação a PLS 513/2011, onde enfatizou que:

A melhoria das condições dos estabelecimentos prisionais, conforme objetiva o PLS, constitui inegável instrumento para assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, que é princípio fundamental do Estado brasileiro, conforme o artigo inicial da nossa Lei Fundamental. Pode resultar também do projeto a melhoria da segurança pública, que é obrigação do Estado para com todos os brasileiros, conforme determina o caput do art. 5º da Lei Maior, ao propiciar meios para que os presos cumpram penas em instalações adequadas e possam ter trabalho digno, contribuindo, assim, para reduzir a reincidência na prática de crime. [...] A construção e administração de estabelecimentos penais constituem assunto sobre o qual os nossos governantes não costumam dar a devida atenção nos seus planos de governo. Não obstante os avanços da nossa democracia, o Brasil ainda é objeto de vexaminosas condenações de organismos internacionais que acompanham a situação dos direitos humanos em todo o mundo, haja vista as péssimas condições da maioria dos presídios brasileiros.

Destarte, uma vez que de acordo com Edmundo Oliveira *apud* Rogério Greco (2016, p.239) “o Estado já deu prova de sua incompetência na seara da administração penitenciária”, não vislumbra impasse segundo argumentos explicitados dos simpatizantes da privatização para que a iniciativa privada tomando conta da gestão penitenciária.

7 CONCLUSÃO

Diante do todo o exposto no trabalho, verifica-se que ao decorrer de toda a história do direito de punir desde a concepção do cárcere como finalidade custódia até hodiernamente, vislumbra o desprezo pelo local onde os criminosos serão encarcerados, lugares que muitas vezes se encontram em condições insalubres e de grave violação dos direitos humanos, servindo como depósito de seres daqueles considerados indignos de viverem em sociedade.

A prisão seria um mal necessário para retirar do convívio social àqueles que atentassem contra as normas proibitivas de um determinado Estado, servindo para que repensasse na sua prática delituosa e ressocializasse, reinserindo-o ao convívio social, bem como paralelamente desestimular a prática de novas infrações penais. Todavia, esta visão utópica não concretizou de maneira generalizada, apenas verificou em casos esparsos ao longo da história como no presídio de Valência administrado pelo Coronel Manuel Montesinos e Molina onde conseguiu reduzir o índice de reincidência que era de 35% (trinta e cinco por cento) para aproximadamente 1% (um por cento), bem como no presídio na Austrália administrado pelo Capitão Alexander Maconochie que no ano de 1840, implementou o sistema progressivo misto, “*mark system*”, como em um como no outro quando seus idealizadores largaram a direção do presídio e também quando as verbas repassadas diminuíram, estes deixaram de ser modelos prisionais.

Ademais, os problemas carcerários foram agravando com decorrer dos séculos e o Brasil não ficou equidistante a esta situação, encontrando com unidades prisionais superlotadas, insalubres, onde não são respeitados os direitos básicos assegurados na Constituição e na Lei de Execução Penal. Diante desta realidade, estudiosos do direito buscaram uma solução para os problemas prisionais, uma vez que a prisão não estava mais cumprindo sua função primordial de ressocializar, verificou que as unidades prisionais estavam funcionando como uma verdadeira escola do crime, servindo para o aumento do número de reincidentes, desta maneira, alguns doutrinadores propõem simplesmente fim das prisões, outros propuseram criação de pena alternativa e por fim surgiu a ideia da privatização das unidades prisionais.

Destarte, frente ao comportamento do Estado ao longo de toda história, fica evidente a sua incapacidade na gestão penitenciária, seja por razões

orçamentárias ou administrativas, em especial no sistema prisional brasileiro conforme dados apresentados, vislumbrando como alternativa a presente situação a proposta de privatização do sistema prisional brasileiro estabelecido algumas peculiaridades.

O processo de privatização vem ocorrendo de maneira tímida no Brasil, por encontrar grande empatia por parte de alguns juristas que alegam a inconstitucionalidade do modelo privatizador, argumentando que estaria ocorrendo à delegação da jurisdição que é inconstitucional no ordenamento jurídico pátrio. Apesar disso, conforme argumentos explanados constata-se que a privatização ocorre de duas formas mista ou total, na primeira forma podendo ocorrer através da terceirização ou parcerias público-privadas. O que verifica é que apenas a privatização total é inconstitucional, por sua vez, a mista é plenamente possível, uma vez que o Estado será responsável pelo aspecto jurídico, nomeando o diretor geral, bem como os demais diretores dentro dos quadros de seus servidores públicos e também ficará responsável pela segurança externa, enquanto à empresa privada ficaria responsável pelo projeto de construção e operação do estabelecimento prisional prestando os serviços de hotelarias, ou apenas de gestão prisional.

Desta maneira, entende possivelmente a privatização do sistema prisional brasileiro, mas de forma parcial, pois conforme levantado no trabalho à privatização total do sistema prisional poderia acarretar em uma situação de grande risco a segurança pública, onde por meio de “laranjas” as organizações criminosas poderiam ganhar a licitação e cuidar das unidades prisionais privada, ocorrendo a situação indesejada de os próprios criminosos cuidarem deles mesmos.

Neste diapasão, propões como solução a criação de unidades prisionais Estaduais e privadas, as prisões de responsabilidade total do Estado ficariam incumbidas pelos crimes hediondos e os delitos que verificados constituem como renda do crime organizado, ficando as outras infrações penais residualmente para serem executadas em unidades prisionais privadas, conseqüentemente, ocorreria à redução da superlotação carcerária nos presídios Estaduais.

Chega-se a conclusão que com a privatização parcial do sistema prisional brasileiro o executado terá finalmente os seus direitos e garantias respeitados na execução da pena, propiciando a este uma nova oportunidade de vida, logo, reflexivamente reduzindo o número de reincidentes e beneficiando a toda sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Felipe Lima de. **Reflexões acerca do Direito de Execução Penal**. São Paulo: Revista Liberdades IBCCRIM, 2008. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo02.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **A privatização dos presídios no Brasil. Empório do Direito**, 25 ago. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-privatizacao-dos-presidios-no-brasil-por-ricardo-antonio-andreucci/>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: 23 ago. 2015

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. 1. Ed. São Paulo: Edipro, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de direito penal**. v.1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRAGA, Paulo Drumond. **Os Forçados das galés. Percursos de um grupo marginalizado**. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/3176.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

BRASIL. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal - STF. **INFORMATIVO 796**. Brasília. 24 a 28 de agosto de 2015.

_____. Estado do Ceará. Disponível em: <<http://www.sejus.ce.gov.br/images/relatorio-semanal-2016.pdf>>.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: 2002.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **A privatização dos presídios: entregar as prisões à iniciativa privada é mais eficiente e garante os direitos dos internos**. Editora Abril, 31 mar. 2002. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/a-privatizacao-dos-presidios/>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

ESTEACHE, Cristina. Penitenciária de Guarapuava já foi modelo: hoje a PIG convive com fugas, tentativas e rebelião. **Rede Sul de Notícias**, Paraná, 03 fev. 2015. Disponível em: <http://redesuldenoticias.com.br/noticias/03_02_2015_penitenciaria_de_guarapuava_ja_exportou_modelo_para_o_pais.htm>. Acesso em: 17 mai. 2017.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GARANI, João Peixoto. **Privatização de prisões no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2989, 7 set. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19945>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

GHADER, Miza Tânia Ribeiro Marinho. **A privatização do sistema prisional brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9233>. Acesso em: 09 mai. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

_____. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HERKENHOFF, João Baptista. **Crime tratamento sem prisão**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

JARVIS, Juliette. **Document d'analyse sur : La privatisation des prisons**. Association des services de réhabilitation sociale du Québec, 2004. Disponível em: <http://www.asrsq.ca/fr/pdf/rec_mem_pri.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2017.

JUSTO, Marcelo. As cinco atividades do crime organizado que rendem mais dinheiro no mundo. **BBC**, 1 abr. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160331_atividades_crime_organizado_fn>. Acesso em: 23 de mai. 2017.

LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. **A dignidade humana e as prisões capixabas**. Espírito Santo: FDV, 2006.

LYRA, Roberta. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – volume 1º**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª ed. Brasil: Malheiros Editores, 2014.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (século XVI - XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **As prisões no mercado**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a06n5556.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

MONTEIRO, Paulo Henrique Drummond; MASCARENHAS, Luís Felipe Rocha. **Poder de polícia no modelo penitenciário de parcerias público-privadas**. ConJur, 11 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-11/tribuna-defensoria-poder-policia-penitenciarias-parcerias-publico-privadas#3>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

NOGUEIRA, Ataliba. **Pena sem prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré de. **Breves apontamentos sobre as políticas criminais e sua influência nos mecanismos de controle social formal**. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/643/364>>. Acesso em: 15 mai. 2017

OSÓRIO, Fábio Medina; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. **Sistema penitenciário e parcerias público-privadas**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 882, 2 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7643>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

OSTERMANN, Fábio Maia. **A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional**. Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS, Porto Alegre, V. 2, N. 1, 2010. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf>>. Acesso em: 21 de mai. 2017.

PEREIRA DE SOUZA, Odilon. **Privatização dos presídios**. Migalhas. 11 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI84150,61044-Privatizacao+dos+presidios>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. 1. ed. Madrid: Civitas, 1999.

SALLA, Fernando. **As Prisões em São Paulo: 1822-1940**. São Paulo: Annablume, 2006.

SILVA, José de Ribamar da. **Prisão : ressocializar para não reincidir**. Curitiba, Paraná: UFPR, 2003. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2017.

SOUZA, Deysi de. **Evolução das penas e o surgimento das penas alternativas**. 2016. Disponível em: <<https://emdeis.jusbrasil.com.br/artigos/330379743/evolucao-das-penas-e-o-surgimento-das-penas-alternativas>>. Acesso em: 13 mai. 2017

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Direitos humanos: ressocialização de presos e combate à reincidência. **STF**, 23 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116383>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. **Levantamento Nacional de informações penitenciária: dezembro de 2014.** DEPEN. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. **Levantamento Nacional de informações penitenciária: junho de 2014.** DEPEN. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. Um ano após rebelião, penitenciária mantém área industrial desativada. **G1 PR**, 13 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/campos-gerais-sul/noticia/2015/10/um-ano-apos-rebeliao-penitenciaria-mantem-area-industrial-desativada.html>>. Acesso em: 17 mai. 2017.