

UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

TALYSSON TEODORO TRAVASSOS SANCHEZ ROJAS

PRIVATIZAÇÃO DAS PENITENCIÁRIAS: uma investigação dialética acerca do negócio da violência no âmbito das políticas neoliberais a partir da Criminologia Crítica.

São Luís

2018

TALYSSON TEODORO TRAVASSOS SANCHEZ ROJAS

PRIVATIZAÇÃO DAS PENITENCIÁRIAS: uma investigação dialética acerca do negócio da violência no âmbito das políticas neoliberais a partir da Criminologia Crítica.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. João Carlos Moura

São Luís

2018

TALYSSON TEODORO TRAVASSOS SANCHEZ ROJAS

PRIVATIZAÇÃO DAS PENITENCIÁRIAS: uma investigação dialética acerca do negócio da violência no âmbito das políticas neoliberais a partir da Criminologia Crítica.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 29/12/2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. João Carlos da Cunha Moura (Orientador)
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Prof. Esp. José Nijar Sauaia Neto (1º Examinador)
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Prof. Me. Alan Jefferson Lima de Soares (2º Examinador)
Universidade Estácio de Sá

Rojas, Talysson Teodoro Travassos Sanchez

Privatização das penitenciárias: uma investigação dialética acerca do negócio da violência no âmbito das políticas neoliberais a partir da criminologia crítica. / Talysson Teodoro Travassos Sanchez Rojas. — São Luís, 2018.

125f.

Orientador: Prof. Me. João Carlos Moura.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2018.

1. Sistema penal. 2. Abolicionismo penal. 3. Prisão. 4. Privatização das penitenciárias I. Título.

CDU 343.811-027.551

A todo corpo marcado pelo estigma da prisão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao meu orientador, Professor João Carlos da Cunha Moura, por ter me mostrado desde o início da faculdade de Direito um caminho compromissado com a pesquisa científica e um lugar que acolhesse as minhas indignações. Todas as indicações de obras e reflexões feitas desde o início do curso estão, de alguma forma, contidas neste trabalho. Sinto que realizei um verdadeiro curso de criminologia, passando pelas escolas Clássicas até desembocar na Criminologia Crítica. Hora de aprofundar a crítica e demonstrar a maturidade acadêmica. Acabei encontrando o abolicionismo penal que me enche ainda mais de perguntas, me fazendo mover ainda mais na pesquisa jurídica.

Agradeço, também, ao grupo de pesquisa e extensão Observatório da Violência, local de muita leitura e debate, sobre tudo aquilo que deve ser desconstruído no sistema penal, que me enxergar um pouco além daquilo dito no espaço intramuros da universidade.

Momento de agradecer também a todos os meus familiares pelo apoio e incentivo moral na busca pelo sonho da pesquisa acadêmica, em especial à minha irmã Suellen, por ajudar a cultivar minhas lutas e aos meus pais Jorge e Maria.

Agradeço imensamente e com todo amor que possa haver no mundo à Gabriely por ter se aventurado junto a mim, dia após dia durante a produção monográfica.

É aí que se situa a experiência — a dupla experiência — de que eu queria falar: nós roubávamos, pegávamos fuzis dos americanos, roupas dos ingleses, como eu peguei uma bicicleta dos alemães, com a mais limpa das consciências! Por outro lado, em uma semana, passei da condição de quem vive na clandestinidade ao status oficial de militar das forças de ocupação na Alemanha! Creia, isto é um convite para não mais relacionar o valor de um homem à sua condição jurídica ou social

Louk Hulsman

RESUMO

O crime e a prisão são os elementos centrais do sistema penal, muito embora não esgotem sua aplicabilidade. Contudo, a aplicação dual deste sistema tem levado à identificação de diversos problemas, como a crise de encarceramento e hiperpunitividade como sintomas de uma modernidade penal tardia. No entanto, um fenômeno paradoxal ocorre: na medida de sua expansão encontra-se o obstáculo financeiro para continuidade dos gastos com mais prisões. Neste cenário é que surge a proposta de privatização das penitenciárias como forma de continuar na lógica de construir mais prisões sem comprometer os gastos públicos. Este fenômeno, contudo, merece ser alvo de indagações. A problemática geral que se apresenta é de que forma a proposta de privatização das penitenciárias se estrutura no centro de uma penologia neoliberal em que há mercantilização do sistema de justiça criminal. Como hipótese geral, tem-se que a privatização das penitenciárias apresenta dois elementos centrais. No aspecto da justiça criminal, ela insiste na lógica penal da punição, muito embora diminua a influência econômica do Estado ao delegar a função de execução da pena à iniciativa privada. No aspecto da política neoliberal, é técnica de gestão da violência que declara abertamente uma função econômica da pena, por meio da qual o lucro passa a ser objeto de referência para baliza da gestão prisional. Desta forma, este trabalho científico realiza uma investigação no aspecto normativo e dialético acerca da própria justiça criminal. Assim sendo, a metodologia utilizada inclui uma exploração bibliográfica e documental com uso do materialismo histórico enquanto ferramenta de abordagem do sistema penal. Portanto, no primeiro capítulo da obra é dada especial atenção para análise das duas categorias essenciais do sistema penal utilizando a perspectiva do abolicionismo penal. No segundo capítulo foi feita uma análise histórica do desenvolvimento da prisão enquanto instrumento de controle social até chegar na inclusão do agente privado na sua gestão ainda no século XIX. No terceiro capítulo aborda-se precisamente a privatização das penitenciárias atual, a partir da crítica à modernidade penal tardia. Por fim, no último capítulo apresenta-se nossa contraproposta à tese da penologia, ou seja, a sua antítese dialética - a pedagogia - como forma teórica de desenvolvimento dialético da nossa proposta. A conclusão geral é de que a privatização é a continuidade paradoxal do Estado Penal, bem como se encontra no âmago de uma penologia neoliberal, na qual se extrai lucro da privação da liberdade alheia.

Palavras-chave: Criminologia. Privatização. Prisões. Abolicionismo. Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

Crime and imprisonment are the central elements of the penal system, although they do not exhaust its applicability. However, the dual application of this system has led to the identification of several problems, such as the crisis of incarceration and hyperpunitiveness as symptoms of a late criminal modernity. However, a paradoxical phenomenon occurs: in the measures of its expansion is found an obstacle for continuity of the expenses with more prisons. In this scenario, appears the proposal for the private prisons as a way of continuing the logic of building more prisons without compromising public spendings. Nevertheless, this phenomenon deserves to be the subject of critical-philosophical and legal questions. The general problem that arises is how the proposal of private prisons is structured in the center of a neoliberal penology in which there is commercialization of the criminal justice system. As a general hypothesis, the private prisons has two central elements. In the criminal justice aspect, it is a paradoxical continuity of the Penal State, since it continues in the penal logic of punishment, even though it diminish the economic influence of the State by delegating the enforcement function of penalty execution to private initiative. In the aspect of neoliberal politics, it is a technique of violence management that openly declares an economic function of the penalty, whereby profit becomes the reference point for prison management. In this way, this scientific paper conducts an investigation not only on the normative aspect of private prisons, but also explores a dialectical investigation of criminal justice itself. Therefore, the methodology used includes a bibliographical and documentary exploration using historical materialism as a tool to approach the penal system. Therefore, in the first chapter of the book, is given special attention to the analysis of two essential categories of the penal system using the perspective of penal abolitionism. In the second chapter, it was made an historical analysis of the development of the prison as an instrument of social control until arriving at the inclusion of the private agent in its management still in century XIX. In the third chapter, the private prisons is approached from the critique of late penal modernity. Finally, in the last chapter we present our counterproposal to the thesis of penology, that is, its dialectic antithesis – pedagogy – as a theoretical form of dialectical development of our proposal.

Keywords: Criminology. Privatization. Prisons. Abolitionism. Restorative Justice.

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
COMPAJ	Complexo Penitenciário Anísio Jobim
GPA	Gestores Prisionais Associados S/A
ILANUD	Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Justiça Penal
INAP	Instituto Nacional de Administração Prisional
LEP	Lei de Execução Penal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
MPC	Ministério Público de Contas
MPE	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
PPP	Parceria Público-Privada
PLS	Projeto de Lei do Senado
SEAP	Secretaria de Estado de Administração Penitenciária
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UPP	Unidade Prisional de Puraquequara

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CRIME, PRISÃO E SISTEMA PENAL: Análise a partir das contribuições da criminologia crítica	15
2.1 Castigo, Prisão e Penologia no Estado Penal	17
2.1.1 Prisões brasileiras e estratégia biopolítica	24
2.2 O mito da ressocialização da pena	29
2.3 As Controvérsias Intrínsecas do Sistema Penal	35
3 A GESTÃO MODERNA DO DELITO E DA PENA	39
3.1 A origem da política econômica de gestão da criminalidade: cárceres e fábricas	41
3.2 A Política Econômica de Gestão do Trabalho Prisional	51
3.2.1 Considerações acerca do sistema carcerário latino-americano.....	55
3.3 A Privatização das Penitenciárias no Século XX: retomada do agente privado	57
3.4 O Brasil na Órbita do Discurso Privatizante do Neoliberalismo	65
4 O ESPAÇO INTRAMUROS PRIVATIZADO	71
4.1 Experiência brasileira: Guarapuava, COMPAJ e o Complexo de Ribeirão das Neves	73
4.2 A oferta e demanda da violência: o paradoxo da demanda mínima e a semiescravidão moderna	88
4.3 Função econômica da pena: redução do público ao privado	92
5 UMA PRÁXIS METODOLÓGICA DO ABOLICIONISMO PROGRAMÁTICO: A Justiça Restaurativa	98
5.1 Do desmonte do discurso jurídico-penal ao abolicionismo programático	99
5.2 Repensando o paradigma do Direito Penal: da penologia à pedagogia	104
5.3 Ecologia das Responsabilidades: uma proposta dialética	110
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	114
REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

O recrudescimento liberal na década de 1980 e a construção do modelo político, a partir da nova direita, trouxe uma gestão própria da violência no capitalismo global. Em virtude desse desenho geopolítico, efervesceu no centro de gravidade do neoliberalismo um deslocamento do Estado Social para o Estado Penal, de forma que à medida que cresce o déficit estatal nas áreas sociais, aumenta-se o apelo ideológico para o discurso neoliberalizante que busca legitimar a necessidade dos processos de privatizações.

Prova desta tendência foram as propostas de Ronald Reagan nos Estados Unidos e de Margaret Thatcher na Inglaterra, que inflaram o impulso pela incorporação do setor privado às agendas políticas criminais do setor público, como se mostra na Reforma de 88 (MINHOTO, 2000, p.141).

O desmonte do Welfare State e a consequente falência keynesiana demonstraram seguir uma regra inversamente proporcional ao investimento em políticas da lei e da ordem. Neste sentido, compreende tal regra, Wacquant (2015), como a remasculinização do Estado, em que a necessidade social representada pela figura feminina cede às pressões liberais, representadas pelo sexo oposto.

Deste fenômeno surge a problemática, que diz respeito ao crescente orçamento público destinado à manutenção do sistema penal, sustentado pelas ideologias neoliberais, que promovem a construção de mais penitenciárias em decorrência da ampliação do sistema penal. Contudo, o movimento pelo corte dos gastos públicos na seara criminal, bem como a construção de discursos liberais fornecem a ideia de privatização das penitenciárias, em decorrência da maior eficiência do mercado concorrencial e do alento aos cofres públicos.

Dessa forma, surge a problemática central do presente artigo científico: de que forma a proposta de privatização das penitenciárias se estrutura no interior de uma penologia neoliberal em que há uma mercantilização da gestão do sistema de justiça criminal?

Enquanto hipótese geral, tem-se o discurso enquanto panaceia de uma suposta vantagem declarada enquanto ofusca uma indústria do controle do crime, que não objetiva extinguir a violência, pois dela resulta o lucro para sua subsistência, bem como não ressocializa o apenado, mas tão somente neutraliza o delito, de forma a apostar na continuidade paradoxal da penologia moderna, que encontra seu próprio óbice na questão econômica.

O objetivo geral desse trabalho é analisar a validade e a legitimidade da proposta de privatização das penitenciárias considerando os discursos construídos que lhe servem de sustento, de forma que seja possível compreender a problemática sob dois pontos. Primeiro, analisa-se a questão internamente ao próprio discurso do sistema penal, em se tratando da validade, ou seja, se o discurso corresponde à um viés dotado de verdade. Por outro lado, deve ser retratada a problemática de um ponto de vista externo, por meio da qual busca-se compreender o fenômeno da privatização não só como correlata à ideologia liberal, mas analisar no centro de gravidade do sistema neoliberal a legitimidade da prisão privada no mercado da pena.

A escolha do tema justifica-se pela importância que se dá às políticas públicas como um todo e às políticas criminais, de modo que demonstra não só como o Estado gerencia a violência, mas também que função é dada ao Direito Penal. Além disso, o discurso da escassez de recursos e o combate à violência é matéria prima para cultivar discursos privatizantes no centro de gravidade neoliberal, o que motiva a análise da responsabilidade pela violência.

As reflexões no âmbito científico também são relevantes, seja porque, de antemão, existe o Projeto de Lei nº 513 (BRASIL, 2011) que pretende tornar em lei federal a iniciativa privada na gestão das penitenciárias do Brasil, seja porque a análise da lucratividade permeia toda a pesquisa, utilizando-se uma crítica ao espírito punitivista que enxerga lucro na pena.

Para fins de suporte metodológico, utilizou-se nesta pesquisa o materialismo dialético, uma vez que este se pauta nos estudos sobre experiências, processos históricos, discussões filosóficas ou análises contextualizadas a partir de um prévio referencial teórico (GAMBOA *In* FAZENDA, 2010, p. 106).

Além disso, para fins de preocupação metodológica, este trabalho apresentou uma estruturação a fim de construir um trabalho reflexivo e transdisciplinar por dois motivos muito claros.

Primeiro, em relação à reflexividade acadêmica, a estrutura lógico-textual dos trabalhos usuais em matéria de direito penal apresenta uma síndrome de manual ao adotarem um método demasiadamente cartesiano (CARVALHO, 2015, p.17-19).

É bem verdade que, para Descartes (2004, p.50), a verdade somente seria alcançada por meio de um método científico rigoroso que fosse aprovado em quatro etapas. A investigação começaria isolando-se o objetivo, para depois fragmentá-lo no maior número de partes possíveis. Depois, seria necessário estudar cada partícula do objeto isoladamente e, ao

final, reconstruí-lo. Ora, é exatamente isto que fazem as doutrinas jurídicas, sobretudo em matéria de direito penal. Na teoria do crime prossegue-se em categorias abstratas isolando-se tipicidade objetiva e subjetiva, criando outras categorias, para ao final analisar geralmente jurisprudência. Na teoria da pena geralmente inicia-se com as clássicas teorias justificacionistas da pena em absolutas e preventivas.

Contudo, ao menos duas são as razões para abandono dessa forma de estudo. Primeiro, o uso do método histórico-dialético demonstra ser oposição ao cartesiano adotado pelo juspositivismo, de forma que não se pretende isolar o objeto. Depois, nas ciências sociais o objeto deve ser compreendido em sua totalidade, pois não se trata de dados naturais, mas de dados socialmente construídos.

Segundo, a abordagem transdisciplinar é justificada em razão da complexidade do tema abordado no presente trabalho, motivo pelo qual é necessário um método que não reduza à um simplismo acadêmico, mas que ajude na investigação sócio-jurídica da temática. É por isto que neste trabalho há contribuição do Direito Penal, da Criminologia Crítica, da Hermenêutica e da Sociologia, em maior ou menor escala.

Desta forma, fundamentou-se a pesquisa eminentemente na perspectiva da criminologia crítica de Loïc Wacquant (2007) e no abolicionismo penal de Louk Hulsman, fazendo uma aprofundada investigação da falência do Estado Providência; utilizou-se também as colaborações de Michel Foucault (2008), e sobretudo de Massimo Pavarini (2014), de autores brasileiros como Vera Malaguti (2012) para demonstrar o abandono pelo neoliberalismo das ideologias “re”; Minhoto (2000) e Silva (2016) para demonstrar a análise concreta da proposta de privatização, e de autores locais como os promotores de justiça Cláudio Alberto Gabriel Guimarães e Cláudio Luiz Frazão Ribeiro, o professor Agostinho Ramalho Marques Neto e o historiador maranhense Wagner Cabral da Costa.

Estruturalmente, o presente trabalho será dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo aborda-se a deslegitimação do sistema penal, iniciando-se pela desconstrução ontológica do delito. Após, passa-se a investigar a prisão e a pena como dois institutos diferentes, para chegar, no final, à prisão-pena enquanto instrumento de controle social sustentada por teorias justificacionistas. Por fim, passa-se à analisar contradições intrínsecas do sistema penal, incluindo-se o descompasso entre a agenda política criminalizante e as instâncias de execução de pena, que enxergam no setor privado maior eficiência, de modo a criticar a função irresolutiva da pena, que não é capaz de ressocializar

No segundo capítulo, explorar-se-á a gestão moderna do crime fazendo-se uma breve análise do surgimento da prisão em alguns Estados de acordo com o desenvolvimento

industrial que lhe precedeu. É feita uma análise ainda no século XIX, identificando neste século uma primeira inovação na introdução do agente privado na gestão das penitenciárias. Após isso, é feita a contextualização do século XX e investigação dos motivos que levaram à retomada do agente privado na gestão das prisões.

No terceiro capítulo, é analisado precisamente a prisão privatizada, abordando algumas das experiências brasileiras, analisando seus pontos fundamentais: a delegação de funções típicas do Estado, o trabalho prisional e o pressuposto do lucro como força motriz do negócio da violência. É feita uma análise, ainda, de algumas jurisprudências que foram colhidas, que de alguma forma, tangenciaram a temática da privatização das penitenciárias. Por fim, analisa-se a função econômica da pena, de forma a perceber como a legalidade e a economicidade são íntimas desde o movimento liberal que recrudescer atualmente, de forma que a proposta de privatização não conduz à redução da violência, mas num manejo de contenção da oferta e demanda.

No último capítulo é construído uma visão criativa e dialética acerca da temática. De antemão é feita uma investigação abolicionista do sistema penal, que é um pressuposto necessário para encontrar novos parâmetros de análise para os conflitos em sociedade. Depois é traçada, finalmente, a dialética que se pretende construir. Da tese da penologia, chega-se à sua antítese dialética, um modelo pedagógico de gerenciamento de conflitos. Cita-se o exemplo da justiça restaurativa enquanto prática concreta e teórica de administração dos conflitos em sociedade. O paralelo não tem por objetivo comparar qual a melhor gestão da violência. Do contrário, o objetivo é sobretudo traçar uma análise dialética com a penologia, dentro da qual se encontra a concepção de privatização das penitenciárias.

2 CRIME, PRISÃO E SISTEMA PENAL: Análise a partir das contribuições da criminologia crítica

Antes de adentrar especificamente na temática da privatização das penitenciárias, é preciso investigar as raízes que estruturam o sistema penal, a partir de um ponto de vista traçado pela criminologia crítica. Assim, o primeiro capítulo será dedicado à crítica do sistema penal, de tal forma a mostrar a existência de um paradigma penológico que permeia a lógica criminal, se tornando a primeira hipótese deste trabalho. Além disso, será estudada a prisão-pena enquanto fórmula essencial da modernidade, que será avaliada a fundo enquanto sua natureza e suas funções. Esta noção introdutória será relevante para explicar sobretudo as origens da superpopulação carcerária atual, motivo pelo qual surge no cenário da política criminal moderna a tendência em privatizar os presídios.¹

A investigação acerca do sistema prisional deve passar, de antemão, por uma reflexão acerca da própria existência do sistema penal como um todo, pois a maneira como enxergamos as estruturas penais é critério para sua autoavaliação, ou dito de outra forma, a interpretação feita acerca das bases nos faz enxergar de diferentes formas o todo. Assim, a primeira questão a ser enfrentada é a respeito do crime.

Ao longo dos estudos criminológicos, menos se pensou na definição de delito e mais se pensou em sua categorização e aplicação. Não é exatamente surpreendente do ponto de vista que aqui será traçado. Na verdade, sustenta-se que na verdade há uma inexistência da realidade ontológica do delito, de forma que sua matéria é melhor explicada como sendo um constructo jurídico-social, legitimado por uma base legal, que se move conforme os interesses políticos e culturais de uma dada sociedade (HULSMAN, 1986, p.93).

Inclusive, a respeito do aspecto político-cultural do sistema penal, entende-se melhor a questão por meio da Geografia Penal, que demonstra como as taxas de encarceramento respondem, no tempo e no espaço, mais a fatores geopolíticos do que à escalada da criminalidade, como se pode pensar. É o clássico exemplo da Finlândia, que na

¹O vocábulo jurídico “privatização” é utilizado neste trabalho de forma ampla. Isto porque pelo direito econômico a privatização significa a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado, conforme a lei 9.491/1997, dentro do conceito de “desestatização”. Esta é, contudo, uma acepção muito restrita e pretende-se aqui utilizar outra acepção, mais genérica. Por outro lado, a introdução do agente privado na gestão dos presídios é mais próxima ao conceito de terceirização da atividade-meio, uma vez que a empresa iria fornecer serviços secundários como alimentação, higiene e trabalho prisional. Justifica-se, contudo, a utilização do termo “privatização”, pela sua acepção *lato sensu* em que o Estado passa a se diminuir na economia, na contramão do ente privado, que se aumenta. Outrossim, o escopo deste trabalho não é analisar do ponto de vista administrativo a terceirização dos serviços, mas sobretudo trazer uma reflexão crítica acerca dessa relação político-econômica entre Estado, empresas e sistema penal.

década de 1960 apresentava uma taxa de encarceramento por volta de 170 presos para cada 100.000 habitantes, e próximo da virada para o século XXI essa taxa caiu para 62 para cada 100.000 habitantes. Muito pôde se pensar acerca da evolução da criminalidade mas, a revés, o ponto nevrálgico era a aproximação física e política da União Soviética, que à época liderava o ranking europeu de maior encarceramento, de forma que a Finlândia possuía mais vínculos com o leste do que com o oeste escandinavo, o que repercutiu em seus sistemas prisionais (CHRISTIE, 1999, p.52).

Prosseguindo mais afundo a análise crítica do crime, pode-se inclusive migrar para o extremo hermenêutico, segundo o qual o arcabouço jurídico ainda está preso em uma análise metafísica dos objetos jurídicos, de tal forma que a linguagem é mais vista como um terceiro elemento que se sobrepõe entre o sujeito e o objeto, do que como espaço para construção da inteligibilidade humana. Assim, o estudo do crime e da pena estão demasiadamente carregados de uma suposta verdade jurídica, que coloniza outras formas de construção da realidade. O Direito Penal seria, então, a linguagem dada ao sujeito, como uma luneta utilizada pelo investigador em direção ao seu objeto, o crime. Tal caminho utilizado encontra-se carregado de valores, que nortearão o curioso pesquisador a enxergar seu objeto. No entanto, por outro lado, o giro linguístico nos mostra que ao mirar o objeto nada será encontrado, uma vez que o mundo fora da linguagem é, na verdade, ininteligível, não podendo haver um dado natural fora da linguagem, de tal forma que mais faria sentido interpretar que o objeto estaria inserido na luneta, do que ao seu redor (STRECK, 2014, p.322).

Ora, essa não é uma mera divagação filosófica. A utilização da hermenêutica na investigação dos institutos penais nos mostra inclusive a visão predominantemente dogmática que há no ensino do Direito Penal, onde a fundamentação rasa da legalidade – e supostamente pura - preenche a curiosidade do investigador. O que se quer demonstrar com isto é que o crime não pode ser enxergado sob o ponto de vista exclusivamente hegemônico do próprio sistema penal pela linguagem do Direito Penal ou até mesmo da Criminologia tradicional, embebida do paradigma etiológico, cuja abordagem foge ao escopo do presente trabalho. É preciso, na verdade, ultrapassar a barreira penal que aprisiona a interpretação jurídica acerca não só do crime, como também da pena.

No aspecto criminológico, teria prevalecido anteriormente a concepção microsociológica em relação ao princípio do interesse social e do delito natural. Com este princípio, a ideologia naturalística estaria inserida na própria criminalidade, de forma que o comportamento desviante seria uma realidade ontológica, uma vez que a ação do indivíduo

afeta o interesse de toda a sociedade. A linguagem penal seria, então, usada para discriminar a conduta e seu conteúdo. Assim, logicamente surge como pressuposto da universalidade ou naturalidade do delito uma qualidade ontológica do comportamento, bem como uma homogeneidade dos valores a serem tutelados pelo direito penal (BARATTA, 2002, p.44). Mas o desenvolvimento epistemológico levou à construção de novas teorias interpretativas do fenômeno penal.

2.1 Castigo, Prisão e Penologia no Estado Penal

De antemão, o direito penal só pode ser sustentado em função de uma base discursiva realmente importante. Quer dizer, o direito penal é por excelência o espaço negativo de direitos, onde se tem necessariamente a destruição de algum direito, seja a liberdade, seja o patrimônio, seja a dignidade ou imagem, que somente se mantém em função da proteção jurídica de algo supostamente maior. É precisamente este elemento à maior que é o centro da problemática da concepção macrosociológica. Primeiro, porque nas sociedades, sobretudo as modernas, os interesses eleitos pelo direito penal pertencem aos grupos com poder de influir nos processos de criminalização. Segundo porque não há o elemento jusnaturalista, pois a realidade social é criada continuamente pelos processos de criminalização, tal qual os valores mudam cultural e temporalmente, essencialmente por fatores políticos, ou seja, da classe ou segmento social que tem mais influência sobre as demais (BARATTA, 2002, p. 117).

Com estas duas formulações há um esvaziamento metafísico do direito penal. Na verdade, veremos adiante que o esvaziamento atinge outros institutos do sistema penal. Assim, deve-se investigar como então surge o crime e a pena.

Do ponto de vista jurídico, o crime surge com base na lei, pois esta é a garantia do indivíduo frente à violência institucional do Estado em aplicar a sanção. Essa garantia de matriz liberal-burguesa possui um contexto próprio, de igualdade, de interesse social, de valores universais. Contudo, com o esvaziamento da dogmática fez-se interpretar a questão aprioristicamente, ou seja, não partindo mais da lei, mas sim fazendo um caminho reverso, de como se chegou à determinada norma jurídica em abstrato e, portanto, de forma macrosociológica. O resultado desta operação passou a ser entendido como processo de criminalização primária, em que se cria artificialmente aquilo que passa a ser tipificado no texto legal. Assim, percebe-se que toda ontologia foi na verdade um mecanismo discursivo para esconder a base política do crime (BARATTA, 2002, p.175).

O que se pretende dizer, por fim, é que o crime não deve ser visto estaticamente, como um dado natural a ser observado pela linguagem – jurídica ou sociológica, mas de forma dinâmica, percebendo que o crime é também um fruto do sistema penal e seu próprio pressuposto. Em outras palavras, se pretende demonstrar que o crime é mais um projeto político e ideológico do que um fenômeno natural.

E tudo isto para demonstrar o esvaziamento dogmático que também há na pena privativa de liberdade.

Para chegar à esfera da prisão, contudo, é preciso permear antes a pena. Para além da abordagem clássica das teorias justificadoras da pena, subdividindo-se em absolutas e relativas ou retributivas e preventivas, que tentam responder à questão de porquê punir, respondemos a mesma questão afirmando que a pena é muito mais um conceito político que jurídico. A mudança de esfera do jurídico ao político não é um alibi para fugir à questão. É antes uma forma de fugir à abordagem tradicional dos institutos do direito penal a partir do seu próprio ponto de vista, como uma análise hermética e fechada em si mesmo, num ciclo vicioso e redundante. Na verdade, a mudança seria melhor operada para a questão de porquê castigar, e com isto perceber que a busca pelo fundamento acaba sendo confundida com a própria busca pela fundamentação reprodutiva da gênese do discurso punitivo (CHRISTIE, 2004 p.120).

A produção da linguagem concreta e dos signos simbólicos envolvendo a punição são apenas mecanismos para a própria reprodução metabólica desse fenômeno (MÉSZÁROS, 2015, p.108). Pretende-se dizer, que se tenta justificar a pena a partir do próprio discurso punitivo e com isto fica fácil legitimar as políticas criminais que, no melhor dos casos, apresentam caráter reformista ou então tendem a repensar a utilização dos institutos penais, mas dentro da sua própria lógica. É exatamente o caso de privatizar as penitenciárias, ao argumento de que é necessário trazer economia para os cofres públicos em decorrência da superlotação causada pela expansão da punição institucional.

Nestes termos, Salo de Carvalho (2013, p.146) descreve precisamente o autismo científico de que resulta a crítica dogmática do direito penal ao se limitar à um único sistema de compreensão, preso nas Leis de Hume², segundo o qual não seria possível alcançar

² A distinção entre ser e dever-ser é a operação lógica formulada por David Hume, de forma que segundo o filósofo empirista não se alcançaria conclusão prescritiva ou deontológica a partir de elementos fáticos (da experiência fenomênica). Essa visão foi transposta aos saberes penais e criminológico, de forma que àquele caberia as normas prescritivas e a este as normas fáticas numa absoluta delimitação de fronteiras. Assim, Ferrajoli encontra-se neste campo de visão, pois segundo este juspositivista a por quê da pena não se confunde com o por quê se deve punir. Do outro lado do campo de visão, encontra-se Alessandro Baratta, pois este operou em uma intencional violação a Lei de Hume, pois o discurso jurídico-penal do dever-ser da pena não mais se

conclusões prescritivas ou morais a partir de elementos descritivos ou fáticos. Tal análise corresponde na impossibilidade de diálogo entre Criminologia e Direito Penal, no que resultaria em dois sistemas distintos, cujo critério de validade das críticas seria a zona de intervenção: crítica dogmática ao direito penal e crítica criminológica à criminologia. Eis, portanto, a razão histórico-filosófica da análise hermética, retromencionada.

É por tal razão, assim sendo, que se justifica a opção deste trabalho em abordar a temática sob o ponto de vista da Criminologia Crítica, uma vez que esta traduziu-se na ruptura das Leis de Hume aplicadas às ciências criminais. É também por isto que se precisa buscar fundamento na Filosofia e na Sociologia para análise do encarceramento, da hiperpunitividade e da privatização das penitenciárias, uma vez que a doutrina penalista é escassa no assunto e muito pobre de análise científica. Assim, para abordagem da pena é preciso superar a análise penalista que confunde fundamento com justificativa da pena, criado, é certo, sobre um manto metafísico do *ius puniendi*, que supostamente traria a consensualidade no seio da sociedade, em que a maioria predominante compartilharia dos mesmos valores institucionalizados. A criminologia crítica, contudo, mostrou que tal pressuposto é meramente retórico e discursivo, razão pela qual se exclui esse fundamento na medida em que se inclui outros dois: a responsabilidade social com que se deve ter ao investigar o sistema penal e o empirismo que deve servir de base para estudo das políticas públicas na área criminal, que deve velar, sobretudo, pela análise e crítica à penologia (CARVALHO, 2013, p.155).

Inclusive, acerca da genealogia da punição, foi Nietzsche quem melhor contribuiu para entendê-la. Ora, se partirmos do discurso produzido pelo Direito Penal que o sistema de justiça criminal existe para proteger os bens jurídicos essenciais, então é de se entender que erige sobre a dor produzida um castigo equivalente, mas que só pode ser aceitável se houver uma base sólida de valores a serem merecedores de tutela jurídico-penal. Precisamente, a sociedade decorre da uniformização dos valores entre os homens, cuja concretização se deu a partir da dor e do castigo. As tradições e a moral estão no centro do sistema que produz a violência, pois elas possuem um caráter sempre reativo e de ordenação. Assim, a história mostrou que para serem consagradas, para que haja a sua reprodução, produzindo o homem à imagem de outro e assim sucessivamente pelas gerações, foi necessário vestir a camisa social, pela moralidade dos costumes. No fim da Segunda Dissertação da Genealogia da Moral o autor descreve, ainda, que nada tem de livre essa operação do castigo em nome de valores,

sustenta a partir da experiência fenomênica colhida pela Criminologia Crítica, que deixou de ser auxiliar da dogmática, passando a ser a própria fonte da crítica ao Direito Penal, como forma de evitar a cegueira frente à realidade e à regulação jurídica.

que não se trata de um pacto, mas que na verdade este sistema repressivo sempre resulta da força organizada dos homens conquistadores. Com isto, é de se esperar o caráter festivo da pena, pois neste ponto de vista, um apenado significaria a vitória dos valores morais, o que supostamente mereceria ser festejado por toda sociedade (NIETZSCHE, 2002, p.44-48).

Neste ponto, entende-se que a pena não pode ser entendida pura e simplesmente como uma técnica jurídica destinada a salvaguardar os valores essenciais de uma sociedade em face do inimigo comum. Então a questão primordial surge: o que é a prisão, afinal de contas?

É exatamente para responder a esta questão que se trouxe as críticas criminológicas acima a respeito do crime (ou criminalização), que resultaram por demonstrar em um esvaziamento ontológico-dogmático desse instituto. Traçando a mesma metodologia da criminologia crítica, o presente capítulo irá traçar dialeticamente as fundamentações acerca da pena privativa de liberdade com as críticas criminológicas, sem perder de vista o referencial teórico aqui traçado. Antes, contudo, é preciso fazer um primeiro apontamento. Porque para se chegar à pena privativa de liberdade enquanto instituto jurídico do sistema penal que guarda correlação como crime, é necessário investigar a prisão e a pena separadamente.

Assim, antes de chegar à pena privativa de liberdade, analisar-se-á a prisão. A primeira reflexão a ser feita é que a história da pena não se confunde com a história da prisão-pena, até pelo menos antes da modernidade. É que antes do período iluminista, notoriamente antes da dogmática jurídica liberal-garantista, as penas eram as mais variadas possíveis, de forma que o aprisionamento do indivíduo tinha um caráter marcadamente secundário. Foucault (2014, p.35-37) explica precisamente este período, que pode ser identificado como o paradigma dos suplícios ou do espetáculo da violência, cujas penas eram físicas. Segundo o autor, uma pena para ser caracterizada enquanto suplício, deveria obedecer a três critérios principais, ou seja, deve-se produzir uma certa quantidade de sofrimento em que se possa ao menos apreciar, comparar e hierarquizar. Em outras palavras o mesmo autor também se refere ao suplício como um código jurídico da dor e a arte quantitativa do sofrimento.

[...] A pena, quando é suplicante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco: ela é calculada de acordo com regras detalhadas: número de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda (o tribunal decide se é o caso de estrangular o paciente imediatamente, em vez de deixá-lo morrer, e ao fim de quanto tempo esse gesto de piedade deve intervir), tipo de mutilação a impor (mão decepada, lábios ou língua furados).

[...] o suplício, mesmo se tem como função “purgar” o crime, não reconcilia; traça em torno, ou melhor, sobre o próprio corpo do condenado, sinais que não devem se apagar; (FOUCAULT, 2014, p. 37).

Desta forma, este período inicial, brevemente relatado se refere à uma liturgia punitiva, cuja principal proposta era a produção institucional de sofrimentos, juntamente com o caráter festivo da pena, em que fazia no espectador todo o procedimento público de espetacularização e temor do suplício, ao passo que fazia no supliciado a produção da marca eterna do poder punitivo do soberano.

Deste modo, retomando a análise, entende-se que a prisão-pena é algo eminentemente moderno, de forma que antes a prisão não tinha um caráter de pena autônoma, mas do contrário, era apenas um local de custódia e castigos corporais, como efeito secundário, como um local de transição para a pena principal. A prisão-pena, por outro lado, é essencialmente diferente, uma vez que passa a ser o principal meio coercitivo do Estado, ganhando total atenção na era moderna, por meio do iluminismo e do pensamento reformador de Beccaria (SILVA, 2016, p.19).

A mudança dos suplícios para a prisão-pena foi geralmente analisada do ponto de vista garantista, em que se queria humanizar as penas, logo realizando uma configuração principiológica de raiz liberal, banindo as penas corporais, de forma que foi se restringindo à privação da liberdade como instrumento principal de penologia. Contudo, a crítica de Foucault ao humanismo da prisão moderna, mostra que na verdade a modernidade inaugurou não uma reforma em decorrência à sensibilidade dos apenados, mas sim em decorrência do poder ilimitado do soberano, que era a demonstração de poder na época. Assim, na era moderna e liberal, não podia mais haver a demonstração política sobre os corpos dos condenados, de forma que se construiu um procedimento burocrático de docilização dos corpos e gestão biopolítica por meio da disciplina. A rigor, passou-se de um paradigma em que tinha como pressuposto os ditames sobre a vida e a morte do servo para outro em que se controlava a forma de viver do subalterno (FOUCAULT, 2014, p.134).

Prosseguindo, a prisão seria então a forma moderna de governar os corpos, marcada pela repressão das classes que estão distantes da produção penal-legislativa, por meio da qual se cria o delito e o infrator, produzindo a figura do criminoso dentro da lei, seguindo procedimentos técnicos-rationais, longe do absolutismo do soberano. Tal racionalidade, contudo, serviria para legitimar o próprio poder de punir da era moderna, opondo legalidade e ilegalidade num estratégico sistema, e cujo papel principal da prisão seria a tecnologia política do corpo, que teria como função a fabricação da imagem do preso. Assim, importante destacar que esta explicação é diametralmente oposta à clássica de que a prisão reduz a taxa de criminalidade, pois há muito se superou tal afirmação. Em realidade, em uma era em que o

tempo de trabalho erigiu como valor dominante, suprimir o tempo livre por meio do adestramento aos valores se tornou a coação da prisão, que nada tem a ver com caráter pedagógico ou educativo, nem caráter humanitário ou de sensibilidade social (FOUCAULT, 2014, p.228).

Diante do exposto, percebe-se um sentido duplo acerca da pena, porquanto há diferentes percepções, pois, o Direito Penal constrói discursos para legitimar a atuação do sistema penal, ao passo que a Criminologia Crítica desconstrói. Assim, chega-se finalmente à pena privativa de liberdade e, portanto, inevitável analisar as funções de tal prisão-pena moderna, pois, se por um lado pouco se produziu a respeito do que é essencialmente a pena, muito se produziu para justificar seus fins.

Assim, a primeira formulação teórica diz respeito à possibilidade de a pena inibir o cometimento de novas infrações, gerando uma situação dupla, pois na medida que pune o infrator ocasionaria uma sujeição e intimidação do potencial agressor, de forma a se tornar uma prevenção geral do delito. É bem verdade que esta clássica teoria da pena em nada contribui para encontrar uma essencialidade da pena, mas na verdade apenas reforça a necessidade de punir. Ora, as necessidades também são construídas, pois na verdade algumas escolhas políticas rondam a resposta penal (GUIMARÃES, 2007, p.85).

Para tratar acerca dessa função penalógica, primeiramente necessário adentrar a história. Ela nos mostra a fragilidade de tal pensamento por meio da derrocada do Estado Absolutista, que utilizava a pena como castigo, não só por ferir o tecido social, mas por provocar diretamente a majestade. Assim, punir não era somente um ato retributivo, mas era também a demonstração de poder do soberano sobre seus súditos. A este respeito, cita-se o professor Agostinho Ramalho (2000, p.211-221) que bem traduz essa dinâmica do poder-punir:

Os suplícios impostos aos condenados reafirmavam o poder absoluto do soberano, que não admitia qualquer violação as suas leis. A ofensa ao rei ou aos delegados do poder, pela infração às leis, transformava o agressor em inimigo do sistema. Contra ele justificavam-se os castigos mais graves, com os requintes da anatomia do sofrimento, que constituiu o aspecto mais significativo da penalidade moderna, contra os quais irá se insurgir a ilustração do século XVIII.
(MARQUES NETO, 2000, p. 211-221).

Entretanto, prova-se que não é necessário ir tão distante na história para mostrar que a prevenção geral negativa é incapaz na sua origem. Na verdade, a Lei de Crimes Hediondos do Brasil (1990), fornece objeto de análise para o presente trabalho, ainda que muito brevemente, para não fugir ao escopo.

Se levarmos em conta a função a que é dada à pena-prisão enquanto fonte intimidatória da conduta delituosa, seria razoável esperar a diminuição das taxas de criminalidade ou ao menos sua estagnação. É bem verdade, contudo, que vários são os fatores que proporcionam o aumento ou a diminuição das taxas, mas o estudo realizado pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, mostrou que a vigência da Lei 8.072/1990, que classifica um rol de crimes enquanto hediondos, não fez surtir os efeitos desejados pela prevenção geral³.

A título de descrição, os dados foram retirados do próprio estudo do ILANUD (2005, p.21) e não tem como objetivo mudar de objeto o presente trabalho, uma vez que ainda se analisa a prisão-pena, mas tem como intenção mostrar também que a pena e o crime são institutos muito dissociados quando se trata de violência. Em outras palavras, os dados do Instituto demonstram que em todo aquele estado carioca a vigência da Lei de Crimes Hediondos, o que trouxe por consequência agravamento na progressão de regime e por consequência maior intimidação social, não fez diminuir as cifras das estatísticas.

Mas a análise dos dados demonstra algo ainda maior. A legislação que endurece as penas vem suplantada pelos discursos legitimadores da pena, de modo a fazer do Direito Penal uma proteção simbólica, ou seja, uma forma de demonstrar a afirmação de valores, de ser a resposta penal para a sociedade, mas que não necessariamente servirá para inibição da violência (GUIMARÃES, 2007, p.106).

É bem certo que não se pode afirmar genericamente que o endurecimento das penas fez aumentar a criminalidade, da mesma forma que não há embasamento para afirmar que elas proporcionarão a diminuição dos crimes. O exemplo acima corrobora isso e a realidade brasileira também. O professor Cláudio Luiz Frazão Ribeiro (2006, p.44) entende da mesma forma, de modo que a prática dissuasória acaba por dar muita ênfase na pretensão punitiva do Estado, por meio de um Direito Penal onipresente e integrado, sem lacunas e policialesco, o que resultaria necessariamente em um esquecimento à participação da vítima e de medidas alternativas à pena. Por isso mesmo, o autor entende que o modelo dissuasório é reducionista, pois confunde prevenção com intimidação, ainda que não surta efeitos práticos na violência.

³ Segundo dados extraídos da tabela 1 que versa sobre as Estatísticas Criminais no Estado do Rio de Janeiro, houve 1219 casos de estupro em 1984 neste estado da federação. Em 1990, houve 1.108 casos do mesmo crime. Logo em seguida, em 1992 o número decaiu para 993 casos. Contudo, em 1998 já teria aumentado para 1.493 casos de estupro. Em relação ao homicídio, houve 4.105 casos em 1984 e 7.858 em 1990. Dois anos depois, em 1992, o número decaiu levemente para 7.635, mas voltou a crescer e em 1994 já alcançava 8.408 casos de homicídio no estado. Em relação ao latrocínio, houve 187 casos em 1984 e cerca de 195 em 1990. Em 1992 o número teria subido para 288 casos mas caiu para 166 em 1996. Contudo, em 2002 voltou a subir para 201 casos de latrocínio naquele estado (ILANUD, 2005, p. 21).

A doutrina de Alberto Silva Franco (2000, p.492) também analisa o efeito pragmático da aplicação da Lei de Crimes Hediondos na Região Metropolitana de São Paulo e constatou também a disfunção da pena. A título descritivo, o autor enumera que o tráfico ilícito de entorpecentes aumentou 101,78% entre 1991 e 1998 e da mesma forma o homicídio doloso aumentou cerca de 31,72% nos cinco anos subsequentes à da classificação deste delito no rol da lei 8.072/1990.

Em realidade, as leis penais vão se agravando e à medida que isto ocorre fortalece o movimento associativo entre os apenados, num fenômeno a partir do qual erigem-se as facções dentro dos presídios, que são formadas sobretudo em razão do maior tempo em que o preso fica enclausurado numa penitenciária. Assim, pune-se mais e com apoio de discursos controversos sem nenhuma ou pouca comprovação científica dos ganhos, cujos resultados demonstram serem as perdas superiores aos benefícios do endurecimento legislativo-penal (ILANUD, 2005, p. 91).

Em que pese o discurso da coação seja antigo e ultrapassado, ele ainda encontra respaldo nos discursos midiáticos e legislativos, como é o próprio exemplo da lei supracitada. Por isto mesmo, inescapável este discurso das críticas ora expostas. Contudo, passa-se agora a discutir outros discursos mais recentes acerca da prisão-pena.

Prosseguindo a análise crítica da pena privativa de liberdade, vê-se que o mundo atual neoliberal encontra no Direito Penal os mesmos fins legitimadores da pena que já se conhecia, e que na verdade nunca pereceram, comum a pequena diferença. Não mais se trata da coação psicológica, pois há muito se superou esta tese. Do contrário, a pena serviria atualmente para confirmar a vigência da lei e reafirmar a seara axiológica tutelada. Aliás, esta função nunca deixou de existir, pois o Direito Penal sempre teve um aspecto simbólico. (GUIMARÃES, 2007, p.247)

Em realidade, o que se percebe enquanto projeto político da prisão-pena é de controle penal dos excedentes, devido à um ambiente neoliberal em que mais se produz a exclusão social. Contraditoriamente, em uma época em que cada vez mais se supera o Estado-Nação, em que este passa a encolher-se, ainda se vê a violência estrutural. Isto porquê na medida em que o Estado se deslocou de um ambiente de Providência, passou a migrar para um estado de Penitência com expansão do sistema penal (WACQUANT, 2015, p.06).

Assim, neste espaço de controle social, a pena de prisão não irá surgir pelo simples desvio da norma em abstrato, ainda mais considerando a enorme cifra negra da criminalidade oculta, mas o protagonismo da prisão surge em decorrência da reação social que é pressuposto necessário para acionamento das instâncias formais de controle penal. Daí

também resultar a seletividade secundária, pois até mesmo em decorrência lógica da impossibilidade de se controlar todos os indivíduos, selecionam-se alguns. Na medida em que seja acionado, o sistema penal opera na construção legal do desviante selecionado em “não-humano”, facilitando o processo de criminalização, ao reduzir sobretudo suas garantias processuais e à criação de um estereótipo de não-cidadão, que reproduz seu processo de exclusão social. (JUNIOR, 2011, p.64).

Assim, identifica-se que a necessidade punitiva atual faz parte de estratégia de controle social, que menos se pensa na justificação da pena e mais se pensa na sua utilização de forma mais eficiente. Esta eficiência justamente decorre da migração para o Estado Penitência acima afirmado, pois o foco do Estado está no controle social penal, na dupla-face do seu distanciamento das pautas sociais. Tal estratégia punitiva precisa ser necessariamente suplantada por um forte apoio popular e apelo midiático, que reproduz a simbologia do Direito Penal, como se sua presença fizesse grandes mudanças nas taxas de criminalidade. Desta forma, erige a função oculta da pena atual, ou seja, a necessidade de controle social, mas desta vez respaldada na ressonância popular que lhe traz justificação e reprodução. Assim, fica-se caracterizado um dos primeiros aspectos da tese da penologia que é a ótica retribucionista de utilização da prisão como técnica de controle social, suplantada por discursos justificacionistas no seio da doutrina penalista (GAIO, 2006, p.120).

Não se esgotam, contudo, as teorias legitimadoras da pena. Em realidade, a principal justificativa atual, e sobretudo reforçada pelo discurso de privatização das penitenciárias, é a da ressocialização. Terá, entretanto, uma abordagem separada neste trabalho.

2.1.1 Prisões brasileiras e estratégia biopolítica

Ainda seguindo a análise acerca da prisão-pena, imprescindível destacar a realidade brasileira, uma vez que se é difícil por si só entender a função da prisão-pena, é ainda mais difícil contextualizar academicamente a realidade prisional no Brasil. Isto porque o sistema prisional deste país parece seguir uma ótica própria e de difícil análise. Afinal de contas, a realidade brasileira não se constituiu nem em um Panóptico Displinador nem em um Suplício, utilizando as categorias foucaultianas.

Desta forma, relembre-se que o Suplício foi o modelo penal anteriormente descrito e sobretudo utilizado pelo soberano no Antigo Regime, onde não havia a configuração principiológica liberal que vieram por limitar a atuação penal. Se partirmos

deste ponto, haveria uma ligação com a realidade prisional brasileira, ainda que mínima. Pois certamente a ideia de castigo presente nos Suplícios pode ser encontrada empiricamente nos estabelecimentos penais do país. Soma-se a isto, a enorme espetacularização que se dá quando um infrator é linchado nas ruas, ou quando um grupo de apenados são executados no espaço intramuros e que, vez ou outra, encontra euforia popular (FOUCAULT, 2014, p.09).

Contudo, não parece que seja isso. Os suplícios por mais que existam enquanto dor física produzida no sistema prisional, não existem enquanto categoria autônoma no Brasil como no Antigo Regime. Afinal de contas, o objetivo na época era justamente mostrar toda dor e sofrimento produzidos no procedimento inquisitivo, era espetacularizar oficialmente o castigo. Enquanto isso, qualquer rebelião em presídios repercute nacional e internacionalmente, o que não ajuda a aumentar o índice de popularidade do governo (FOUCAULT, 2014, p.35).

Por outro lado, poder-se-ia sugerir então que os modelos prisionais brasileiros estão mais próximos daquilo que se chamou de disciplina austera em decorrência dos discursos de ressocialização do apenado. Afinal de contas, a Lei de Execução Penal (1984) insiste em disciplinar o preso por meio do artigo 33, a partir do qual estabelece que a jornada de trabalho interno não será inferior a 6 (seis) horas, bem como sustenta um rol de sanções disciplinares no artigo 53, como o isolamento na própria cela ou a sua inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado, o que inclusive é, por si só, uma enorme contradição com a proposta ressocializadora da pena.

Contudo, igualmente à conclusão anterior, não parece também que seja isso. Embora a legislação indique o modelo disciplinar, bem como a arquitetura dos estabelecimentos prisionais brasileiros demonstrem haver a preocupação com o ideal panóptico, não satisfaz o discurso da ressocialização enquanto projeto político-ideológico deste país. Menos por questões ideológicas e mais por questões de políticas criminais e gestão do aparelho prisional – que sendo gerido pelo Estado ou não, não foge às críticas – que não demonstram a total preocupação com a disciplina, como seria esperado pela tecnologia do poder (FOUCAULT, 2014, p.190).

Ainda não nos despedimos de Michel Foucault, muito embora seja preciso avaliar a questão aqui traçada sob outro viés. Para entender melhor a situação, é imprescindível enxergar as categorias traçadas por este autor ao tratar mais especificamente sobre a biopolítica.

Em a História da Sexualidade I (Vontade de Saber), o mesmo autor reconhece a mudança ocorrida no biopoder no berço da modernidade. Enquanto paradigma essencial, o

direito de causar a morte se transformou em direito de causar a vida, o que representava uma mudança de soberania. Não atoa o suicídio era considerado um delito, uma vez que atentava contra o poder do soberano, usurpando seu direito de vida e de morte sobre seus súditos. O que significa essa mudança? (FOUCAULT, 1988, p.127).

Segundo o autor constituiu-se de dois pólos de desenvolvimento interligados esse paradigma do biopoder. O primeiro polo diz respeito à anátomo-política do corpo humano, que significou a representação do corpo enquanto máquina a ser docilizada por critérios utilitários. O segundo veio após e diz respeito aos controles reguladores da biopolítica da população, cuja ideia central seria a disciplina biológica, da saúde e longevidade da população, técnicas de proliferação, controle de mortalidade e natalidade. Com isto, a mudança principal foi o paulatino esquecimento da velha potência da morte, que agora passara a se consubstanciar em gestão da vida e dos corpos. Em realidade, o autor entende que a vida passou a ser objeto da política, pois até então a vida era objeto na história quando havia guerras ou fome, mas que agora passa a assumir o centro da gestão política na modernidade. Contudo, a contribuição maior deste autor reside em dizer que a mudança indicou que o poder de causar a vida também é o poder de devolver à morte, significando então uma desqualificação do poder de causar a morte. Entretanto, Foucault iria guiar seus trabalhos para a importância da técnica de sexualidade neste processo da disciplina, o que nos leva então a buscar outro autor que faça a ponte de interligação com este para desenrolar da problemática aqui traçada (FOUCAULT, 1988, p.137).

Giorgio Agamben passa a ser o referencial teórico aqui utilizado, uma vez que ele traça novas explicações sobre o desenvolvimento da biopolítica, que será útil para estudar os fenômenos das prisões aqui traçado. Primeiramente, então, será imprescindível contextualizar o autor.

Em sua escavação nos textos latinos, depara-se o autor com um conceito-limite, obscuro até mesmo para os romanos, sobre o qual debruçara sua vida acadêmica. Trata-se do estudo do *homo sacer*, a partir do qual foi traçada uma dissidência (ou ambivalência, segundo Agamben), a respeito de seu significado. A sacralidade seria o ponto principal, contudo, que conectava as duas posições. Mas trata-se de um sagrado problemático. Isto porque a sacralidade supostamente era mais secularizada do que parecia, de forma que o direito religioso e o direito penal ainda eram figuras inseparáveis. De outro lado, a sacralidade mais aparentava ser um tabu no sentido etnológico (AGAMBEN, 2002, p. 80)

Assim, o *homo sacer* seria paradoxalmente a figura que representava aquilo que já pertenceria aos deuses, do que decorre seu caráter sagrado, mas sobretudo de deuses íferos,

daí que resultaria no binômio impunidade de sua morte e o veto de sacrifício. O que representava tudo isto? Representava uma categoria que surgia a partir do cometimento de um crime e que em razão disto fazia com que o indivíduo passasse a ter uma vida despida, numa contradição entre sagrado e profano. O sagrado significava que sua vida não poderia ser eliminada tão facilmente pelo soberano, mas do profano se retirava o elemento da impunidade para aquele que cometesse o homicídio contra a figura do *homo sacer*, sem com isto, cometer qualquer tipo de sacrilégio. Em outras palavras, na medida em que não poderia o soberano retirar sua vida em decorrência do crime praticado, não precisaria nem o soberano nem o ordenamento religioso conceder-lhe proteção à sua vida, de forma que quem o matasse não cometeria um fato punível (AGAMBEN, 2002, p. 189)

Em decorrência do exposto, resultaria uma vida nua, porém de forma paradoxal. Isto porque a vida nua se aproxima da *zoé*, termo criado por Aristóteles para definir a vida biológica e a mera existência humana. Contrariamente, a vida nua em Agamben representaria ao mesmo tempo a existência humana (o homem vivente) e também o corpo objeto da política, pois estaria representada pelo perfeito cruzamento entre a matabilidade e a insacrificabilidade. Ou seja, disto resultaria a politização da vida, pois não se trata mais da vida puramente biológica, mas politicamente controlada. Ainda segundo o autor, essa diferença é cabal ao identificar que na antiguidade existia a vida *zoé* da vida política (*bíos*), bem como no Antigo Regime a vida pura decorria da vontade de Deus, ao passo que na modernidade ela ganha total destaque para exercício da soberania, sobretudo nos Estados Totalitários (AGAMBEN, 2002, p. 125-134).

Mas o autor vai além disso, estabelecendo não só o conceito do *homo sacer* enquanto categoria romana, mas sobretudo revela que toda sociedade fixa a politização da vida, de forma que é muito provável que a modernidade fez ampliar este limite, de forma que ela decide quais sejam as populações que devam se enquadrar na categoria do “homem sacro”. Mais que isso, a vida nua não está mais confinada à um campo, que é o espaço por excelência do exercício da soberania, ela “habitaria o corpo biológico de cada ser vivente” (AGAMBEN, 2002, p. 146).

Ora, a explicação agamberiana casa perfeitamente com os escritos de Hannah Arendt, ao demonstrar a forma pela qual a modernidade faz o procedimento de eliminação da vida indigna de ser vivida. Inclusive esta autora faz a relação perfeita entre o campo de concentração nazista e a origem do Estado Totalitário. Mas essas são apenas as formas mais explícitas do poder soberano. Assim, Agamben ao afirmar que ele habitaria cada corpo biológico, demonstra que este poder também pode ser sutil ou permanente, traduzido ao que

para ele seria a tanatopolítica. A questão do nazismo seria então apenas a forma radical dessa pretensa relação entre medicina e política. Contudo, também pode haver metamorfoses nesse processo (AGAMBEN, 2002, p. 149).

Acerca desta última consideração, o autor afirma que o campo é um espaço de exceção e que possui também um estatuto paradoxal, posto que é um espaço colocado fora do ordenamento jurídico, mas não resulta disto sua exceção. Pois aquilo que é colocado dentro dele, e, portanto, fora do ordenamento, é juntamente com ele capturado e logo é excluído. Mas é o próprio ordenamento que permite essa exclusão. É o próprio ordenamento que faz a previsão, de incluir excluindo. A exclusão é a forma de inclusão, que é o próprio Estado de Exceção. É como se não houvesse distinção entre legal e ilegal (AGAMBEN, 2002, p. 177).

O que tudo isso representa para as prisões brasileiras? São elas nosso espaço político de despojamento da vida, ou melhor, de tradução daquilo que seja reduzir a vida à mera existência. Embora não se possa negar a resistência dos apenados e a formação de organizações no interior dos presídios como forma de fazer frente à imposição do Estado, não é este o ponto central aqui traçado. Em realidade, o objetivo principal é demonstrar que as prisões brasileiras não possuem especificamente um teor de crise funcional ou institucional como se poderia pensar. É historicamente mais um projeto político de inclusão por meio da exclusão, de controle dos excedentes do capitalismo tardio, de capturar uma clientela menos favorecida social e economicamente e fazer dela o *homo sacer* à brasileira. Prova disto, é que não há suplícios no sentido foucaultiano, de pretensão estatal de fazer morrer, nem há a disciplina austera descrita em *Vigiar e Punir*, mas há sobretudo o poder de deixar morrer, de deixar o apenado ao sabor do tempo e do acaso, de negligenciar a mortificação do sujeito, numa cultura de extermínio, e por fim, de abandoná-lo (SEQUEIRA, 2006, p.?).

Cristina Rauter (2012, p.69-75), exemplifica também essa questão entre cárceres e biopoder no Brasil, pois se aqui a pena de morte não existe oficialmente, sabe-se que ela é aplicada extraoficialmente há muito tempo. Certamente, essa afirmação da autora pode e deve ser estendida ao espaço extramuros da violência generalizada no país, mas igualmente serve como categoria de análise para entender o funcionamento dos estabelecimentos penitenciários de países de capitalismo periférico, como o nosso. E isto não corresponde – voltamos a Foucault – um retorno aos suplícios, *strico sensu*, mas a violência é parte integrante das engrenagens do biopoder. E sobretudo no Brasil, cresceu desde cedo essa violência estrutural no espaço do Direito Penal, onde se pretendia julgar não só o fato punível, mas sobretudo identificar socialmente o infrator, punindo mais que o fato, também o autor. Fórmulas para identificar o ser criminoso não faltaram, como é o caso do exame criminológico. No mesmo

sentido, há muito se trava a batalha diária no Brasil das guerras ao tráfico, numa disputa inclusive territorial entre morros e facções, cujo poder policial e também prisional já eliminou muitas vidas.

Que se conclui então? Que as prisões brasileiras estão mais bem incorporadas à um modelo de biopoder, cujo campo de espaço para a produção de violência se tornou até mesmo suavizado e legitimado por discursos punitivos, em que não mais se trata de fazer a morte, nem se chega ao extremo de fazer a vida (calculadamente produtiva), mas se trata de uma tanatopolítica de devolver à morte, de deixar morrer, e, portanto, de gravar socialmente qual corpo merece ser vivido até a total exclusão. Desta forma mais sentido afirmar que não há crise de funcionamento das prisões brasileiras, pois esta produção de violência esteve no berço de sua origem, sempre as acompanhando. Mas também está presente sobretudo no modelo neoliberal de Estado, que se mantém mínimo na esfera social e máximo na esfera penal, que é uma correspondência incrível ao Estado brasileiro.

2.2 O mito da ressocialização da pena

Após a abordagem anterior a respeito das funcionalidades da pena privativa de liberdade, que não se limitou à visão tradicional comumente explanada na doutrina, bem como análise do que representa ser a prisão brasileira, passa-se agora a analisar mais especificamente a função da ressocialização da pena, uma vez que esta passa a ser a assumir o mais alto grau de tentativa justificacionista da prisão. De antemão, a escolha em concentrar os esforços nesta função em específico é justificado pelo fato que um dos maiores argumentos para privatizar as penitenciárias é o de que supostamente elas iriam proporcionar uma menor taxa de reincidência, uma vez que iriam concretizar a sociabilidade do apenado. Ora, trataremos de expor aqui que o problema da ressocialização não é (somente) de aplicação, mas substancialmente estrutural ou ideológico.

Primeiramente, deve-se reportar o leitor às ideias clássicas acerca do fator ressocializante da prisão, bem como seus fundamentos. Assim, mostra-se razoável buscar dentre os juspositivistas o estudo da pena, não numa abordagem metodologicamente incompatível com a criminologia crítica que aqui se desenvolve, mas numa forma de análise plural, a fim de encontrar as próprias falhas intrínsecas ao sistema penal como um todo à função ressocializadora da pena. Não por acaso, mesmo dentre os positivistas, há dissenso no que diz respeito à pena-prisão, pois a ressocialização não é unânime.

Acerca de tal dissenso, Luigi Ferrajoli (2002, p. 213) é quem melhor traçou a incompatibilidade entre a prevenção especial positiva e o Estado penal-garantista. Muito embora seja incongruente a análise de Ferrajoli em comparação com a análise de Foucault, acerca da questão de como se desenvolveu a punição ao longo da modernidade, é possível compatibilizar ambos num aspecto, ao menos: a ressocialização, independentemente de seu surgimento e de seus fins, é mais uma questão ideológica do que epistemológica. Por isto ambos servem como referencial teórico aqui proposto.

Três correntes principais marcam a origem da pena enquanto função de prevenção especial positiva. A primeira delas é a doutrina pedagógica da emenda, e também a mais tenra, que se desenvolveu a partir das contribuições da tradição hebraico-cristã, em que a pena tinha caráter de penitência, de causação da dor necessária para dar origem ao remorso ou à confissão, cujo objetivo seria a expiação dos pecados. Disto resulta que a pena a ser estruturada no sistema penal deve ter como motivação a recuperação moral do condenado, a partir de uma função pedagógica repressiva. É justamente este retribucionismo da pedagogia sua maior problemática, pois induz a repressão crescente, sobretudo ao partir do pressuposto de que o infrator é necessariamente um sujeito imoral (FERRAJOLI 2002, p. 214).

A segunda corrente coincide em um aspecto com a anterior: parte do pressuposto que o infrator é um ser antropológicamente inferior. É justamente daí que vai resultar a justificação de defesa social, uma vez que haveriam os perigosos inimigos e a sociedade pacífica e civilizada. A diferença entre estas, é que na pedagogia tinha-se sobretudo a ideia de livre-arbítrio, ao passo que nesta última corrente o infrator seria determinado pela natureza ou pelas condições sociais, razão pela qual a pena assumia função terapêutica. O maior problema de ambas as correntes é sua criação metafísica do crime e do criminoso. Inclusive, tal criação ontológica foi alvo de crítica pela literatura do início deste capítulo, a qual nos mostra a problemática da construção social, e sobretudo partir de uma suposta metafísica que distorce a realidade, ao invocar o “criminoso natural”, contribuindo para exclusão de contingentes desfavorecidos, ao passo que tenta (des)classificá-los, por meio de categorias como louco ou bandido, o que resulta em um grave risco de rotulação de quem supostamente já nasceu para a carreira criminosa (FERRAJOLI 2002, p. 215)

A terceira corrente foi desenvolvida sobretudo por Franz Von Liszt que acabou por se transformar na polimorfia da pena, em decorrência de seu caráter eclético, que ao invés de buscar a origem jusnaturalista da pena, apenas traduz em uma variada polifunção penal na tentativa de justificá-la. A rigor da teoria, a pena deveria ser adequada a cada caso concreto, dependendo menos do delito e mais da personalidade do infrator, e nisto resultaria a justiça

penal. Daí resultar em categorias: “irrecuperáveis”, “passional”, “delinquente ocasional”, “nato” etc. O próprio Liszt já identificava em sua época quem pertencia a cada categoria, sejam eles os ébrios habituais, os proletários e os degenerados física e espiritualmente. Assim, imprescindível notar junto com o Ferrajoli (2002, p. 218) que de diferentes formas partiram as correntes, mas que chegaram num ponto em comum, ao considerar o crime enquanto patologia social, moral, ou natural, e a pena enquanto tratamento social e institucional, a partir da qual se legitima a violência do correccionalismo.

Conclui o autor que além do problema epistemológico de confundir Direito e Moral, o papel ressocializante da pena acaba em outros problemas pragmáticos: possui um caráter antigarantista, pois as penas passam a durar enquanto não se constatar a suposta obriedade com que se pode dizer que alguém já cumpriu sua meta ressocializadora; acaba por justificar mais prisões, pois as penas alternativas não cumpririam tal papel de transformação moral do delinquente; abriu espaço para regimes totalitários na Europa ao dissolver o garantismo clássico; por fim, são absolutamente irrealizáveis (FERRAJOLI, 2002, p. 219).

Também estamos de acordo com o autor que, embora seja juspositivista e reconheça a importância do Direito Penal, sabe justificar o absurdo das prisões, e conclui que repressão e educação são definitivamente incompatíveis entre si. Que as prisões são na verdade um local criminógeno de educação ao crime e dessocializante. Se se tratasse de um local de construção de cidadania, deveria permitir a tolerância e o respeito à consciência e à subjetividade humana. Do contrário, a prisão tenta por meios cruéis atingir fins supostamente humanitários, mas que acaba comumente realizando a própria violência à dignidade humana (FERRAJOLI, 2002, p. 220).

No mesmo sentido o professor Cláudio Luiz Frazão Ribeiro (2006, p. 46-49) identifica o efeito expansionista do sistema penal e da intervenção penal do Estado ao fundar a função de ressocialização da pena, ao invés de limitá-lo. Por sinal, os resultados práticos seriam muito discutíveis, porquanto haveriam 3 casos problemáticos: poucos infratores estariam dispostos a serem realmente ressocializados; outros serão incorrigíveis; e outros se recusariam totalmente à pretensão ressocializadora sob a invocação de não serem submetidos a qualquer espécie de tratamento, por violação à sua personalidade e soberania, dos quais se atribui total razão. Desta forma, tanto a doutrina da socialização quanto a doutrina do correccionalismo estariam inerentemente presos à essa problemática, bem como estariam objetificando cada vez mais o infrator, de tal forma a promoverem um direito penal voltado para o autor e não para o fato.

A contribuição do autor italiano acima foi suficiente. Importante demonstrar como a prisão pode ser criticada pela sua existência e pelas suas funções tanto do ponto de vista abolicionista quanto do ponto de vista garantista. Desta forma, após a explanação acerca dos principais movimentos justificacionistas da ressocialização, bem como da crítica aqui traçada, importante prosseguir com outros referenciais teóricos, a bem da metodologia histórica dialética escolhida.

Para prosseguir a análise, considera-se que a gama pela onda punitiva e pela privatização dos presídios reside sobretudo na crítica que este movimento realiza em relação à forma como é aplicada pelo Estado a lógica instrumental da ressocialização. Sob este ponto de vista, a gestão pública seria incapaz de concretizar a fórmula instrumental, ao ponto de deturpá-la, criando mais males do que solucionando. Assim, a prisão seria um ambiente hostil e violento, que mais agravaria a situação dos apenados do que propiciaria um ambiente de mudança comportamental. Entretanto, mais do que a forma de aplicação, são os próprios ingredientes da fórmula criada que possuem problemas irreversíveis, cujo resultado seria uma completa incompatibilidade e incoerência da pena privativa de liberdade em relação aos seus fins e seus meios de proceder.

A fórmula a que se refere diz respeito à tentativa de aprisionamento do infrator como um meio de se chegar à socialização do apenado, que guarda contradições intrínsecas. Isto porquê é a prisão também um fator criminógeno, local de produção de violência e de reprodução de estigmas sociais. É por meio da atuação da prisão que se tem a demonstração por excelência do poder punitivo e do poder soberano; é o local pelo qual se legitima a reprodução do tecido social que reforça o poder de punir em nome do organismo social saudável; é por fim o campo por excelência de produção dos signos sociais em relação ao infrator, em razão dos quais se retira o corpo marcado eternamente pelo sistema penal (BARATTA, 2002, p. 89).

Assim, inegável a relação com a penitência e com os suplícios, pois na verdade o sistema penal realiza exatamente isso, apenas que de modo sutilmente metamorfoseado. Da forma cristã de sacrifícios, com sinais físicos, ao suplício com a espetacularização da dor e do castigo, o objetivo era incluir sinais corporais criando assim uma identidade social do sujeito. As prisões, ao contrário, realizam a mesma marca de outra forma, o que inclui aí igualmente a violência com que é produzida. Desta forma, o estigma identifica socialmente o indivíduo a partir de uma série de signos que despertam a atenção sobre a discrepância entre o eu e o outro, a partir da informação social sobre um indivíduo estigmatizado (GOFFMAN, 1988, p. 39).

O que ocorre certamente é um processo de mortificação do “eu” e de degradação da identidade individual, que passa a ser substituída a partir das engrenagens da instituição total que controlam uma interpretação retrospectiva, o que conseqüentemente leva à uma literal prisão da identidade do sujeito à fatos pretéritos. Acerca da terminologia, Goffman (1961, p.11) releva que uma instituição total é um local de residência com grande número de indivíduos em situação semelhante, separados do restante da sociedade, que levam uma vida fechada e formalmente administrada por um considerável período de tempo.

Acerca da construção subjetiva do indivíduo, o sistema totalizante de controle dos espaços intramuros acaba por realizando um literal controle das subjetividades do apenado, de forma a buscar na vida do apenado uma representação estereotipada. Assim, é certo afirmar que, contraditoriamente, o sistema prisional não lida com as pessoas realmente apenadas, mas lidam com interpretações de fatos construídos sobre elas. É bem verdade que Louk Hulsman (1997, p.83) traçou essa tese em relação a todo o sistema penal que iria filtrando a abordagem do crime e do criminoso, construindo a própria realidade penal, o que poderia ser facilmente identificada nos inquéritos policiais. Contudo, o sistema prisional também aí se inclui, pois é aqui que se constrói o espaço físico-institucional de repressão e de relativo cerimonial do castigo formal.

As instituições totais seriam responsáveis então pelo processo de despersonalização, procedendo à disciplina do corpo, como cortes de cabelo, uniformização do vestuário, recebimento de um número-prontuário, e sobretudo à sujeição às regras, que podem ser formal-institucionais ou podem ser construídas informalmente dentro do próprio espaço, entre os presos (MARQUES JUNIOR, 1991, p.10).

Assim, a prisão-pena teria como efeito a produção de categorias próprias a partir de todo histórico e maus antecedentes do infrator, culminando em classificações que podem perdurar mesmo com a progressão de regime. Assim, denotando-se haver uma pluralidade jurídica, o mundo do crime é também uma ordem jurídica, razão pela qual o apenado se encontrará ainda preso às relações institucionais ainda que fora do ambiente prisional. Assim, essa relação vai crescendo nas penitenciárias à margem do direito estatal, criando laços extensíveis ao espaço externo à prisão, razão pela qual torna a ressocialização um mero discurso de justificação penal (MARQUES JUNIOR, 2005, p. 197).

Denota-se que o corpo ainda se encontra preso às marcas produzidas pelo sistema penal, mas que na modernidade ganhou um espaço e funcionamento próprio. Mais que isso, esta era tentou provar que este mesmo espaço de violência pode ser o mesmo que, paradoxalmente, representará o lado positivo do estabelecimento prisional. Do contrário, a

prisão-pena pode ser entendida justamente ainda como espaço simbólico para demonstração de poder (ainda que se perceba o sucateamento das prisões), e de reprodução das rotulações e seletividade penal (RIBEIRO, 2006, p. 134).

Mais do que isto, chega-se à própria noção ideológica da pretensão especial positiva. Seja ela ressocializar, reintegrar, reabilitar ou até mesmo promover a socialização, a contradição é intrínseca. Começando por este último conceito, seria contraditório afirmar o papel socializador da prisão, pois partiria do pressuposto que o apenado teria sido um indivíduo associal, quando na verdade ele sempre esteve vivendo em sociedade durante toda sua vida. Nem haveria razões objetivas para afirmar o que é um ser social e se ele necessariamente seria avesso ao crime. A ressocialização é um vocábulo mais problemático ainda, uma vez que parte do pressuposto de uma repetição necessária, ou seja, entende que algum processo prévio falhou, cuja consequência é promover um novo processo para suprir a falta do anterior. Ora, mas é precisamente a sociedade a responsável pela socialização do indivíduo, o que descarregaria a culpa do infrator, pois ele estaria sendo enviado à um espaço em decorrência da falha social e estatal. Pior que isto, ele estaria sendo enviado à um espaço que não reproduz nem na melhor das oportunidades um modelo social a que estava acostumado, que não chega a ser uma microssociedade, mas tão somente uma instituição total (GENELHÚ; SCHEERER, 2017, p.162).

Seguindo o exposto, a reabilitação teria também por pressuposto uma repetição, mas com um toque a mais: a depreciação necessária. Pois partiria do pressuposto etiológico, em que precisamente o delinquente necessitaria de uma habilitação moral, pois lhe estaria faltando uma “habilidade” de convívio social. A consequência disso é cada vez mais a categorização da clientela penal, o que a história demonstrou acontecer em decorrência do determinismo biológico e social, que favoreceram a exclusão social. Por fim, a reintegração demonstra ser a mais paradoxal ideologia suplantada pelo discurso da prevenção especial positiva. É dizer que alguém será integrado à sociedade da qual ela veio por meio da própria exclusão, o que parece ser mais um absurdo semântico. É na verdade uma desintegração do apenado, que começa com o confinamento mediante as técnicas de exclusão através da inclusão na instituição total. Guarda, por fim, o mesmo problema da ressocialização, uma vez que finge o egresso como ser hábil ao convívio na sociedade criminógena que propriamente o despejou (GENELHÚ; SCHEERER, 2017, p.164).

E toda essa explanação se dirige à prisão-pena em-si-mesma considerada, para responder que sua essência é necessariamente de esterilidade e falsidade. Pois há mais de 250 anos se cria em torno dessa instituição uma função que se metamorfosea em outras, até chegar

numa polifuncionalidade, na tentativa de continuar justificando sua existência. E nenhuma prisão deixa de fugir à estas críticas pela sua arquitetura, limpeza, prestação de serviços básicos e segurança interna. Na realidade, no Brasil se tenta justificar a privatização pois visivelmente ela mostra a figura do espaço privado, mostra menos sujeira, mostra comida limpa, mostra a presença da segurança privada e então ela dissimula melhor as marcas estigmatizantes no corpo do apenado. Mas no final das contas, estamos presos ao mesmo paradigma da penologia, com todas suas controvérsias intrínsecas (GENELHÚ; SCHEERER, 2017, p.77).

2.3 As Controvérsias Intrínsecas do Sistema Penal

O surgimento da criminologia trouxe consigo propostas inéditas acerca da relação homem-sociedade, a partir de uma nova configuração estatal de natureza liberal. Junto com a luta burguesa pelas liberdades individuais, veio também a intrínseca luta pela limitação do poder estatal, de forma que o sistema penal passou por mudanças no que diz respeito à aplicação da pena. Prova disso, são as novas formulações acerca da Pena, enquanto categoria do sistema penal, cujo propósito deixou de ser a tortura ou a vingança, mas sim passou a ter noções de prevenção geral e especial (BECCARIA, 2007, p.137).

Contudo, as formulações teóricas acerca da pena seguem escolhas políticas que se aproximam ou se distanciam dos governantes e dos governados, chamadas de *ex parti principis* e *ex parti populi* (SILVA, 2016, p.37). Assim sendo, as novas finalidades da pena foram construídas no seio do utilitarismo liberal, consagrando as primeiras teorias da Pena, com função retributiva e preventiva. Pouco a pouco, porém, foi sendo instalada a função preventiva especial positiva, como mandamento ressocializador da nova ordem penal no seio de um Estado Intervencionista.

Neste sentido, a tendência penal segue interesses hegemônicos ou da maioria não desviante ou da minoria desviada, de forma que a concretização do encarceramento em massa, enquanto fenômeno recente, demonstra o resultado desse jogo político. A privatização das penitenciárias também está dentro deste jogo, de forma que viabiliza o crescimento do sistema penal, que se encontra sufocado entre a necessidade de crescimento e a implosão do sistema carcerário em decorrências do custo pela expansão, de forma que o deslocamento para o setor privado asseguraria a sua continuidade lógica e sistemática (SILVA, 2016)

É por tal razão que Foucault (2014) entendeu que a prisão resultou, pelo menos, de um tríplice erro econômico. Primeiro pelo seu intrínseco custo de organização, que

inviabiliza sua própria expansão. Segundo, em decorrência do custo da delinquência, pois ela não logra sua função preventiva, uma vez que a retribuição não é intimidatória. E terceiro pois ela sustenta um custo ainda maior da criminalidade que é a própria geração da reincidência, continuamente alimentada pelos presídios, num completo paradoxo econômico.

Outra contradição intrínseca à própria concepção das penitenciárias é a respeito da própria condição do ambiente prisional. É bem verdade que não se advoga que as penitenciárias devam ser palco de violações à dignidade humana, muito embora qualquer prisão que se haja construído não suprime tão somente a liberdade individual, como o deveria de ser. É que as prisões possuem em si uma contradição de que devem ser necessariamente um local degradante como forma de retribuição pelo dano causado pelo infrator à sociedade.

Esse paradoxo intrínseco é constatado pela teoria do *less eligibility*⁴ (GENELHÚ; SCHEERER, 2017, p. 173), que sustenta uma relação intrínseca da prisão à sociedade. Neste sentido, os autores questionam a indignação social como um efeito contagiante de que se a qualidade da alimentação prisional for superior à das merendas escolares, causa repulsa pela sociedade, mas se o ambiente prisional for degradante, aumenta a reincidência e a violência no interior delas.

De qualquer forma, parece sensato pensar que a prisão surgiu como um aparato de controle social sustentada por discursos que suavizam seu caráter degradante. Ela é *per se* um local que degrada os homens e as mulheres, retirando muito mais que seu direito de ir-e-vir.

2.3.1 A Falsidade Factual-Discursiva

A incoerência do discurso jurídico em relação ao sistema penal não requer uma metodologia complexa para ser encontrada. A observação das penitenciárias superlotadas já demonstra que, a revés das finalidades declaradas, o sistema penal não logrou concretizar ao que se propunha fazer. Em realidade, a evidência dos sistemas penais ao redor do mundo permite concluir que em qualquer lugar e em qualquer tempo, o sistema penal demonstrou sua ineficácia declarada (DA SILVA, 2016, p.49).

Embora o sistema penal trabalhe na ótica do dever ser, como algo a ser conquistado, custe o tempo que custar, não se pode dar crédito às instituições penais pela lógica sedutora de ressocialização em detrimento da ineficácia estatal. Isto porque, a deontologia da pena não pode ocultar o ser que efetivamente é, que jamais foi realizada e não

⁴Segundo Ricardo Genelhú & Sebastian Scheerer (2017, p. 173), *less eligibility* é a teoria que sustenta que a condição experimentada pelo encarcerado tem que ser pior que a do mais miserável dos homens livres.

aparenta se realizar. Zaffaroni explicita perfeitamente este paradoxo, em que o discurso jurídico-penal não pode se refugiar no dever ser, mas sim considerar o “vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-se em um ser que jamais será” (ZAFFARONI, 2001, p.12)

Contudo, não repousa só na factibilidade concretamente observada do sistema carcerário a crítica que se faz a todo o sistema penal. Na verdade, a falsidade discursiva também se encontra na Irracionalidade e no Descompasso, conforme alerta Zaffaroni (2001, p.14).

Se atentarmos para a função declarada do sistema penal, veremos uma irracionalidade entre a diferença das agências legislativas e das agências executivas, porquanto suas funções e mecanismos de funcionamento são diversos. Assim, por meio da lei é possível criminalizar inúmeras condutas, cuja intuição punitiva deriva mais ou menos da mídia e do sentimento popular da impunidade. Como resposta, o legislador decide aumentar o diploma repressivo a ponto de culminar em um processo de hiperinflação.

Contudo, em que pese a vontade do legislador e o comando imperativo da norma, as agências executivas não possuem o mesmo *modus operandi*, porquanto criar uma lei é essencialmente barato se comparado à sua execução, pois construir e manter penitenciárias é algo dispendioso para o Estado. Disto resulta um Descompasso entre a criminalização primária e secundária que, supondo-se verídico o discurso do direito penal, é completamente ineficaz, cuja impunidade seria uma característica natural do sistema penal (DA SILVA, 2016, p.50).

Diante do problema traçado, ao menos três resultados são possíveis. O primeiro foi pensado por Michel Foucault, que pensou em um arquétipo capaz de distribuir o poder sancionador, de forma que o poder se espraia pelos indivíduos, em que um vigia o outro, tal qual um panóptico (MASCARO, 2014, p.440).

Loïc Wacquant (2015, p.14), por outro lado, pensou que diante da impossibilidade do sistema penal efetivamente crescer e se expandir como uma rede vigilante, tal qual o pensador acima, a punição iria naturalmente selecionar as condutas mais reprováveis

Contudo, o que se percebeu foi uma junção entre a expansão penal e a contínua seletividade, ao menos na América Latina de forma que o sistema penal atua de forma mais intensa em um pequeno número variado de crimes, bem como utiliza critérios específicos para atuar diante dos infratores. A este respeito, Zaffaroni explica que

Os órgãos do sistema penal exercem seu poder militarizador e verticalizador-disciplinar, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da

população e sobre alguns dissidentes (ou “diferentes”) mais incômodos ou significativos (ZAFFARONI, 2001, p. 23-24)

Portanto, as contradições são intrínsecas ao próprio sistema penal, de forma que proceder à sua privatização não inaugura um novo paradigma, mas representa sua continuidade, apenas que com uma paradoxal diferença: o Estado passa a diminuir-se em relação à gestão das prisões. Contudo, conforme será tratado nos próximos capítulos, novas contradições surgem com a gestão público-privada, numa simbiose perversa em que necessariamente o Estado e a sociedade continuarão no paradigma da penologia.

Deste capítulo, portanto, pode-se depreender algumas noções. Investigar o sistema prisional utilizando uma postura eminentemente normativa pode ensejar à um repouso crítico nos seus pressupostos. Isto porque a dogmática possui uma visão sobre delito e pena de modo bastante relacionado às teorias criminológicas clássicas. Por outro lado, mostrou-se uma análise investigativa a respeito do que é o delito e o que é a prisão de um modo crítico, misturando a filosofia e a criminologia. Do mesmo modo, ao utilizar uma linguagem nova para investigar o sistema penal, demonstrou-se um esvaziamento ontológico do crime e da pena. Pois as teorias justificacionistas pouco contribuem para superar à penologia moderna.

Assim, a penologia moderna é a síntese deste capítulo. Isto porque esta constitui-se na lógica penal de realizar justiça por meio da punição, combatendo a violência do dano por meio da lógica de punir mais e punir melhor. Enfim, a lógica “penológica”, que se sustenta aqui, constitui-se, portanto, na própria lógica penal construída ao longo da modernidade enquanto paradigma da justiça criminal. Essa é uma causa natural pela busca por mais prisões, de expansão do sistema prisional, o que motiva, como a história mostrará no próximo capítulo, a necessidade pela privatização das penitenciárias.

3 A GESTÃO MODERNA DO DELITO E DA PENA

A relação íntima entre Estado e Sistema Penal passou por mudanças ao longo do século XX, sem deixar de notar que apresenta uma nova transformação atualmente no século XXI. Contudo, entender essa relação exige um estudo histórico do entrelaçamento simultâneo ao longo das décadas passadas, que servirão de base para estudar a anatomia do Estado Penal.

Ao longo do século passado algumas doutrinas econômicas foram criadas, em especial resultante da pressão do mundo soviético pela luta do comunismo, de forma que no ocidente a construção de um Welfare State se tornou uma tendência, ao menos nas principais potências. Tal movimento por um estado social de direito teve por quebra de um estado anterior, movido pelas tendências liberais clássicas, de mínima intervenção do Estado na economia, em um século a menos, em contagem decrescente. Contudo, no meio do século XX a proposta de regulação econômica era demasiada, a ponto de alterar a dinâmica com o sistema penal, que também teve como tendência sua expansão (WACQUANT, 2015)

À derrocada do bloco soviético sobreveio uma fase interna do capitalismo, aquela hoje conhecida como neoliberalismo. Em semelhança com o século XIX tem a intervenção mínima na economia, mas em contradição com este tem a máxima expansão do sistema penal, que não se guiava mais por meros brocardos de legalidade, proporcionalidade e lesividade. Em realidade, a nova fase se apresentava muito mais como uma majoração do privado em face do público, com uma tendência clara à privatização da economia, à medida que empreendia uma diminuição dos direitos das classes trabalhadoras, guiado por um núcleo político e articulado por outro jurídico (MASCARO, 2013).

A proliferação de penitenciárias é um sintoma de uma era do confinamento, cujo interesse ideológico pode ser entendido como a remasculinização do Estado, como Bourdieu explicou a partir de categorias prévias criadas por Thomas Hobbes (WACQUANT, 2015). A anatomia do Estado Penal é imediatamente maior em decorrência da dupla regulação, diante da inserção de um toque penal na organização econômica. Bourdieu remonta à metáfora da mão esquerda do Estado, tomada por categorias das funções sociais e bem-estar geral, em contraposição à mão direita, de regulamentação econômica, cortes orçamentários, e que, portanto, necessitam de força normativa, ou metaforicamente, o lado masculino. À esta mão direita, soma-se na era neoliberal o aludido tratamento penal, razão pela qual chega-se numa dupla regulação do Estado com três variáveis: os elementos sociais, econômicos e penais.

Da relação dessas variáveis algumas projeções foram traçadas, especialmente por Foucault e por Wacquant. O escritor de Vigiar e Punir pensou uma forma penal dedicada à

docilização do apenado embutido em uma rede panóptica de punição generalizada, ou seja, uma verdadeira capilarização do sistema penal. Nesta visão, o Direito Penal se dedicaria à reprodução das categorias financiadas pelo sistema político-penal: prisões, liberdade condicional, regimes semiabertos etc. No fim, foi capaz de projetar o fim das penitenciárias no seio do sistema penal, que passaria a operar diante de outras categorias penalizadoras mais tecnológicas e expandidas e, sobretudo, mais econômicas, como a vigilância (FOUCAULT, 2014).

O professor de Chicago, por outro lado, demonstrou como passou a se operar o sistema penal diante da complexidade normativa e hipossuficiência da aplicação do Direito Penal em qualquer classe, local ou delito. O projeto jurídico-ideológico ao longo do século XX demonstrou a necessidade em selecionar as condutas e os réus diante da impossibilidade de se alastrar tão rapidamente com tinha previsto Foucault. Ao longo de duas décadas, na verdade, foi-se capaz de perceber que a Prisão é a instituição mais cara e também a mais utilizada pelo sistema penal, cujo fim não aparenta estar num futuro próximo. Ainda que a prisão tenha se tornado uma alternativa de mera neutralização do delito e local de armazenamento em massa, a instituição da pena continua sendo uma aposta das políticas criminais modernas, mas agora com outro toque: a iniciativa privada (SILVA, 2016).

3.1 A origem da política econômica de gestão da criminalidade: cárceres e fábricas

A expansão das agências de atuação penal em virtude da técnica social de dupla regulação revelou uma consequência drástica: encarceramento em massa. A onda punitiva, paulatinamente, passou a se confundir com a onda da privatização das penitenciárias. Segundo Loïc Wacquant, os Estados Unidos passaram a ser de 4 a 5 vezes mais punitivo em somente um quarto de século, tendo o crime se mantido constante, cujos alvos em sua maioria foram negros e hispânicos. Este autor demonstra que em 1975 haviam 21 presos para cada 1.000 delitos, ao passo que no ano 2000 já haviam 113 presos para cada 1.000 delitos. A conta é exponencialmente maior se compararmos os crimes mais graves, pois no mesmo período, a taxa aumenta de 231 para 922 também para cada 1.000 delitos. Ou seja, uma verdadeira onda punitiva ocorreu no último quarto do século passado, o que levou ao crescimento da receita com orçamentos prisionais, muito embora a ideologia neoliberal tome como ponto de partida o Estado mínimo, em uma nítida e consequente contradição (WACQUANT, 2009).

Neste mesmo período surgiu, por necessidade, uma indústria relacionada ao controle do crime, que hoje opera inclusive no Brasil com produção e venda de monitoração eletrônica, podendo falar-se em terceirização das atividades-meios de uma penitenciária, como alimentação, vestimenta, segurança armada ou como no serviço de triagem que ocorre no Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Estado do Maranhão (SILVA, 2016).

Mas a proposta de privatização é diversa, sendo mais contundente, mais incisiva e complexa, enquanto política criminal. Primeiro, ocorre uma inversão operacional dentro da lógica punitiva, pois onde o Estado era máximo, tornar-se-á mínimo ou precisamente substituído pela mão do agente privado. Assim, trata-se de uma diminuição da intervenção do Estado nos presídios, em decorrência do crescimento do sistema penal que o próprio Estado alimentou por décadas, não conseguindo mais fornecer os nutrientes necessários para tamanha expansão. A esse respeito, demonstra-se o vertiginoso custo, tendo sido investido 2 bilhões de dólares em 1975 pelo governo dos Estados Unidos, ao passo que em 12 anos o investimento quase setuplicou, alcançando 13,5 bilhões (MINHOTO, 2000).

O contexto da hiperinflação normativa e carcerária delineou uma escalada de gastos e preparou um terreno fértil para o crescimento de ideologias privatizantes, aplicando tais correntes econômicas para o sistema penal.

A análise dessa configuração de modelo gerencial do crime passa por alguns modelos desenhados. Uma forma bastante comum é a de financiamento de construções de novos presídios para tentar solucionar a crise de superlotação carcerária; outro modelo diz respeito a simplesmente administrar o trabalho efetuados pelos apenados, o chamado trabalho penitenciário; também existe a forma de atuar de maneira terceirizada fornecendo serviços para as atividades-meio, como alimentação e vestuário; por fim, o mais complexo modelo reside na administração geral do presídio (MINHOTO, 2000).

No Brasil, o instrumento jurídico utilizado a serviço desse modelo gerencial adveio com a lei 11.079/2004 que institui a Parceria Público-Privada, por meio de contratos de concessão patrocinada ou administrativa. Tal modelo, ainda que possua contradições jurídicas, já é uma realidade em no Estado de Minas Gerais, com o Complexo Ribeirão das Neves. Esse modelo antes mesmo de ser objeto de crítica entre os criminólogos e sociólogos, já o é dentre a doutrina administrativista, como demonstra Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre a incoerência de tal concessão (SILVA, 2016).

Entende-se tal contradição pela análise administrativa de que a concessão do serviço público para o ente privado incorre em dizer que à empresa ficará encarregada a execução de um serviço ou obra, sendo remunerada mediante uma tarifa. Ocorre que ao

aplicar tal fórmula para as penitenciárias, apresenta-se uma profunda incoerência, uma vez que o usuário direto a pagar a tarifa seria precisamente o apenado, cuja exigência de pagamento para ter acesso à um presídio privado e supostamente ressocializador, seria, ao fim e ao cabo, impor-lhe uma penalidade extra (SILVA, 2016)

De outra forma, a legislação cuidou de que o próprio Estado seja o usuário do serviço, de forma que caberia à administração pública o pagamento das tarifas pelo serviço prestado pelas concessionárias, o que do ponto de vista do Direito Administrativo, é no mínimo, contraditório (MELLO, 2007).

Nos Estados Unidos, o instrumento jurídico ocorreu sob a forma de arrendamento (leasing), de forma que a empresa constrói o estabelecimento penal e depois arrenda para o Estado, em um contrato que lhe garanta longos anos de pagamento, de tal forma a diluir o peso do custo. Dessa forma, o financiamento de presídios nos Estados Unidos demonstrou ser mais uma forma de driblar o endividamento estatal, o qual mostra-se mais nítido em processos de licitação do que em processos de arrendamento (MINHOTO, 2000).

O fenômeno carcerário por si só não explica a alavanca discursiva para introdução do agente privado em negócios historicamente exclusivos da administração pública. Na realidade, as empresas privadas garantem maior eficiência na administração direta das penitenciárias, maior celeridade em construção e reformas dos espaços físicos dos estabelecimentos, melhoria na qualidade dos serviços de higiene, salubridade e oferta de trabalhos prisionais, cujo custo total não teria como consequência o aumento de gasto público no setor, pois além das tarifas estarem diluídas ao longo de décadas, o trabalho prisional também faria parte da receita das empresas. É neste ponto que reside simultaneamente o maior argumento a favor da privatização e seu encaixe, qual seja, o de ressocialização com base no trabalho obrigatório (SILVA, 2016).

Em se tratando da legislação da execução penal atual, o trabalho prisional é um dever social, cujo produto é dividido em partes, que serão direcionadas à assistência à família, ao ressarcimento ao Estado pelas despesas com o apenado e uma outra parte às despesas pessoais, e se for necessário, à indenização à vítima (BRASIL, 1984). Desta forma, demonstra-se que o legislador buscou por meio da Supremacia do Interesse Público disciplinar a conduta dos interesses privados dos apenados, impondo-lhe a obrigatoriedade do serviço, cujo limite constitucional esbarra no trabalho forçado, expressamente vedado pela Constituição atual.

Contudo, em um contrato no qual pretenda a Administração Pública conceder sua prerrogativa de administrar a segurança pública à um agente privado, também haverá a

transferência de suas atribuições intrínsecas, como o poder disciplinar e o monopólio do uso legítimo da força, culminando em uma delegação de prerrogativas, transformando o modelo político tradicional. Com isto, é a própria Concessionária que executa, administra e sanciona o trabalho prisional, cuja renda será distribuída entre o apenado, o Estado e também o agente privado, porém este acrescido de um “plus” hierárquico institucionalizado pela lei e pelo contrato. Onde havia relação equânime entre os sujeitos privados, passa a existir uma desigualdade institucionalizada, em uma relação de semiescravidão, onde a penitenciária e a fábrica passam a ser institutos novamente íntimos (SANTOS, 2013).

A razão de se empreender o termo “novamente”, acima mencionado, merece uma explicação mais aprofundada. A gênese do fenômeno penitenciário deve ser compreendida por um aporte teórico apropriado, levando em consideração o desenvolvimento do capital e a função estatal pelo controle social frente às mudanças inerentes ao período pós-feudal. Assim, Rusche e Kirchheimer (1999) chegaram à tese de que a cada sistema de produção há o correspondente sistema de punição com relação às suas relações produtivas.

O aporte teórico é necessário para entender não só a crise carcerária atual, mas também entender de onde vem toda formulação teórica defensiva de sistemas penitenciários modernos. Na Europa, a transição de uma sociedade eminentemente feudal e agrícola para uma outra urbana e industrial, marcou a necessidade em se desenvolver novas formas de punição à medida que ia se formando e crescendo o proletariado. Esse fenômeno foi, inclusive, detalhado por Karl Marx, o qual discorreu que os camponeses foram expulsos de suas terras, sobretudo por conta da ruptura drástica com os laços feudais, onde já não havia a produção de autoridade centrada na figura da vassalagem enquanto ordem hierárquica ideológica e militar. Os homens (e também crianças e mulheres) se dirigiam às cidades em uma suposta liberdade econômica, mas que se revelava em uma falsidade discursiva, pois aquela massa camponesa fora expropriada de seu habitual modo de produção e era, agora, obrigado a se adaptar às novas disciplinas de organização dentro das fábricas. Os que recusavam o trabalho ou os que não se adaptavam à nova realidade, seriam oprimidos pela legislação sanguinária. Ficou claro para Marx que com a expropriação da terra, formou-se uma massa de mendigos e vagabundos, contra os quais insurgiu-se uma legislação sanguinária contra os expropriados (MARX, 2013, p. 980)

Esse processo de êxodo rural foi necessário para o desenvolvimento de acumulação de capital, que sobreviveu às custas da mais-valia e péssimas condições laborais e de remuneração. Pouco a pouco ou a cada vez mais (como nos países que desenvolveram mais rapidamente seu processo mercantilista) haveria uma massa proletária de mendigos e

vagabundos, cuja bandidagem aumentou vertiginosamente. Em outros casos, contudo, tratava-se tão somente de prostitutas, incapacitados para o trabalho, doentes mentais e delinquentes juvenis que causavam furtos e delitos de menor potencial ofensivo, espalhando-se ao redor dos novos centros industriais, sobretudo a Inglaterra e a Holanda. Não por acaso, nestes países onde a Reforma Protestante foi mais intensa, incorreu uma ideologia capitalista mais precoce e, conseqüentemente à tese de Rusche e Kirchheimer, um sistema punitivo apropriado ao modo de produção material das condições de vida da população (MELOSSI, 2014).

No Reino Elisabetano, as “Workhouses” se proliferaram à medida que crescia a necessidade de controle social no novo cenário urbano, encarregado da tarefa de disciplinar uma multidão de desempregados, geralmente ex-artesãos e ex-camponeses. Nas “Houses of Corrections”, desenvolvia-se predominantemente o trabalho têxtil, similar ao que ocorria nas fábricas que substituíram a manufatura da Inglaterra pré-capitalista. Tal atitude mostrou ser uma grande saída de mercado para lidar com a necessidade de produção em escala, uma vez que a mão de obra intramuros era bem mais barata e o trabalho era necessariamente forçado. Prova disso, é que havia um teto salarial e a obrigação de aceitar o trabalho na condição que era ofertado, cujo resultado se mostrou ser a máxima extração de mais-valia (MELOSSI, 2014).

Em Amsterdã, dois pontos foram primordiais para entender o desenvolvimento penitenciário daquele local. A influência protestante severa neste local mostrou a tendência continental ao longo da Europa em se utilizar a segregação punitiva misturada com o trabalho forçado, como uma fórmula geral de controle social, em detrimento dos países onde a influência católica era mais forte e cuja noção carcerária inicialmente era de depósito dos socialmente indesejáveis. As “Rasp-huis” desenvolvidas na Holanda mostraram a força de ser o centro de domesticação da força de trabalho, com proibição de associação dos trabalhadores, com prolongamento das jornadas de trabalho, que eram obrigatórias e forçadas, tabelamento de salários que não poderiam incentivar o lucro dos presos e a necessária transformação do ex-trabalhador agrícola em operário urbano, cujo fenômeno seria essencial para o desenvolvimento capitalista. Assim, as Casas de Trabalho exerciam dupla função: o objetivo inicial era a transformação da força de trabalho para adequar a mão de obra à nova realidade mercantil no incipiente capitalismo industrial (prova disso é que os jovens delinquentes ainda que ricos eram enviados à essas casas para serem adestrados aos novos valores sociais). O outro objetivo era tabelar o salário livre controlando a força de trabalho, buscando mão de obra barata (MELOSSI, 2014).

Ao longo de 100 anos depois, essas mesmas instituições como *Correctional Houses* da Inglaterra e *Hôpital* da França seriam consideradas na verdade, instituições de trabalhos forçados, sendo então o primeiro marco do crescimento institucional das prisões (MATHIESEN, 2003, p.49). A este respeito, o autor entende que⁵

Os vagabundos constituíam um elemento altamente molesto e perturbador para a produção mercantil e o comércio. O controle deles, portanto, se converteu em um problema político que não admitia dilação. As cifras eram demasiadamente grandes, de forma que os antiquados métodos penais foram efetivos e os ataques massivos e posteriormente o encarceramento em grande escala se transformou na solução. Uma vez institucionalizado este método, não surpreende que os mendigos e os vagabundos fossem forçados a trabalhar, e em tarefas que retornassem a maior receita possível (MATHIESEN, 2003, p. 49, *tradução nossa*).

A diferença de abordagem penal ao longo da mudança do substrato político-econômico pode ser expressa na diferença entre punir um sujeito delinquente retirando-lhe a vida, patrimônio, integridade física ou o status social em uma praça pública para que todos possam ver e sentir o castigo, e entre sujeitá-lo ao trabalho no interior de uma cela, valendo mais o infrator vivo do que morto. Assim, a mudança da ostentação pública dos suplícios pôde se confirmar com o enclausuramento em massa, cuja disciplina exigia espaços fechados como colégios, quartéis e celas (FOUCAULT, 2014).

Trazendo a mesma abordagem intercontinental, vê-se que o processo de acumulação capitalista na Era Jacksoniana trouxe consigo a mesma bagagem problemática do controle social de maneira mais próxima à realidade luso-brasileira. No tocante à essa aproximação, o ponto chave para entender o desenvolvimento do sistema punitivo na América Moderna esteve associado à questão da pobreza estrutural, considerando as diferentes concepções que passaram a existir ao longo dos séculos em torno da miséria e culpabilidade, ou “Pauper” e “Poor” (PAVARINI, 2014).

No período imediatamente anterior à Revolução das Treze Colônias, o país eminentemente colonial possuía uma sociedade latifundiária e escravocrata, com os atributos

⁵Los vagabundos constituían un elemento altamente molesto y perturbador para la producción mercantil y el comercio. El control de éstos, por lo tanto, se convirtió en un problema político que no admitía dilación. Las cifras eran demasiado grandes como para que los anticuados métodos penales fueran efectivos y la redada masiva y posterior encarceramiento a gran escala se transformó en la solución. Una vez institucionalizado este método, no sorprende que los mendigos y vagabundos fuesen forzados a trabajar, y en tareas que arrojasen el mayor rédito posible. Esto estaba en un todo de acuerdo con la filosofía económica mercantilista (MATHIESEN, 2003, p.49)

principais que a sociologia costuma designar às sociedades pré-capitalistas. Assim, as classes eram identificadas em uma estática social, onde prevalecia o sistema da grande propriedade e uma população majoritariamente rural, cuja mão de obra mantinha laços com a força de trabalho braçal. A este respeito, no estado de Nova Iorque, na Pensilvânia e sobretudo nas colônias do sul, a quantidade de proprietários era ínfima em desproporção ao milheiro de acres. Três motivos, contudo, foram determinantes para a mudança brusca da realidade econômica no período imediatamente após a Revolução. Primeiro, a expansão e corrida para o oeste era juridicamente possível, uma vez que já não havia razão de sustentação o Quebec Act de 1774 que restringiam a geografia continental. Depois, já não havia o porquê de continuar pagando altíssimas taxas por acre para a Coroa inglesa e, por fim, uma onda de confiscos legais foram realizados, cujo resultado mudaria fatalmente a estrutura básica de produção (PAVARINI, 2014).

Assim, ao longo da década de 1820-1830 a economia dominante do país deixou de ser primordialmente a terra para ser o comércio. Já não se tratava mais de possuir grandes lotes, em razão do desmonte do sentimento primitivo de comunidade agrícola-rural. Por outro lado, crescia o comércio com o oriente, uma vez que as relações mercantis com a Inglaterra estavam rompidas. Logo, havia necessidade de importar mercadorias para posterior revenda no país, o que garantia alguns milhares de dólares. O principal mercado era, assim como no Velho Continente, a indústria têxtil, que tentava absorver a massa camponesa, em um processo mobilidade social vertiginoso, com redistribuição da antiga propriedade fundiária. A respeito de tal divisão da propriedade, reside, inclusive, uma enorme consequência social e, talvez, uma das mais importantes: uma enorme massa de camponeses tiveram que abandonar as terras onde viviam e passaram a buscar as terras incultas do oeste ou ir para os centros urbanos. Desta mudança econômica, esperada será a mudança social e demográfica, posto que em 1820 a população urbana era de aproximadamente 600.000 pessoas, ao passo que em 50 anos aumentou 16 vezes para mais de 9,8 milhões, sendo só no estado de New York aproximadamente 5 milhões, o mais populoso junto com a Pensilvânia (U.S BUREAU OF THE CENSUS, 1960).

Ora, tal processo econômico e demográfico acima descrito não veio isolado de um complexo processo desagregador, posto que a revés de um eufórico crescimento industrial houve a dificuldade do mercado em absorver toda mão de obra disponível. Não obstante a virada social desenhada com êxodo rural, a proletarianização do camponês e a massiva imigração, sobretudo para o oeste, havia uma contradição entre a expectativa depositada no Novo Mundo, que havia recentemente se libertado da miséria da Europa, e alta densidade de

pobreza, que geralmente sobreviviam de assistências caritativas ou governamentais. Se por um lado crescia a ideologia “América dos Sonhos”, na qual três dias de trabalho eram superiores à uma jornada semanal inteira de trabalho na Europa, crescia simultaneamente a doutrina do livre-arbítrio. A este respeito, as agências governamentais que investigavam o pauperismo norte-americano da época, chegaram à conclusão de que se a situação econômica era de prosperidade, então o problema da pobreza e miséria não poderia derivar de um fator social ou político, mas sim de um fator eminentemente individual, daí, a partir de então, crescer a tendência científica e jurídica de punir os desviados, como os ébrios, drogadictos e os loucos (PAVARINI, 2014).

Posta essa breve e necessária digressão histórica, a tese da aproximação entre cárcere e fábrica se observa factualmente pela literatura acima citada. A análise de como se organiza economicamente a mão de obra penitenciária será abordada precisamente na próxima seção, trazendo como escopo uma realidade mais próxima da América.

Retomando a desigualdade institucionalizada acima mencionada, percebe-se que a gestão moderna e tendenciosamente privatizante encontra algumas semelhanças com o período notoriamente liberal no berço do capitalismo, acrescido de algumas contradições legais. No Brasil, há evidente incoerência entre a legislação atual e a gestão privada dos presídios no aspecto do trabalho prisional em dois pontos principais. De um lado, não foi garantida a transferência ao empresário privado do poder de gerenciar o trabalho carcerário, conforme norma expressa do art. 28 da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984); do outro lado, o “dever social” da legislação remete à outras duas finalidades também expressas, quais sejam, a educativa e produtiva, cuja interpretação só pode ser pela formação profissional do apenado e não pela exploração lucrativa (SANTOS, 2013).

A relação empregatícia criada nos trabalhos intramuros pode ser, *de per se*, alvo de críticas uma vez que apresenta características análogas à escravidão, senão vejamos. O apenado não tem a cobertura de garantias advindas das Leis Trabalhistas, tampouco fazendo uso de benefícios previdenciários; do produto de sua força de trabalho há divisão forçada de seu lucro; bem como não lhe é garantida a liberdade de rescisão contratual; por isto também, não é inesperado que seus ganhos estejam quase sempre abaixo do salário mínimo. Por outro lado, a organização do regime de trabalho prisional se desenvolve como uma instituição total, tendo como norte ideológico a disciplina e a segurança, ignorando fatores que permitiriam um arranjo condizente com um trabalho ressocializador (LEMOS; MAZZILI; KLERING, 1998).

Seguindo a mesma linha traçada, o esquema de submissão à autoridade-prisão no espaço intramuros encontra um problema ao mesmo tempo que corrobora com as teses

expostas acima de que fábrica e cárcere são institutos necessariamente modernos e capitalistas. Se por um lado, obrigar o preso a trabalhar demonstra a necessidade em transformar aquele indivíduo em utilidade mercantil, simultaneamente em que lhe é penalizado por dias, meses ou anos, por outro lado, a prisão da liberdade não comporta o indivíduo como totalidade, ignorando-o como ser bio-psíquico e social, que jamais terá, ao menos enquanto estiver enclausurado, a capacidade de ser ator de sua própria vida. Ora, se por um momento fôssemos crer na real intenção penal de ressocialização, tenderíamos a crer que os debates penais deveriam ser muito mais no sentido de desenvolvimento pessoal e subjetivo de um ser que não teve condições materiais de socializar-se do que os debates usuais nas políticas criminais modernas que somente tendem a avaliar quantitativamente os índices de infrações cometidas e as condições físicas dos estabelecimentos, sem se importar com programas sociais que deveriam ser realizados nos espaços intramuros, posto ser uma realidade utópica (LEMOS; MAZZILI; KLERING, 1998).

A respeito disso, impossível deixar de citar novamente a crítica de Zaffaroni (2001, p. 14-15) no que diz respeito à falácia do discurso jurídico-penal.

O discurso jurídico-penal falso não é nem um produto de má fé nem de simples conveniência, nem o resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso [...] A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas [...] não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais (ZAFFARONI, 2001, p. 114-15).

Assim, parece evidente que o sistema penal é operacionalizado a partir da produção de discursos falaciosos e a questão da ressocialização pelo trabalho prisional ainda que gerido pelo ente privado encontra-se dentro desta mesma tragédia. É por isto que não se pode falar precisamente em uma crise do sistema penal ou do sistema prisional moderno. É antes uma regra de programação a forma como atua o sistema penal, como todas as suas mazelas. Assim, parece bem evidente que ao falar em crise, identifica-se a crise discursiva do direito penal, que muito pouco consegue sustentar tanta falsidade em sua penologia acrítica. É por isto que apresentaremos no último capítulo uma tentativa de superar essa falsidade por meio da antítese da penologia.

Por outro lado, enquanto as últimas linhas se propuseram a analisar o trabalho prisional moderno, enquanto ordenada pelo Estado, as próximas problematizarão ainda mais

tal projeto em um estabelecimento diferenciado, cujo poder normativo passa a ser de um agente privado.

O projeto de reverter o infrator de uma situação “desviada” para uma posição supostamente ressocializada, encontra um problema ainda maior se adicionarmos à fórmula do Workhouse estatal um toque neoliberal, com as propostas privatizantes dos presídios.

Somada à toda problemática da ressocialização comandada pelos agentes público-estatais, acrescenta-se a delegação dos poderes da Administração Pública aos consorciados empresários, que no modelo brasileiro de gestão são os chamados parceiros privados. Com isto, tem-se um ente anômalo cujas características perpassam o poder de império – enquanto atributo do poder de polícia (administrativista) e poder disciplinar que simultaneamente acumula uma natureza eminentemente privada. Assim, à esta ficção jurídica devem os apenados responder, devendo-lhe sua subordinação nos trabalhos prisionais obrigatórios (SILVA, 2016).

Ora, a substituição de um sujeito na relação do trabalho prisional é muito importante. Muito embora o modelo weberiano tradicional que entende o Estado como o detentor do monopólio do uso legítimo da força esteja enfraquecido, a onda neoliberal é responsável por este fenômeno que busca trazer tais prerrogativas acima mencionadas ao agente privado, cuja consequência assola o mundo jurídico, político e social.

No aspecto jurídico, de antemão temos que confrontar a relação trabalhista criada entre o apenado e o gestor privado dos estabelecimentos. Trata-se de uma imposição unilateral por parte do parceiro privado que se utiliza dos mecanismos dados pela Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) para forçar o trabalho obrigatório no interior dos presídios longe da proteção da Consolidação das Leis Trabalhistas, impossibilitando o preso de rescindir o contrato ou, ao menos, discutir acerca das cláusulas, uma vez que não há efeitos previdenciários nem garantias trabalhistas. Assim, não há autonomia do trabalhador-encarcerado, que se submete à divisão arbitrária de seus ganhos, cuja parte também irá para os cofres públicos e regressará ao gestor privado, responsável pelo pagamento de seu salário (SILVA, 2016).

Muito embora possa se argumentar – insensivelmente – que ao encarcerado não seria justo ganhar na mesma proporção de um trabalhador livre e honesto, tal divisão não encontra respaldo constitucional. Seria preciso, portanto, uma emenda para tornar juridicamente aceita tal afirmação, uma vez que o art. 7º da Constituição Federal garante indistintamente a todos os trabalhadores urbanos e rurais garantias individuais e sociais (BRASIL, 1988). Disto, se poderia questionar a própria constitucionalidade do art. 28, §2º da

lei 7.210/1984, cuja análise foge ao escopo do presente artigo, pois normatiza o afastamento da Consolidação das Leis Trabalhistas ao trabalho presidiário.

A situação torna-se ligeiramente pior ao analisar a retirada dos direitos trabalhistas pelo agente privado. É que a Lei de Execução Penal quando fora criada não teve pretensão de ser aplicada às instituições privadas, uma vez que em 1984 não se discutia academicamente isto no Brasil. A hermenêutica jurídica da LEP diz respeito ao trabalho com fim educacional e neste sentido é obrigatório sob pena de falta grave, mas sem qualquer teor lucrativo, uma vez que o Estado é quem iria pagar pelo trabalho dos presos. Por outro lado, ao utilizar-se desse arcabouço normativo pré-fabricado, os empresários consorciados das penitenciárias possuem a prerrogativa do lucro garantido, posto ser uma certeza a execução do trabalho e o consequente retorno disto (SILVA, 2016).

A propósito, a análise de como se dá tal atividade e como se extrai dela o lucro será analisada na próxima seção.

Mas há outros pontos a serem destacados, no que tange à delegação das prerrogativas estatais. Aceitar a subordinação de um trabalhador longe da esfera do direito trabalhista nas mãos de um ente – anômalo – privado é institucionalizar um sistema de semiescavidão. A este respeito, José Adaumir (SILVA, 2016) levantou um questionamento interessante, que interroga a relação entre o cumprimento da pena privativa de liberdade e a completa incompatibilidade de afastar do trabalho prisional os efeitos da contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria, FGTS e 13º salário. Afinal de contas, o próprio Código Penal garante no art. 38 que o “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

3.2 A Política Econômica de Gestão do Trabalho Prisional

A definição da política econômica prisional em “nova” se faz com a observação de tal fenômeno privatizacional ser inédito na realidade latino-americana, mas cuja origem norte-americana remonta ao século XIX. Em último caso, a denominada política econômica seria nova em uma escala relativa de tempo, mesmo em se tratando da cronologia estadunidense, tendo em vista que os modelos de gerência privada dos presídios não são mais antigos que àqueles de gerência estatal. De todo modo, iremos expor ao menos 5 esquemas de gestão do trabalho prisional que se destacaram no século XIX na América do Norte e, de alguma forma mais recente, passou a crescer enquanto proposta político-criminal no Brasil, de forma apropriada à nossa atual estrutura econômica (PAVARINI, 2014).

A ordenação de apresentação de tais modelos pode ser feita utilizando um critério tanto cronológico quanto ideológico, ou seja, das mais intervencionistas às mais liberais. Contudo, o foga ao escopo do presente Trabalho classificar quais modelos estão mais próximos de um viés mais conservador, do ponto de vista do Estado gerindo a prisão, muito embora não passe despercebido que a introdução do agente privado demonstra clara tendência liberal. Assim, pode-se dividir em dois grandes blocos para melhor compreensão da análise: um sistema cuja predominância é estatal e outro predominantemente privado.

O chamado *State-Use System* mostra a ostensiva gestão do trabalho prisional pelo Estado, que é encarregado do início ao fim da ordenação econômica e disciplinar da força de trabalho, explorando a mão de obra interna e consumindo integralmente seus produtos, e, portanto, vedando a comercialização exterior ao estabelecimento. Por outro lado, o *Public-Works System* inicia igualmente a operação laboral, mas termina por utilizar tal força de trabalho em espaços fisicamente exteriores à penitenciária, como construção de estradas e ferrovias. De fato, estes são os modelos menos polêmicos, tendo em vista que nossa ordem jurídica legitima o monopólio da violência pelo Estado, a ponto de a utilização do trabalho manual não trazer consequências espantosas como nos demais modelos (PAVARINI, 2014).

O *Public-Account* conta com uma metodologia de trabalho mais complexa e ousada, posto que o Estado assume a gerência da força de trabalho tal qual uma empresa, ainda que evite a introdução da figura do empresário. Assim, o Estado é encarregado não só da matéria-prima, mas também de organizar de forma produtiva a fabricação dos produtos e posterior venda no livre mercado, de forma a concorrer com os produtos fabricados pelos trabalhadores livres. No modelo do *Contract System* a primeira diferença em relação ao modelo anterior é a introdução do agente privado, que dirige e supervisiona o trabalho do apenado e; a segunda diferença é a inserção da remuneração pelo gestor ao preso-trabalhador. Por último tem-se o *Leasing System* cuja presença do agente privado é demasiada, a ponto de o Estado abandonar a gestão, ao menos por algumas décadas, delegando inclusive a disciplina ao empresariado, além da manutenção da população carcerária, e em tese, abdicando de custos, o que teoricamente lhe reverteria em economia de orçamento público (PAVARINI, 2014).

Dessa organização se pode extrair duas conclusões históricas, que a este ponto já se tornaram claras neste trabalho. Primeiro, a história do cárcere se confunde em alguma parte com a história dos modelos gerenciais do trabalho prisional e, segundo, o caráter instrumental deste trabalho deriva de uma ordem necessariamente econômica. A este respeito, a forma com que o Estado empregou a força de trabalho sempre se deu de maneira muito mais tímida,

utilizando-se dos *Publics Accounts* sempre em produção de manufaturados que paulatinamente foi se esvaindo, dando oportunidade para a crescente influência do setor privado em tal gestão, com trabalho industrializado, moderno e mais competitivo (PAVARINI, 2014).

A história dos Estados Unidos mostra essa transformação da produção material e a consequência disto no espaço intramuros. Inicialmente, a manufatura era uma realidade dentro e fora das penitenciárias, com a diferença essencial do fator remuneração para os trabalhadores livres, o que era ausente para os presos. Disto resultava uma clara diminuição dos custos de produção para o trabalho prisional, em vantagem aos produzidos no espaço extramuro. Tal situação passou a ser profundamente alterada com a rápida industrialização por que passou esse país, o que gerou um esvaziamento no trabalho manufaturado do interior das prisões, uma vez que não era possível competir com o trabalho que passava a ser industrializado no outro lado da sociedade.

Disto, a saída seria industrializar o trabalho prisional, para evitar que a prisão passasse a ser uma forma de desperdício da força de trabalho. Enquanto o Estado concretizava tal perspectiva utilizando o *Public Account*, as empresas privadas passavam a comandar a gestão do trabalho prisional com os *Contracts Systems*, em uma disputa nítida em que este modelo tendia a ser mais econômico para o Estado e mais lucrativo para a agente privado. Dessa forma, o capital privado foi desde 1807 erguendo suas relações contratuais no interior dos presídios norte-americanos. A razão de ser dessa fórmula gloriosa estava pautada num violento processo de industrialização das penitenciárias, a fim de tentar transformar o cárcere em fábrica, muito embora essa tentativa não tenha tido resultados realmente concretos, como veremos posteriormente.

Por outro lado, inegável a afirmação de que foi utilizada uma ideologia e uma disciplina da fábrica nos presídios, bem como houve um processo de mutação antropológica, transformando-se um criminoso em proletário (PAVARINI, 2014). Algumas razões contribuem para identificar tais afirmações. A razão principal é a de que fortes movimentos sindicais incorreram no país após a proliferação da gestão privada dos presídios e isto se deu, sobretudo, em razão das consequências econômicas evidenciadas com a utilização massiva da mão de obra barata do preso-trabalhador.

As reações contra este tipo de gestão não eram uníssonas, pois uma parte exigia um caráter mais retributivo da pena, pois afinal de contas tratava-se de um ser criminoso, em cujo trabalho deva ter o elemento do castigo. Por outro lado, a ala sindical mostrou um problema impressionante e maior: o trabalho prisional gerido pelo agente privado afetava os

trabalhadores livres. O problema central estava na concorrência e é este ponto principal que faz crer no sucesso da mutação antropológica. Os cárceres teriam se tornado um local de produção do proletariado, cuja força de trabalho era alugada aos entes privados que dela extraíam lucros maiores em razão dos baixos salários, disponibilizando o produto no livre mercado a preços inferiores, de maneira a não se tornar mais competitivo do que o trabalho daqueles operários livres. Esta é, sem dúvida, uma experiência histórica notável que demonstra os riscos, a longo prazo, da delegação de atribuições do Estado ao agente privado no que tange às penitenciárias.

O teor da afirmação acima é tão grave que se mostra imprescindível a transcrição dos trechos a seguir.

Dois comitês de propaganda foram nomeados para sugerir tais medidas à Convenção ‘conforme for necessário para promover o bem-estar do homem trabalhador’ [...] que os diferentes sindicatos ‘se opõem energeticamente e honrosamente ao atual sistema de trabalho prisional estatal’ (HOAGLAND, 1921, *tradução nossa*)⁶

Trabalho prisional estava para ser investigado e se encontrado na competitividade com o trabalho livre, o assalariado deve recusar o trabalho em qualquer estabelecimento que contenha botas ou sapatos manufaturados fabricados pelos condenados nas penitenciárias (MITTELMAN, 1921, *tradução nossa*)⁷.

A competição do trabalho prisional tem chegado ao ponto, onde, pela primeira vez, foi feito um organizado protesto de tamanho considerável. Em 1842, uma organização secreta de mecânicos, incluindo mestres, foi iniciada [...] sob o nome de ‘Proteção Mútua de Mecânicos’ [...] A proposta do seu líder era a abolição do competitivo trabalho prisional (MITTELMAN, 1921, *tradução nossa*).⁸

O modelo de gestão do trabalho prisional na perspectiva de introdução do agente privado neste setor, foi paulatinamente eliminado do contexto político criminal dos Estados Unidos ao longo do último quarto do século XIX. Se em 1885 26% de todos os presos trabalhavam no regime de Lease System e 40% sob o Contract, esse percentual decaiu para somente 4% daquele regime, em 1914, e para 12% deste regime, em 1923. De forma diametralmente oposta, apenas aumentou o modelo gerencial do trabalho prisional em que o Estado predominava, posto que em 1885 a soma dos Public Account, State Use e Public Works and Ways chegava a somente 26% e esse mesmo percentual correspondia à somente o

⁶Two Committes on propaganda were appointed [...] to suggest such measures to the Convention ‘as may be thought necessary to promote the welfare of workingman’ [...] that the different trades’ unions ‘oppose energetically and honourable the present system of State Prison Labour’ (HOAGLAND, 1921)

⁷Prison labour was to be investigate and if found in competition with free labour, the journeymen were to refuse their labour to any establishment that may hold for sale boots or shoes manufactured by convicts in the penitentiaries (MITTELMAN, 1921)

⁸The competition of prison labour had reached the point, where, for the first time, an organised protest of considerable weight was made. In 1842, a secret organisation of mechanics, including masters, was started [...] under the name of Mechanics’ Mutual Protection [...] Its leading purpose was the abolition of competitive prison labour (MITTELMAN, 1921).

Public Account em 1923, cuja somatória dos três modelos anteriores chegava a incríveis 81%, sendo o State Use o mais utilizado naquele ano, com total de 36%, ao passo que o modelo de Lease havia sido extinto (UNITED STATES BUREAU OF LABOR, 1923, p. 17).

Assim, pode-se concluir que em uma retrospectiva histórica da introdução do agente privado dentro da esfera prisional, houve inicialmente a tomada do trabalho interno pelo Estado, que pouco a pouco viu a industrialização crescente e sentiu a necessidade de abandonar o velho modelo manufatureiro do trabalho prisional. Tal mudança teria consequências orçamentárias, motivo pelo qual surgiu a necessidade de introdução do agente privado para transformar a cela de um presídio em uma verdadeira célula-produtiva de uma fábrica, o que se mostrou, até certo ponto, inviável economicamente, mas que na contramão, mostrou viabilidade no que tange à transformação cultural de um ser “criminoso” em um ser submisso e docilizado.

Tal ocorrência, além de sofrer problemas econômicos, sofreu a pressão dos sindicatos nacionais que lutavam contra o fenômeno de preços baixos derivados dos *convicts labour*, razão também pela qual o Lease System foi decaindo ao longo da virada para o século XX, até sua extinção. Os modelos que se mostraram mais próximos da viabilidade social foram aqueles em que o Estado utilizava a mão de obra carcerária sem objetivar lucros e sem apresentar forte concorrência no mercado livre, sobretudo num momento em que o Welfare State mostrava-se contundente na realidade norte-americana (PAVARINI, 2014).

Contudo, a história do século posterior mostra um novo episódio político-criminal, em que a tendência política passa a afastar a política governamental dos aspectos sociais, enquanto a esfera criminal passar a estreitar laços com as agendas governamentais. O resultado disso, mostrou uma onda de encarceramento, sobre cujo problema reanimou a quimera do empresariado no interior dos presídios, em uma era das privatizações (WACQUANT, 2007).

3.2.1 Considerações acerca do sistema carcerário latino-americano

A análise do sistema prisional na medida em que se limita geograficamente, pode incorrer em características culturais de uma dada realidade social, a qual é um fator de organização carcerária. Assim, o projeto reformista da modernidade em torno das prisões não se deu de forma uníssona entre metrópole e colônia. Investigar a origem da prisão na Europa e Estados Unidos é perceber a função confundível entre cárcere e fábrica, num movimento

econômico determinante para a organização física e produtiva das celas dos presídios. No eixo latino-americano, a realidade não é totalmente diversa, embora haja peculiaridades.

A estrutura punitiva da colônia americana era substancialmente pré-moderna e, mesmo após a Independência em 1822, o Brasil continuou adotando penas cruéis, fruto da herança colonial das Ordenações Filipinas (ARAÚJO, 2009). Assim, o primeiro código criminal brasileiro de 1830, no art. 38, previa que a pena de morte seria dada na forca. No art. 44, havia a previsão da pena de galés, que sujeitavam os réus a andarem com calcetas no pé e correntes de ferro, com a obrigação de prestarem serviços públicos. Além disso, a prisão poderia ser simples, de mera reclusão – art. 47- ou pena de prisão com trabalho – art. 46- para lhes ocuparem diariamente. A pena de banimento, prevista no art. 50, impedia o réu de habitar o Império e, se retornasse, seriam condenados à prisão perpétua (BRASIL, 1830).

O encarceramento no período colonial era uma prática mais regulada pelos costumes da época e menos pelo império da lei, pois o sistema punitivo era, de certa forma, diverso, de forma que o castigo público e braçal era mais utilizado, sobretudo por se mostrar mais visível à sociedade, como característica importante do sistema penal. Por outro lado, as casas de detenção objetivavam simplesmente o armazenamento de detentos, distante de qualquer regime punitivo institucional que tivesse como ideologia a transformação identitária do ser punitivo em força de trabalho (AGUIRRE, 2009)

No período colonial, algumas poucas cidades como Lima, Rio de Janeiro e Buenos Aires mostraram ter alguma logística de organização carcerária, ainda muito incipiente. Contudo, como o objetivo do século XIX na América Latina passou a ser a independência, o Estado recém-formado também sentia a necessidade de se modernizar e, com isso, importar os esquemas tradicionais dos sistemas prisionais da Europa. Assim, o projeto reformador das penitenciárias na realidade latino-americana tem como pressuposto a independência política do Estado, que passou a enxergar a situação carcerária como uma identidade do colonialismo retrógrado. San Martín, no Peru, logo incorporou a lógica europeia de transformar os homens “viciosos” e “imorais” em cidadãos “laboriosos” e “honrados” (AGUIRRE, 2009).

No Brasil, a Casa de Correção foi pioneira em toda a América Latina, construída no Rio de Janeiro, em 1850, em conformidade com a política reformista e despótica de Dom Pedro II. Neste momento, passa a marcar uma nova fase da história das prisões brasileiras, cuja tendência era modernizar as instituições, num arquétipo modelo que imitava as produções técnicas europeias e norte-americanas, momentos antes da influência da criminologia positivista (CESAR, 2013).

A realidade carcerária latino-americana encontrava fundamento nas prisões filadelfianas e ausburnianas, muito embora limitadas ao seu próprio contexto financeiro. Eram na verdade poucos os estabelecimentos que passaram por uma reforma, que paulatinamente foram sucateados pelo inchaço da população prisional. De qualquer forma, os ideais liberais e o sistema punitivo do velho continente foram importados, desenvolvendo de forma incipiente o paradoxo de um sistema altamente punitivo em uma sociedade que principiava a liberdade, muito embora tivesse uma base essencialmente escravocrata. A necessidade de introduzir a penitenciária moderna neste hemisfério austral, decorria mais da vontade em modernizar o país e colocá-lo na esteira de um novo modelo produtivo, não mais mercantilista, almejando o modo de produção nitidamente industrial, como no hemisfério setentrional. Dessa forma, é que a criminologia crítica sustenta que o castigo penal moderno foi um fator de desenvolvimento dos regimes democrático-liberais, ainda que de forma paradoxal, em razão de se ter construído um sistema repressivo que buscasse a utilidade do homem para o mercado, de maneira violenta a substituir os modelos de produção material anteriores. E muito embora tal sistema prisional tenha “fracassado” na função declarada, serviu para sustentar uma ordem de exclusão social e política na vida do população latino-americana, que observou o desenvolvimento do liberalismo autoritário em face das minorias étnicas, dos negros, mestiços e crioulos. Ademais, não é excessivo lembrar que haviam pouquíssimos estabelecimento reformados, inclusive alguns sob administração de concessionários privados, vigorando majoritariamente aqueles de mero depósito ou aplicação das penas tradicionais, em decorrência da dificuldade financeira que havia na penitenciária, e a facilidade em impor penas corporais (AGUIRRE, 2009).

Se no período colonial predominava os castigos privados dentro das senzalas e logo depois esse modelo foi apropriado pelo Código Penal de 1830, com a diferença principal de ser conduzido pelo Estado, o momento posterior de reforma teve apenas alguns poucos picos de euforia e fascínio, na tentativa de modernizar a América latina. Após isso, o modelo que predominou foi de transformar o preso em objeto de estudo científico, cujas contribuições foram escassas e, exceto na Argentina, logo após no século XX as penitenciárias já demonstravam a falência. O Estado médico-legal, contudo, tinha surgido como uma esperança por meio da ciência, numa obsessão em entender o crime como uma questão etnológica e as prisões tinham se tornado laboratórios de pesquisa. Assim, houve um pequeno deslocamento de reforma das prisões para reforma dos presos, através de estudos biológicos e sociais. Contudo, do ponto de vista crítico, o desenvolvimento de tal criminologia positivista apenas contribuiu para concretizar um raciocínio pautado na penologia austera e, de maneira

controversa, insuficiente, uma vez que o linear da história demonstrou apenas a superlotação carcerária (AGUIRRE, 2009).

Assim, o nascimento das penitenciárias na América Latina esteve ainda mais longe de concretizar qualquer ideal reformista do que a realidade europeia. Além de mero armazenamento e neutralização do delito, as penitenciárias se estruturaram em sociedades altamente racistas e excludentes, criando uma nova forma de dominação social, não mais pautada no sistema escravocrata de outrora, onde prevalecia o açoite público, mas sim na seleção da clientela do direito penal, onde a retribuição, ainda que seguindo os ditames legislativos de proporcionalidade, seria a consecução do Estado em busca de seu inimigo (ZAFFARONI, 2001).

3.3 A Privatização das Penitenciárias no Século XX: retomada do agente privado

Se a descrição e análise de dois séculos atrás demonstrou a prevalência do Estado na administração prisional, num fenômeno que cedo ou tarde eliminou o empresariado no interior das celas-produtivas, o estudo do último quarto do século passado demonstra o surgimento de novos fatores e ideologias, a partir dos quais o privado passa a se impor sobre o público, desmantelando a regulação estatal, que se encontrava à beira do colapso econômico. É certo que essa dicotomia entre público e privado após os 60 anos do Welfare State – considerando sua certidão de nascimento a pós-Grande Depressão de 30 – passou a se tornar uma verdadeira privatização do público, a partir de um totalitarismo neoliberal, de flexibilização trabalhista e reducionismo estatal, pregando a volta ao reino do privado. A este respeito, a nova ordem mundial pode ser aqui entendida como a apropriação privada dos conteúdos do público e sua redução, novamente, a interesses privados. O Estado passaria a centralizar suas ações em matérias de controle inflacionário ou de intervenção excepcional na economia, como se fosse uma extensão do privado ou estivesse à serviço dele (OLIVEIRA, 1999).

O decorrer do século XX mostrou também o crescimento e autodestruição de sistemas totalitários, que colidindo entre si deram origem às guerras de proporção planetária. Tal acontecimento não tem mero propósito de contextualizar o cenário internacional, mas teve profundo impacto nas gerações posteriores. Ao longo das décadas 1950 e 1960 o mundo passou por um momento de altas taxas de natalidade, num efeito conhecido como “baby boom”, com países latino-americanos se tornando industrializados, aumentando a população das cidades, o que favoreceu no pós-guerra uma relativa ideia de prosperidade. Tais gerações

ao longo da década de 80 estariam na idade pico do encarceramento (MINHOTO, 2000, p.55).

Mas um efeito demográfico por si só não explica o alavancado e recrudescente movimento pela privatização das penitenciárias, sendo apenas parte integrante dele. Ao longo da derrocada soviética, a ideologia do mercado livre foi ganhando cada vez mais espaços na década de 1980, à medida que os discursos acerca do colapso econômico do Estado cresciam. Paralelamente, o mundo via e vivia uma era do encarceramento, a nível global, muito embora tenha sido mais expressivo na realidade estadunidense. Não por acaso, foi neste país que se viu crescer as formulações práticas e teóricas de um modelo modernizado de gestão privada dos presídios (SMITH, 1993).

Inclusive, a este respeito, um comentário de Greenwood, analista da Rand Corporation, demonstrava como era a lógica reducionista em conceber a penitenciária como uma logística hoteleira e de segurança, o que já demonstrava os interesses das empresas de segurança privada no interior dos presídios norte-americanos (*apud* MINHOTO, 2000, p. 65).

A lógica é exatamente analisar o sistema prisional puramente sob a perspectiva da eficiência, situação de que é própria do neoliberalismo. Ao passo que o jurídico se distancia do ético, o jurídico se aproxima do econômico, numa relação promíscua, onde mais parece que o aspecto jurídico está a serviço do econômico. É partir da crise da eficiência da gestão pública para chegar à resposta que a iniciativa privada deve gerenciar o setor prisional, pois justamente é ela que já administra grandes instituições, hospitais, escolas e fábricas. É pensar que a justiça criminal pode ser mercantilizada, de que a pena privativa de liberdade pode ter um lucro para sua subsistência. É descartar essa forma de análise crítica que se faz do sistema penal. Esta visão, certamente, será desconstruída no final do trabalho.

No entanto, o ponto crucial em torno do movimento pela privatização no recorte prisional é sem dúvida o processo de encarceramento, que por si só, já é tema de outra pesquisa, mas cuja análise será brevemente feita a seguir.

A superlotação nas penitenciárias é um fenômeno do século XX, muito embora o encarceramento não seja um fenômeno exclusivo de tal século. A este respeito, em *Vigiar e Punir* foi estabelecido na verdade três grandes fases do encarceramento. A primeira fase, inclusive, foi brevemente descrita anteriormente, ao analisarmos as Rasp-huis holandesas quando da substituição do modo feudal para o mercantilista. O segundo grande confinamento ocorreria no século XVIII, com as penitenciárias modernas e a incipiente industrialização, como ocorreu fortemente nos Estados Unidos. Por fim, a terceira era de massivo aprisionamento estaria relacionada ao controle biopolítico dos excluídos na sociedade

moderna. Contudo, a utilização suprema desse encarceramento passou a níveis globais, de modo que nos quatro cantos do planeta foi possível perceber um processo de superlotação (FOULCAUT, 2014).

A Europa apresenta um quadro geral de crise carcerária em decorrência da superpopulação prisional. O problema parece não escolher o grau de desenvolvimento econômico do país, aparentemente, como é o caso da Inglaterra, Espanha, França e Itália, que experimentaram aumento na taxa de encarceramento entre 1987 e 2009. A situação na Ásia também não difere tanto, afinal de contas a Indonésia, Tailândia e Paquistão também já desenvolvem os sintomas da superlotação, como o impacto da transmissão de tuberculose e HIV nas prisões da Indonésia, que possuía mais de 140.000 presidiários em 2009, mas cuja capacidade era somente de 80.000 (ALBRECHT, 2011).

A literatura aponta que a aplicação do direito penal não se deu de forma sistematizada a ponto de aplicar todos os institutos e crimes que existem nas condutas penalizáveis. Na verdade, a grande razão da superpopulação parece derivar incrivelmente de uma política criminal voltada ao combate às drogas, profundamente disseminada ao longo da década de 1970, sobretudo pelos Presidentes Nixon e Reagan dos Estados Unidos, notoriamente contra a heroína e cocaína. A guerra às drogas consistiu num poderoso discurso midiático e legislativo que construiu no imaginário social a necessidade crescente de combater as drogas. A este respeito, em 1986 a opinião pública a respeito do combate às drogas não chegava a meros 2% e em somente 2 anos a revirada percentual demonstrou que a maioria da população identificava o abuso de drogas como um dos principais problemas da sociedade. As legislações passaram a criminalizar as drogas e a estigmatizar seus usuários, num processo que culminou em altas taxas de aprisionamento (TRAVIS; WESTERN; REDBUR, 2014).

Outros pontos importantes foram o aumento na duração das penas e o aumento da utilização irrazoável da prisão preventiva, que na verdade mais fazem parte de um contexto maior de punitivismo social e populismo penal. Assim, imprescindível aprofundar a temática sobre o que a sociologia nomeia de virada punitiva, pois este fenômeno explica essa expansão penal, cujo indicador de existência pode ser verificado certamente, dentre outras formas, pela quantidade de presos num país. Neste sentido, os Estados Unidos mantiveram uma taxa de encarceramento em torno de 110 presos para cada 100 mil habitantes por 50 anos, entre 1920 e 1970, mas numa virada punitiva catastrófica a taxa aumentou para 310 em 1985 e para incríveis 600, 10 anos após. Em 2010, a taxa chegou a 731 para cada 100 mil habitantes, representando 2,2 milhões de aprisionados. A partir de então, faz-se uma breve pausa na

caminhada rumo às privatizações para investigar esse processo que se espalhou por todo o globo terrestre. Tal fenômeno pode ser explicado pela tese da ideologia da antimodernidade, mediante a qual o sistema penal adotou um modelo demasiadamente retributivo, abandonando os ideais modernos e notoriamente reformistas de ressocialização, ou modernidade penal tardia, em que medidas penais-previdenciárias passaram a ser consideradas inócuas e luxos onerosos (GARLAND, 2008, p.137).

Mas para entender essa reviravolta, precisamos delinear os principais pontos do período imediatamente anterior. Desta forma, David Garland expõe a respeito de uma estrutura complexa e relativamente estável de um Estado Penal-Welfare, de modo a correlacionar em sua metodologia a bases estruturais do Estado às suas superestruturas condizentes. Muito embora tenha havido dissensos e grupos opositores, o welfarismo penal estava na boca dos discursos oficiais e amparados pelas instituições do sistema penal. Ao das décadas de 1950 a 1970 era o modelo vigente nos Estados Unidos e Grã-Bretanha, seus principais modelos. Seus defensores entendiam haver uma verdadeira reforma penal, de forma que a pena deixaria de ser um instituto meramente retributivo e passaria a ter o caráter correccionalista. As medidas básicas deste modelo de controle social eram voltadas para a perícia psiquiatra, laudos de especialistas, individualização do tratamento baseado na evolução do apenado, investigação criminológica voltada para a etiologia e uso do trabalho social com os delinquentes. Desta forma, é certamente incompatível o encarceramento com o welfarismo penal, de forma que é contraproducente, ao menos em nível discurso. Uma forma crucial de entender este modelo penal é comparando-o com o garantismo clássico: se neste o princípio reitor havia sido *nullum poena sine crimen* o axioma que resguarda o welfarismo penal era “não há tratamento sem diagnóstico e não há sanção penal sem assessoramento dos especialistas” (GARLAND, 2008, p. 81-84).

Assim, o campo penal foi dominado pelo empirismo e pela análise científica, sobretudo por serem supostamente apolíticas. Do ponto de vista processual-penal, representou um sistema de condenações indeterminadas e liberação antecipada, pois a privação da liberdade passou a ser guiada menos pela base legalista e mais pela análise concreta e individual, de modo que ou a pena poderia ser estendida para os perigosos ou poderia ser antecipada para aqueles infratores que já tinham entrado no mundo do trabalho. Assim, este welfarismo se apresenta no campo penal também em decorrência da sua face político-econômica, pois o Estado que passava a ser o fornecedor e garantidor dos direitos sociais, passava a ter total hegemonia para o controle e prevenção do delito, bem como para as garantias individuais agora estendidas aos infratores. O welfarismo político era estendido a

ponto de alcançar o campo penal e se transformar num welfarismo penal. Por isto mesmo, o welfarismo penal está localizado conceitualmente dentro da modernidade, pois parte da convicção da capacidade política do Estado em realizar a engenharia social, por meio da ciência – que traçara a epistemologia criminal moderna - e da moral liberal – no campo penal prevaleceria a capacidade de ressocialização do apenado (GARLAND, 2008, p. 87-92).

Assim, o welfarismo penal era também uma continuação da racionalidade penal moderna, ao mesmo tempo que era um movimento reformista, pois não se limitava ao retribucionismo de Beccaria ou de Bentham, logo partiam da possibilidade ressocializadora do sistema penal e por isto mesmo, são inconfundíveis a reforma clássica de meados do século XVII com a reforma pós-Segunda Guerra Mundial⁹. Pode-se afirmar que essa modernidade penal corresponde à um modelo próprio do Welfare State, em cujo lado advoga políticas de seguridade social, educação e saúde públicas, mas sem abandonar as práticas punitivas, que tinham um objetivo mais redistributivo e de compartilhamento dos custos. Esta concepção é pautada substancialmente na criminologia crítica em que todo crime apesar de que tenha como consequência a responsabilização estatal, não pode ser julgado fora de seu contexto social, pois um crime é condicionado pelas forças sociais que possam atuar no indivíduo, razão pela qual introduziu-se na pena a função de fazer o caminho de volta do sujeito, ou seja, de socializá-lo outra vez, num tom marcadamente correcionalista (PAIVA, 2014).

Mas todo este sistema iria colapsar na década de maneira surpreendentemente veloz, cujo cenário principal foi justamente o país onde o desenvolvimento liberal-progressista tinha sido proeminente, que desaguou num movimento reacionário e radical. Neste ponto, relembramos o autor brevemente respeito da metodologia da Dario Melossi e Massimo Pararini (2014, p. 12) que trataram da conectividade entre o cárcere e a organização político-econômico vigente da sociedade. É que o período do welfarismo penal era suportado sobretudo pela ideologia política do Estado Regulador, que impunha um sistema normalizador e disciplinar com uma notável estabilidade até pelo menos o início da década de 1970. Assim o primeiro ponto é entender o porquê do enfraquecimento ideológico do welfarismo penal e depois entender como chegamos aonde estamos.

⁹A respeito disso, a tese de doutorado de Luiz Guilherme Mendes de Paiva mostra alguns cuidados terminológicos que ajuda o leitor a se delimitar historicamente. Segundo este autor, modernismo penal pode ser livremente traduzido por previdenciarismo penal ou correcionalismo, cujo fundamento era exatamente o Estado de Bem-Estar Social e assim o controle do crime deveria atuar como mais uma agência redistributiva (DE PAIVA, 2014, p. 31-32).

Havia dois problemas centrais no welfarismo penal: se de um lado ele abria portas à discriminação, por outro lado ele abria portas para uma repressão em nome da eficiência, num uso discriminatório do poder estatal que se ocultava por detrás do modelo de tratamento individualizado. A questão do correcionalismo estava preso em métodos etiológicos que discriminava boa parte das minorias étnicas norte-americanas, bem como partia de axiomas falsos em unir o marco punitivo e retributivo com o ideal de tratamento do apenado. Ao lado da eficiência de técnicas de apuração da periculosidade do indivíduo, crescia um paternalismo estatal que impunha condenações indeterminadas, sem limitações legais. Dos marcos teóricos que criticavam a doutrina correcionalista, David Garland (2008, p. 110-120) aponta Andrew Von Hirsch em seu livro *Doing Justice: the choice of punishments*, que atacando veemente o sistema de leis sem ordens e de condenações indeterminadas, buscava o sentido original de justiça, que significou uma reviravolta ao trazer de novo o sentido retribucionista da pena. Ao contrário do que previra, a doutrina correcionalista tinha trazido uma maximização do poder estatal, relegando a segundo plano o princípio da legalidade.

A ideia da nova reforma penal já havia crescido fortemente por amplos setores ideológicos, desde operadores a intelectuais do sistema penal. Robert Martinson¹⁰ (1974, p. 48-49), a respeito das críticas à reabilitação afirmou:

Eu sou obrigado a dizer que esses dados, envolvendo mais de duzentos estudos e centenas de milhares de indivíduos [...] nos dão muito pouca razão para acreditar que nós de fato encontramos um caminho seguro de reduzir a reincidência através da reabilitação. Isto não é dizer que nós não encontramos exemplos de sucesso ou sucessos parciais. É apenas para dizer que esses exemplos foram isolados, não produzindo um padrão claro para indicar a eficácia de qualquer método particular de tratamento (1974, p. 48-49, *tradução nossa*).

O que significou esse momento de tensão na década de 1980 foi representado pela filosofia retribucionista, estendendo seus efeitos sobretudo nos Estados Unidos da América e na Grã-Bretanha, em um movimento a favor de mais condenações determinadas e proporcionais ao delito, culminando pela ânsia por mais prisão. Acerca disso, David Garland¹¹ (2008, p. 118) aponta a reviravolta brutal na nova forma de controle do crime:

¹⁰ I am bound to say that these data, involving over two hundred studies and hundreds of thousands of individuals [...] give us very little reason to hope that we have in fact found a sure way of reducing recidivism through rehabilitation. This is not to say that we found no instances of success or partial success; it is only to say that these instances have been isolated, producing no clear pattern to indicate the efficacy of any particular method of treatment (1974, p. 48-49).

¹¹ A lo largo de dos décadas posteriores, quince Estados establecieron guías para la determinación judicial de la pena, diez eliminaron la libertad condicional [...]. Em 1970 todos los Estados tenían leyes que contemplaban penas indeterminadas. En los treinta años transcurridos desde entonces, casi todos los Estados las han repudiado de alguna manera, produciendo una transformación fundamental en la política y la práctica penal. Otros países

Com o passar de duas décadas seguintes, quinze Estados estabeleceram guias para a determinação judicial da pena, dez eliminaram a liberdade condicional [...]. Em 1970 todos os Estados tinham leis que contemplavam penas indeterminadas. Nos 30 anos transcorridos desde então, quase todos os Estados as repudiaram de alguma maneira, produzindo uma transformação fundamental na política e na prática penal. Outros países também adotaram a ideia da “pena justamente merecida”, dando-lhe um lugar mais explícito e central na política oficial (2008, p. 118, *tradução nossa*).

Como ordem sintomática do sistema penal, a penologia passou por uma transformação, numa paradoxal autocrítica. Se o sistema correcionalista era injusto, caro, sem prova da eficácia garantida e trazia uma base de indeterminabilidade das penas, o sistema da nova retribuição da década de 1980 dava passos largos à expansão da punitividade e ao processo de encarceramento em massa. São, pois, dois fenômenos presos à recorrência à penologia como forma de controle social. Se a proporcionalidade foi o fator motriz da nova retribuição norte-americana, a ela sucedeu a política de penas duras e retração ao financiamento de medidas de tratamento e de reabilitação (GARLAND, 2008, p. 119-125).

Seguiu-se a isto, uma política que incluía a oposição retórica dos axiomas da socialdemocracia que havia prevalecido até então, de forma que o controle econômico e liberdade social passou dar vazão à sua antítese liberdade de mercado e controle social. O neoconservadorismo marcou as políticas sociais de Margareth Thatcher e Ronald Reagan na Grã-Bretanha e Estados Unidos, respectivamente, com amplo apoio popular. Tratou-se de uma reação ao Estado de bem-estar e ao welfarismo penal. É aqui que surge a semente da privatização das prisões, medida que corresponde perfeitamente aos ditames dos princípios do neoliberalismo e da nova forma da sociedade de controle do delito. A justiça penal foi, então, uma agenda de restabelecer a confiança pública por meio da ordem e do excesso punitivo, no que ficou conhecido como modernidade penal tardia (GARLAND, 2008, p. 215-223).

O reacionismo social em face do problema da criminalidade tratou de ser uma reviravolta do novo retribucionismo, como medida político-econômica e também midiática. O que tudo indica é o que o correcionalismo esteve ainda dentro das últimas reformas modernas do sistema penal, ao passo que a modernidade penal tardia é um fenômeno dentro do qual se insere o reacionismo retromencionado. De qualquer forma, trata-se de uma virada punitiva, enquanto decisão política de transformação do sistema penal, cujo pontos principais estão o populismo penal e midiático, o crescente aumento na quantidade de presos, o encarceramento em massa, a superlotação dos presídios e as medidas de privatização do setor criminal,

también adoptaron la idea de la <<pena justamente merecida>>, dándole un lugar más explícito y central en la política oficial (2008, p. 118).

incluindo as penitenciárias. Do ponto de vista eleitoral, é uma medida retórica até hoje utilizada como a luta contra o crime e no ponto de vista teórico é uma crítica ao Estado Penal Previdenciário (DE PAIVA, 2014, p.36-45).

Após toda essa exposição histórica e sociológica a respeito da virada punitiva, importante também fazer uma análise do uso político do sistema penal, junto com Wacquant. Segundo este autor, o Estado é formado historicamente entre o braço forte e o braço frágil, a partir das concepções de Hobbes sobre o lado masculino e o lado feminino do Estado. Desta forma, Wacquant interpreta o neoliberalismo como a remasculinização do Estado, ao abandonar a prerrogativa dos setores sociais, se reduzindo à utilização da força por meio da penologia (WACQUANT, 2015), uma vez que na medida que o Estado se reduz na esfera econômica e social, ele se expande na esfera penal.

A virada punitiva, contudo, foi ocorrendo no último quarto do século passado, justamente quando a base social do Estado estava sendo desmantelada e a balança novamente iria desequilibrar-se a contento do lado “mais forte”. Essa reviravolta pode ser entendida como um processo de transformação da própria essência dos sistemas de justiça criminal, de crescente criminalização, endurecimento das penas, e violência policial, daí que certamente esse fenômeno punitivo não pode se limitar ao aspecto quantitativo de presos. Assim, a existência de uma função penal ressocializadora era criticada dentro do próprio ponto de vista neoliberal, a uma pela dificuldade orçamentária e prática que mostrava a inviabilidade, e a duas pela própria noção ideológica de compartilhamento social das responsabilidades – a sustentação do discurso de investimento prisional e de recuperação do infrator. Assim, uma nova guerra ao crime passava a ser desenhada e o inimigo estigmatizado, num discurso marcadamente neoliberal e antimoderno (PAIVA, 2014).

Neste sentido, essencial a explicação de Theodomiro Dias Neto a respeito da individualização dos fatores do crime.

Atribuir responsabilidade individual significa, pois, excluir o conjunto de fatores que concorreu para um ato e isolar a intenção do agente como única explicação relevante. Com base em parâmetros definidos socialmente, se reconhece que os fatores causais não descaracterizaram a intenção do agente [...]. A toda atribuição de responsabilidade corresponde uma isenção; ao determinar uma responsabilidade individual, a sociedade se isenta de sua própria responsabilidade pelo ocorrido (DIAS NETO, 2005, p. 80).

3.4 O Brasil na Órbita do Discurso Privatizante do Neoliberalismo

No Brasil o discurso privatizante das penitenciárias chegou formalmente com uma década de atraso em relação à realidade estadunidense. Em realidade, a recém-chegada discussão em torno da execução da pena gerida por um consórcio de empresas é explicada também pelo fato de que o fenômeno da superpopulação dos nossos estabelecimentos prisionais não é algo tão antigo como se possa parecer, entendendo-se tal fenômeno na concepção foucaultiana da terceira era do encarceramento em massa ou na perspectiva do overcrowding. Inclusive, é por esta causa que se insiste em correlacionar o discurso da privatização com o próprio crescimento do Estado Penal que fez aumentar as taxas de encarceramento ao redor do mundo (TRAVIS; WESTERN; REDBUR, 2014).

A terra brasileira, contudo, recepcionou tal fenômeno somente na década de 1990, inclusive formalmente pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão auxiliar do Ministério da Justiça. Assim, em meados de 1992 o conselheiro Edmundo Oliveira apresentou uma proposta tendente a privatizar as prisões do país. Em realidade, a proposta surgiu do estado de São Paulo e sofreu forte oposição da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Não obstante, o mesmo Conselho Nacional editou uma nova resolução 10 anos após àquela, em que recomendou expressamente a rejeição a qualquer proposta de privatização das penitenciárias no Brasil, delimitando, contudo, em quais aspectos estaria demarcada tal recomendação (MINHOTO, 2000, p. 172).

Em realidade, tratou-se de uma verdadeira recomendação de terceirização da atividade-meio da prisão, desde que não tivessem nenhuma relação com assistência jurídica, médica, psicológica e social, pois tais atividades podem ser requisitadas pelo judiciário e servir de base para eventual decisão judicial. Na contramão, foi sugerida a execução de atividades por empresas privadas que não guardassem relação com gerenciamento do estabelecimento, segurança e disciplina do apenados (RESOLUÇÃO Nº 08, 2002).

Antes de prosseguir, contudo, é necessário avaliar quantitativamente a situação carcerária do país no momento em que chegaram as primeiras propostas oficiais de privatização. Para se ter uma noção, a taxa de encarceramento no país – para cada 100.000 habitantes – era de 95,47 conforme o censo penitenciário de 1995. Mas a situação no país não era internamente equilibrada. As desigualdades regionais repercutiam na esfera prisional. Isoladamente o estado de São Paulo tinha uma taxa de 174,42 para cada 100.000 habitantes, enquanto o estado da Bahia chegava a somente 20,69. No Nordeste, a única exceção era o estado da Paraíba que chegava à incrível taxa de 150,78 de maneira totalmente isolada do

restante da região norte/nordeste. No Maranhão a taxa não chegava a 50, no Pará era de aproximadamente 38 e no Piauí somente 20,22. Mesmo no segundo estado mais populoso da nação, Minas Gerais, a taxa só chegava a 75,82. Daí, não é surpresa que justamente a proposta de privatização das penitenciárias tenha origem em São Paulo, cuja taxa de encarceramento era disparadamente maior que a de qualquer país da Europa Ocidental no mesmo período, pois neste continente a liderança pertencia à Espanha em 1997, cuja taxa chegava a 122 presos para cada 100.000 habitantes (MINHOTO, 2000, p. 164).

No ranking mundial absoluto, o Brasil ocupa a 4ª posição em termos de população prisional com 607.731 presos, perdendo para Rússia, China e para o primeiro colocado, os Estados Unidos com mais de 2 milhões e duzentos mil presos. Contudo, um dado é problemático em relação aos países mais punitivos do mundo – e inclusive aqui se insere a crítica que se faz ao discurso que o Brasil é o país da impunidade, uma vez que tal afirmativa não pode ser baseada em dados estatísticos. Enquanto os Estados Unidos perderam 8% na taxa de aprisionamento e a Rússia tenha perdido 24%, o Brasil operou na contramão aumentando em mais 33% na referida taxa, entre o período de 2008 a 2013 (BRASIL, 2014).

Assim, dados do Ministério da Justiça mostram que o Brasil aumentou incrivelmente 575% na evolução do total da população carcerária, justamente entre o período de 1990 a 2014. Na verdade, a taxa de encarceramento brasileira em meados da última década do século passado era comparavelmente um pouco menor que à taxa da Inglaterra. A evolução carcerária, no entanto, foi demasiada ao longo da década de 1990, mas cujo quadro só tem piorado ao longo dos últimos quase 18 anos deste século (BRASIL, 2014).

Mas à que se deve esse desespero punitivo? Relembramos da tese da antimodernidade penal ou modernidade penal tardia, dentro da qual o Brasil passou a se identificar desde a década de 1990. Na perspectiva socioeconômica, inegável a contribuição da análise política das ideologias neoliberais em torno do desmantelamento do Estado na área social, em cujo fenômeno necessariamente corresponde ao aumento da presença do Estado na esfera penal. Mas só isto não explica a situação jurídica de cada preso brasileiro. Assim, dados de 2014 do Infopen demonstram que nada menos de 250.213 presos brasileiros estão privados de sua liberdade sem condenação e isto correspondia à época 41% do total de presos no país. A situação dos presos em regime aberto correspondia a somente 3% e os do semiaberto a 15% do total da população prisional. Assim, a escolha política criminal de como se dará o instituto processual-penal da prisão preventiva no país também é uma causa notória que explica a vertiginosa expansão carcerária totalmente deficitária em termos de vagas disponíveis (BRASIL, 2014).

Do ponto de vista político eleitoral, a medida sugerida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária acima citada, representaria um grande lobby, em que pese a admissão das empresas seja por meio de concorrência. Em que pese isso, em 2013 foi inaugurada a primeira penitenciária privada do Brasil, especificamente realizado por meio de uma cogestão entre Estado e empresas (SILVA, 2016, p. 90).

A Ordem dos Advogados do Brasil condenou a proposta da CNPCP alegando, em síntese (MINHOTO, 2000, p. 172):

[...] a. a experiência está longe de ser moderna, antes, constituindo um retrocesso histórico em termos do desenvolvimento da política criminal; b. a execução da pena é uma função pública intransferível; c. a proposta violaria direitos e garantias constitucionais dos presos; d. a política de privatização de presídios poderia dar margem a uma superexploração do trabalho prisional, uma vez que, segundo disposição expressa da Lei de Execução Penal, o trabalho dos detentos é considerado relação jurídica de natureza administrativa, não estando sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28,§2º).

É dizer, em outras palavras, constrói-se mais vagas, para se colocar mais detentos, numa ótica penológica incessante. E prosseguindo a análise, chega-se à proposta de lei do Senado, a PLS 513/2011, que se encontra atualmente em tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (última atualização em novembro de 2016). O projeto de Lei é de autoria do Senador pelo Tocantins, Vicentinho Alves (PR-TO), e estabelece as normas gerais para a contratação de parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos penais. Em seu art. 2º, prevê que a cogestão público-privada passará a administrar presos em qualquer regime de pena, inclusive condenados e provisórios e define a parceria mista entre Estado e Empresas como um contrato de concessão administrativa precedida de um procedimento licitatório. Os pressupostos para tal atividade são a capacidade do concessionário em realizar a atividade e a sua liberdade de exploração do trabalho prisional, para comercialização de produtos oriundos desse trabalho, bem como o poder de apresentar à vara de execução a proposta mais benéfica da remição, bem como dar ao concessionário atribuições como transferência de presos entre diferentes unidades prisionais (BRASIL, PROJETO DE LEI 513/2011).

É na verdade uma proposta mercadológica que surge ante ao estado de coisas inconstitucional deixada pelo Estado no sistema prisional. Os dois principais problemas do Projeto de Lei 513 é que ele concede uma literal exploração do trabalho do preso por meio da instituição de trabalho obrigatório, bem como concede a delegação da assistência jurídica. Ora, é exatamente esse o problema que se constrói: para superar as dificuldades operacionais e o estado de coisas inconstitucional, cria-se novas categorias que não garantem nenhuma

superação do estado de coisas inconstitucional. É bem verdade que o problema das prisões brasileiras não é a superexploração do trabalho carcerário, pois a maioria dos apenados vivem no ócio, mas daí migrar do atual cenário para uma lógica mercadológica onde o preso é forçado a trabalhar sob pena de ser transferido involuntariamente para outra penitenciária afronta o artigo 5º, inciso XLVII, c, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que veda a pena de trabalhos forçados.

Da mesma forma, a falta de defensores públicos é problema que deriva da atuação do Estado e que contribui de forma incisiva para a situação carcerária atual. Entretanto, sair desse estado para outro em que o próprio agente privado gestor da prisão passe a contratar advogados particulares para os próprios apenados, sem problematizar a clara tensão de interesses nitidamente contrapostos, parece ser uma migração para outro estado de coisas inconstitucional, posto que somente o defensor público possuiria isenção e autonomia para exercer tal função, como dispõe o artigo 134 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Interessante notar que 4 anos depois do projeto de lei 513 do Senado, teve o advento da lei 13.190/2015 que curiosamente retirou de cena a possibilidade de delegação da assistência jurídica aos presos. Outrossim, a legislação determinou como indelegáveis as funções de direção e chefia no âmbito do sistema prisional, bem como impediu a delegação das funções de classificação de condenados, aplicação de sanções disciplinares, controle das rebeliões e transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário e outros locais externos, conforme o artigo 83-B (BRASIL, 2015).

Contudo, não se pode achar que isso é um avanço, isto porque resultou num vácuo normativo, onde nem se proíbe a delegação da assistência jurídica e da segurança interna, nem se normativa especificamente cada situação. A omissão legal não é proveitosa. Contudo, a citada legislação foi suspensa na sua eficácia pelo ministro Luís Roberto Barroso, não pela questão da privatização, mas sim por um “contrabando legislativo” em que se utilizou esta lei para tentar inserir a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que sequer guardavam relação com o objeto central da lei, que era fazer alterações na Lei de Execução Penal (SANTOS, 2018, p. 183).

Deste capítulo pode-se extrair uma série de contribuições. Traçou-se um panorama histórico com objetivo de demonstrar não só a respeito do esvaziamento ontológico da pena, como iniciado no primeiro capítulo, mas para demonstrar a real função das prisões. Ora, o papel do investigador não é, precisamente, encontrar as soluções para a sociedade, mas investigar os discursos e as instituições, e precisamente descrever como elas realmente funcionam.

Assim, identificou-se uma estreita relação entre os cárceres e as fábricas, ao menos na sua concepção original. É bem verdade que na realidade latino-americana essa relação foi muito menor, de forma que aqui preponderou muito mais a utilização da prisão como neutralização do inimigo. Contudo, inegável demonstrar como na primeira fase do enclausuramento, as instituições passaram a ser de trabalhos forçados. Assim, na modernidade, o discurso mudou, de penas corporais para utilização do inimigo. Mudou-se o discurso, que passou não mais a ser o de banimento do infrator, mas sim passou-se a utilizá-lo, para bem da economia, como fonte de trabalho forçado.

Já no século XIX as prisões passaram por mudanças em decorrência das revoluções a nível industrial. Assim, a introdução do agente privado na gestão dos estabelecimentos penitenciários passou a ser uma crescente na realidade estadunidense. Vários modelos surgiram para administrar a relação público-privada, com utilização forçada da mão de obra dos apenados em construções de obras, estradas, ferrovias, fabricação de sapatos, entre outros. Contudo, já no século XX houve uma abrupta ruptura, em que as penitenciárias voltaram para a gestão do Estado. Dois motivos são essenciais para entender a ruptura: a força sindical dos trabalhadores livres e o crescente aumento com gastos. Não se obteve dados suficientes para dizer se o negócio lucrativo “deu certo” ou não para os empresários. A questão é, contudo, que o negócio voltou frutífero no último quarto do século XX, movimentando bilhões de dólares só nos Estados Unidos.

No Brasil, o debate surgiu na década de 1990 com bastante receio. Poucas pesquisas empíricas foram feitas, mas muitos discursos políticos foram criados para corroborar a tese de que “se privatizar, resolve”. Entende-se que “resolver” é uma questão muito mais complexa do que simplesmente fornecer serviços como alimentação, saúde e vestuário. Sair de um estado inconstitucional de coisas para ingressar em outro, efetivamente não resolve. Assim, continuamos nossa investigação no próximo capítulo para entender especificamente e mais tecnicamente como funciona o interior do espaço privatizado.

4 O ESPAÇO INTRAMUROS PRIVATIZADO

Iniciamos este novo capítulo para adentrar particularmente na esfera da privatização seus aspectos mais técnicos, incluindo a análise histórica dos modelos gerenciais, a incipiente experiência brasileira, os efeitos jurídicos, bem como abordar as questões polêmicas principais, como a questão da demanda mínima, a lucratividade da mão de obra e o trabalho obrigatório.

Iniciamos o capítulo com uma reflexão de nomenclatura, ainda que não interfira fundamentalmente na análise do fenômeno das privatizações das prisões, mas fazemos por uma preocupação técnica, bem como esclarecedora. É que o termo “privatização” até aqui foi utilizado de forma indistinta, mas o vocábulo possui significados próprios na Economia Política, no Direito Econômico e no Direito Administrativo. De fato, o termo mais apropriado seria a terceirização das penitenciárias do Brasil se quiséssemos analisar tão somente em nível nacional tal fenômeno. Não sendo este o caso, deu-se preferência ao termo privatização por seu uso notório bem como por fazer parte de um complexo de mudanças do sistema penal, ao passo que terceirização induz uma limitação teórica aos aspectos práticos e administrativos de como se realiza o procedimento legal, que não é o escopo principal do presente trabalho, ainda que seja necessário explorá-lo (BENSOUSSAN, 2017, p. 177)

Encontra-se bastante aproximação teórica entre a análise efetuada até então neste trabalho e a análise do Direito Econômico, para o qual o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial desempenharam tarefa importante ao incentivar na década de 1980, e em especial uma década após no Brasil, a adoção de políticas de privatização, cujos expoentes internacionais máximos foram os governos de Thatcher e de Reagan, rumo ao corte de gastos públicos. A este fenômeno geral a doutrina chama de desestatização, pois trata-se de um processo amplo, em que o Estado passa a intervir de maneira excepcional na economia e de maneira apenas indireta. Desta forma, desestatização é um fenômeno econômico e genérico, dentro do qual surgem suas formas variadas como desregulamentação, concessão, permissão, privatização e terceirização (SOUTO, 2000, p.9).

Assim sendo, seria tecnicamente incoerente chamar privatização das penitenciárias, uma vez que privatizar, segundo a doutrina do Direito Econômico, significa a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado. Da mesma forma também seria incoerente a afirmação de que uma rodovia foi privatizada, pois não se transforma a propriedade do bem, mas sim sua forma de exploração. Também é incoerente

sobretudo porque o sistema prisional não é alvo de atividade econômica *stricto sensu* mas sim de um serviço público (BENSOUSSAN, 2017, p. 177)

Muito embora haja problemas terminológicos, a doutrina administrativa também apresenta divergências. É assim para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005), para quem a privatização pode ser entendida também em sentido amplo, como uma categoria genérica, dentro da qual abrange-se múltiplas formalidades técnicas, mas todas sob o mesmo manto da diminuição do Estado no domínio econômico. Desta forma, terceirização é um termo tecnicamente mais próximo do ocorre contratualmente entre o Estado e o setor privado, uma vez que se trata da busca por convênios e colaboração entre agentes públicos e privados para contratação de obras e prestação de serviço. Entretanto, além da limitação conceitual deste termo, acima descrita, a utilização da metodologia de trabalho aqui traçada também leva a utilização do termo privatização, não só como gênero – como entendem alguns administrativistas – mas sobretudo porque este termo está inserido num complexo fenômeno neoliberal de controle do delito, que se aproxima muito mais da abordagem histórica traçada.

Assim, a primeira tarefa deste capítulo será investigar brevemente os modelos gerenciais assumidos pelas penitenciárias, inseridas neste fenômeno em que o Estado, paradoxalmente, se desestatiza.

Há variadas formas pelas quais podem assumir a gestão dos presídios, sob o manto da privatização. De um lado, pode o agente privado apenas realizar a construção dos estabelecimentos, de outro pode o mesmo assumir o controle e a administração de forma total. A experiência mais desenvolvida destes modelos de gestão é certamente a estadunidense, razão pela qual serve de parâmetro para abordagem. A literatura aponta para 4 principais modelos: o financiamento da construção de novos estabelecimentos, que representaria o mais baixo grau de interferência do agente privado nos presídios; a administração do trabalho prisional, que representaria a interferência do agente privado especificamente em prisões industriais, onde a mão de obra prisional seria explorada pelos empresários, para comercializar produtos a custo menor; o fornecimento de serviços penitenciários secundários como alimentação, vestuário e saúde; por fim, a administração total do estabelecimento prisional, que pode ser simples administração de um presídio já existente, ou um contrato complexo que envolveria uma mistura dos modelos gerenciais, incluindo construção, financiamento e administração total (MINHOTO, 2000, p. 70).

Em se tratando da privatização de maneira mais estrita, ela se traduziria administrativamente neste último modelo gerencial, com a completa administração da iniciativa privada, onde não haveria interferência do Estado e a presença do empresário seria

máxima. Por outro lado, a terceirização seria uma forma mais suave de privatização em sentido amplo, uma vez que a administração seria devida tanto ao agente privado quanto ao Estado, mas os serviços seriam terceirizados, ou seja, uma tomadora de serviços iria contratar os serviços de outra empresa, a prestadora, sobretudo para realização de atividades-meio como limpeza, alimentação, vestuário e vigilância (MAURICIO, 2011, p. 87-89).

4.1 Experiência brasileira: Guarapuava, COMPAJ e o Complexo de Ribeirão das Neves

A situação brasileira pode ser considerada ainda incipiente e, de certa forma, ingênua se comparada à realidade estadunidense. Assim, nosso objetivo será traçar as principais características e os exemplos brasileiros mais notáveis, a fim de compreender o funcionamento interno das prisões geridas pelo agente privado. Assim, inevitável realizar breves comparações entre as diferentes formas de gestão.

De certa forma, em que pese as influências dos Estados Unidos da América, o modelo de gestão adotado pelo Brasil se assemelha mais com o modelo francês, uma vez que este inaugurou o sistema de gestão mista de estabelecimentos penitenciários. Aqui no Brasil a Penitenciária Industrial de Guarapuava foi a primeira a realizar o teste de privatização em 1999. A medida, que sofreu duras críticas, não resistiu e foi desativada já em 2006. Neste pioneiro exemplo, houve dentro do quadro das formas de gestão mista, a escolha pela construção do estabelecimento com recursos públicos, ao passo que a administração ficou a cargo da empresa terceirizada Humanitas Administração Prisional S/C, incumbida de realizar oferta de trabalho e profissionalização. O trabalho do governo, por outro lado, limita-se a fiscalizar o cumprimento conforme as diretrizes normativas da Lei de Execução Penal. Resultado dessa atividade, foi que a taxa de reincidência entre os egressos da Penitenciária de Guarapuava alcançava 6% em 2005, ao passo que a média nacional de reincidência é de 70%. A questão, contudo, permanece, uma vez a cogestão perdeu sua vigência (MAURICIO, 2011, p.115)

No Ceará, a seu turno, a Penitenciária Industrial Regional do Cariri passou por um sistema de gestão mista em 2000, destinado a presos em regime fechado, juntamente com a Humanitas Administração Prisional S/C, que depois passou a se chamar CONAP – Companhia Nacional de Administração Prisional. Neste contrato, ficou comprometido que o agente público iria ficar encarregado de pagar aproximadamente R\$ 1.200,00 por preso, que é um valor semelhante à média nacional (MAURICIO, 2011, p. 118).

Este mesmo caso foi alvo de uma relevante jurisprudência no cenário nacional. Em 2005 o Ministério Público Federal ingressou com uma Ação Civil Pública em litisconsórcio ativo com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em face do Estado do Ceará em litisconsórcio passivo com a CONAP. Dentre os fundamentos da ação, peticionada pelos Procuradores da República Alessandro Sales e Nilce Cunha, estava o de que o sistema de privatizações sucessivas que ocorreu no Ceará teria realizado dispensas de licitações de elevadíssimos custos para o erário, de contratos de terceirização sem qualquer respaldo legal, bem como alegou como fundamento jurídico a retromencionada Resolução 08/2002 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Afirmaram, ainda, que os presídios terceirizados no Estado recebem 48% da verba total dos recursos mensais da Secretaria da Justiça e Cidadania, muito embora sejam responsáveis por quase 10% do número de presos no estado. Por fim, alegaram que o custo médio, à época, por preso administrado pela CONAP era de 920 reais, e em outros presídios não terceirizados, o custo ficava em 650 reais (BRASIL, 2007).

Dentre os pedidos da ação civil pública, estava a de concessão de liminar para suspensão imediata dos serviços prestados pela CONAP ao Estado do Ceará, por um prazo de 06 meses, em todas suas unidades: Penitenciária Regional do Cariri, Penitenciária Industrial Regional de Sobral e Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II. A ação foi distribuída para a 3ª Vara Federal, cujo juiz Marcus Vinicius Parente Rebouças procedeu à concessão da liminar em 2007. Em 2010, contudo, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região decidiu indeferir a ação civil pública por incompetência da Justiça Federal e por ilegitimidade ativa dos litisconsortes. No teor do relatório:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SISTEMA PRISIONAL ESTADUAL. GESTÃO. TERCEIRIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE INTERESSE FEDERAL DEMONSTRADO. QUESTÃO ADMINISTRATIVA DA EXCLUSIVA ATRIBUIÇÃO ESTADUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DA OAB/CE E DO MPF. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1. Nas instâncias ordinárias de jurisdição, as condições da ação e pressupostos processuais são passíveis de cognição de ofício, a qualquer tempo, nos termos do art. 267, parágrafo 3º do CPC, aplicando-se essa disposição legal, inclusive, em sede de agravo de instrumento. 2. A ação civil pública proposta em 1º grau de jurisdição visa impor obrigações de fazer e não fazer ao Estado do Ceará quanto à gestão de seu sistema prisional estadual, em face de alegadas ilegalidades cometidas na terceirização da gestão prisional e nas licitações e contratações administrativas que viabilizaram essa terceirização. 3. A alegação constante da inicial da ação civil pública (fl.55) de que a UNIÃO repassou recursos federais para a construção de presídios federais no Estado do Ceará e, que portanto, teria interesse em aferir sua correta aplicação não tem qualquer relação com o objeto da pretensão inicial, pois ali não é alegada malversação dos recursos federais utilizados na construção de

unidades prisionais, não havendo, também, indicação, ou mesmo alegação, de que os recursos utilizados na terceirização da gestão prisional no Estado do Ceará tenham origem federal, razão pela qual resta afastada a hipótese de interesse federal envolvido na causa. 4. Por outro lado, a simples opção da OAB/CE e do MPF pela busca judicial da alteração do modelo de gestão prisional estadual cearense não é, também suficiente para legitimar a atuação desses entes em juízo nem para fixar a competência da Justiça Federal [...]. 7. **Conhecimento do agravo de instrumento e reconhecimento, de ofício, da ilegitimidade ativa do MPF e da OAB/CE para a causa e a incompetência da Justiça Federal para conhecimento desta, nos termos do art. 267, inciso IV, e parágrafo 3º, do CPC, indeferindo a petição inicial da ação civil pública por eles proposta e julgando prejudicado o exame do mérito da pretensão recursal deduzida neste agravo de instrumento.** (TRF-5 AGTR: 81428 CE 0066884-88.2007.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão (substituto), Data de julgamento: 14/01/2010, Primeira Turma, Data da publicação: 28/01/2010, Fonte: Diário da Justiça Eletrônico- página 102- ano: 2010).

Contudo, em que pese o Tribunal Regional Federal não tenha adentrado o mérito da causa, pode-se demonstrar divergências jurisprudenciais, uma vez que o juízo 1º grau já tinha exposto sua convicção de que as atividades típicas do Estado são indelegáveis.

Em decorrência da incompetência então, foi declarada a extinção da ação. Após isso, foi realizada ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho na justiça competente, aduzindo os mesmos argumentos, a de que haveria a terceirização ilícita pelo contrato entre a CONAP e o Estado do Ceará, para realização de serviços de limpeza, guarda e vigilância, bem como, na outra mão, a relação trabalhista entre Estado e prestadores de serviço teria as características necessárias para formação de vínculo empregatício (pessoalidade e subordinação jurídica, o que atraía a necessidade de realização de concurso público. No primeiro grau de jurisdição, mais uma vez o órgão ministerial saiu vitorioso, muito embora o TRT da 7ª Região tenha concluído que não havia terceirização da atividade fim no referido contrato. Imprescindível lembrar que à época somente era permitida a terceirização da atividade meio, sendo vedada a terceirização da atividade fim, cuja diferenciação é irrelevante atualmente. Contudo, importante ressaltar como foi construída passo a passo a jurisprudência (BRASIL, 2014).

Na época a lide se dava em torno da polêmica súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho que regulava ainda que superficialmente a terceirização no país. O enunciado III da súmula, contudo, afirmava que não deve haver subordinação direta nem pessoalidade com o tomador de serviços, situação que era presente segundo o Ministério Público do Trabalho. Em agravo de instrumento em recurso de revista, contudo, o TST entendeu haver legalidade nos contratos, argumentando que não poderia reexaminar os fatos e as provas para verificar *in casu* a prova da subordinação e pessoalidade dos terceirizados, sob pena de violação da súmula 126 do TST, uma vez que é incabível o recurso de revista para reexame probatório.

Isto porque o Tribunal Regional do Trabalho não mencionou que as atividades de agente de segurança tenham sido terceirizadas, como sustentava o Ministério Público. Mais que isso, o Tribunal Regional do Trabalho também não acatou o argumento de que as atividades terceirizadas lidavam com a liberdade e dignidade dos detentos e que por tais razões seriam típicas do Estado. Por outro lado, o órgão ministerial afirmava que os terceirizados encontravam-se diretamente subordinados aos servidores do Estado, bem como ao diretor do complexo, pois ao Estado era encarregado a fiscalização do serviço prestado pela concessionária. Entretanto, a tese ministerial mostrou-se vencida, como se vê a seguir (BRASIL, 2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO DO ESTADO DO CEARÁ. SERVIÇOS DE LIMPEZA, MANUTENÇÃO E ALIMENTAÇÃO REALIZADOS EM PRESÍDIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA COM O OBJETIVO DE IMPEDIR O ESTADO DE TERCEIRIZAR TODOS OS SERVIÇOS PRESTADOS DENTRO DO PRESÍDIO. O Tribunal a quo deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo Estado do Ceará para julgar improcedente a ação civil pública, ao fundamento de que a terceirização dos serviços de “limpeza, manutenção, alimentação e outros serviços específicos de atividade-meio” não atinge a atividade-fim do Estado, ao qual cabe, por meio de seus órgãos competentes para a execução penal, o cumprimento da lei, até mesmo no que diz respeito à concessão de benefícios (suspensão condicional da pena e livramento condicional). Consignou que o Estado continuava na administração da pena e de sua execução, que não delegou sua atividade-fim. **O Ministério Público do Trabalho, ora agravante, sustenta que é ilegal a terceirização de todas as atividades realizadas dentro do presídio, que, segundo ele, inserem-se na atividade-fim do Estado do Ceará. Também argumenta que a terceirização é irregular, pois havia pessoalidade e subordinação do trabalhador ao tomador de serviços. Com efeito, a jurisprudência desta Corte, sedimentada no invocado item III da Súmula nº 331, autoriza a terceirização de atividade-meio do tomador de serviços, fazendo expressa referência (exemplificativamente) às atividades de conservação e limpeza. A referida súmula considera irregular a terceirização, com a formação do vínculo de emprego do trabalhador com o tomador de serviços, nessas atividades, se houver pessoalidade e subordinação direta.** Consta do acórdão regional que o contrato de terceirização celebrado entre o Estado do Ceará e a Companhia Nacional de Administração Prisional Ltda. – CONAP abrangia os serviços “realizados diretamente nas áreas secundárias de limpeza, manutenção, alimentação e outros serviços específicos da atividade-meio”, os quais se inserem na atividade-meio do tomador de serviços. Salienta-se que não há, no acórdão regional, registro de que os serviços realizados nas referidas áreas (atividade-meio) eram prestados pelos trabalhadores terceirizados com pessoalidade e subordinação direta ao Estado do Ceará, tomador de serviços. A apreciação dessa alegação, de nítido conteúdo fático, é vedada a esta Corte, nos termos da Súmula nº 126 do TST. Portanto, como as citadas atividades não se inserem na atividade-fim do Estado e **não foi demonstrada a existência de pessoalidade e subordinação entre o tomador e os terceirizados, não prospera a tese defendida pelo agravante da ilegalidade da terceirização, respaldada nesses dois argumentos.** Assim, não há falar em contrariedade à Súmula nº 331, item III, do TST. Cabe destacar, ainda, que a indicação de ofensa ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal foi alicerçada nas teses: irregularidade da terceirização e existência de vínculo de emprego entre os trabalhadores que prestam serviços no presídio e o Estado do Ceará, por meio de concurso público. Entretanto, o fato de o Regional entender pela legalidade da terceirização de atividade-meio, nos termos expostos, não caracteriza afronta ao

citado dispositivo constitucional, que apenas exige a investidura em cargo público por meio de aprovação em concurso público, não tendo sido reconhecido vínculo de emprego sem o preenchimento desse requisito. Assim, não há violação do citado dispositivo. **Agravo de instrumento desprovido** (TST, Ministro Relator: José Roberto Freire Pimenta, 06/08/2014).

É bem verdade, por outro lado, que a reforma trabalhista possibilitou imediatamente a terceirização da atividade fim, o que torna o debate da legalidade da terceirização das empresas dispensável do ponto de vista jurídico. Mas o mesmo não ocorre com a terceirização na Administração Pública, pois o objeto da reforma trabalhista foi a terceirização das empresas e do trabalho temporário, mas não para aplicação na administração direta e indireta. Trata-se, contudo, de um ponto de vista sociológico, de mudanças em torno da percepção da figura do Estado, do mercado e da sociedade. Se antes somente se podia terceirizar atividade meio, atualmente já é possível terceirizar atividade fim, inclusive como demonstrada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 324, julgada recentissimamente pelo Supremo Tribunal Federal, no final de agosto de 2018, que traçou a decisão como efeito vinculante de que é lícita a terceirização de toda e qualquer atividade meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre contratante e empregado da contratada (BRASIL, 2018).

Contudo, em relação ao poder de polícia, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca de sua indelegabilidade, ainda que de maneira lateral, em uma ação que pugnava pela inconstitucionalidade do art. 58 da lei 9.649/98 que tratava da delegação ao ente privado dos serviços de fiscalização das profissões. Contudo, sua fundamentação pode ser aplicada ao objeto de estudo deste trabalho, como se vê a seguir.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do ‘caput’ e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da **Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir**, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime’ (ADI 1717-6/DF, Pleno do STF, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 7/11/2002, DJ de 28/03/2003, p. 61).

De fato, o poder de punir não seria delegado à iniciativa privada, em matéria de concessão da administração prisional às empresas. Contudo, o poder de polícia é alvo de análise distinta, uma vez que este poderia ser delegado, como ocorre no modelo de privatização nos Estados Unidos. Neste modelo, o gestor privado assume de forma absoluta a administração, cominando nas punições por faltas graves, aplicando as sanções disciplinares, sem qualquer controle por parte do Estado, numa espécie revigorada de *hands off*¹², em que a execução penal é distanciada do controle jurisdicional. Em alguns presídios, ainda, é conferida à própria administração privada a execução da pena de morte, em locais em que é permitido, tarefa que caberia tipicamente ao Estado (CORDEIRO, 2014, p.88-90).

Aqui no Brasil, ao contrário, o movimento para ser de maior controle jurisdicional em relação à execução penal, com o advento da Lei de Execução Penal. De forma o direito penitenciário visto como mera atividade administrativa ficou no passado brasileiro. Desta forma, parece ser ainda mais difícil que no Brasil se concretize o modelo norte-americano.

Outra penitenciária que se encontra sob a terceirização é o COMPAJ, complexo Penitenciário Anísio Jobim, gerido pela concessionária Umanizzare, responsável por 6 presídios no estado do Amazonas. Tal presídio foi cenário do segundo maior massacre em presídios em pelo menos 25 anos no Brasil¹³, o que faz com que seja certamente alvo de investigação por parte do presente trabalho (BRASIL, 2017).

A ocorrência desse massacre se torna precisamente mais interessante de análise uma vez que supostamente a gerência dos presídios pelo agente privado traria, além da ressocialização do apenado, mais segurança e controle de motins das organizações criminosas. Não parece, contudo, ser o que ocorre nos presídios brasileiros, que independentemente do modelo de gestão, possuem alguma disputa de controle interno entre diferentes organizações. Assim, o Ministério Público Estadual do Amazonas realizou uma série de inspeções no Complexo e ao final divulgou um relatório expondo dados técnicos a respeito da situação carcerária. O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, realizou relatório por meio do Grupo Especial de Monitoramento e Fiscalização (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017), que revelou a realidade do presídio terceirizado conforme transcrição a seguir.

¹²*Hands off* foi uma doutrina que prevaleceu nos Estados Unidos da América em que a administração dos presídios exercia um poder quase ilimitado no sistema penitenciário, cujo controle jurisdicional era mínimo. Assim, juízes não interferiam na execução da penal, que ficava a cargo do governo estadual com total discricionariedade (CORDEIRO, 2014, p. 79).

¹³ Segundo a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, o maior massacre em presídios ainda continua sendo o ocorrido no Complexo do Carandiru em São Paulo em 1992, que causou a morte de 111 detentos. Comparativamente, o massacre no Complexo Penitenciário Antônio Jobim em Manaus causou a morte de 56 detentos (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS...,2017).

Em inspeção realizada pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) no COMPAJ no ano de 2015, constatou que a unidade estava em condições de superlotação, com alojamentos improvisados, em locais que colocavam as vidas dos encarcerados em risco e que havia prática de tortura pelos agentes das unidades, sem qualquer apuração e responsabilização dos envolvidos. Naquele relatório de inspeção, foi apontada a gravidade da situação encontrada, bem como a iminência da ocorrência de mortes. Constam, ainda, do relatório do MNPCT informações de que havia um forte contexto de disputas entre os grupos no sistema penitenciário estadual e concluiu que a ação da administração penitenciária é limitada e omissa diante da ação das facções criminosas. Informaram, também, que os presos do COMPAJ se autogovernavam e que havia uma espécie de celas-cativeiro, local de frequentes torturas, punições e até assassinatos. Há um destaque para os presos isolados na área chamada de “seguro”, onde ficam, em sua maioria, detentos que corriam o risco de morrer por serem de facções criminosas adversárias da que administrava a prisão (BRASIL, 2017, p. 26).

Sobre a falta de água no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, o Secretário informou que a escassez de água é uma realidade, justificada pelo aumento da população carcerária, pois o poço foi construído para atender 454 presos e hoje o Complexo conta com 1.056 presos, de forma que a capacidade de vazão não atende à demanda. Especificamente quanto às mortes no COMPAJ, o Secretário afirmou que elas ocorreram durante a gestão do secretário Pedro Florêncio Filho e do diretor do Complexo, sargento Carvalho, justificando-as em razão de disputa de território entre grupos criminosos organizados rivais. Acrescentou que ainda há risco de rebelião (BRASIL, 2017, p. 28).

Certamente não é este o relato que se poderia esperar inicialmente de um estabelecimento prisional operado no sistema de cogestão que pretende ressocializar o infrator. No entanto, os fatos mostrados demonstram, no mínimo, que a situação num presídio “privatizado”¹⁴ não é motivo para ânimo. Na verdade, percebe-se que a eficiência do gestor privado é utilizada mais como retórica argumentativa do que como demonstração empírica com coleta de dados.

Por outro lado, o negócio parece ser muito atraente para os gestores privados, uma vez que são remunerados pelo Estado em um valor bem maior que à média. No COMPAJ que é administrado Umanizzare, o custo por preso em 2014 era de R\$ 4.709,78, que possui 1.072 detentos segundo o CNJ. Este valor, contudo, representa quase o dobro da média nacional que equivale a R\$ 2.400,00. Na unidade UPP administrada pela INAP o custo por preso salta para R\$ 6.906,71, embora tenha 540 detentos. Ao todo, o governo do estado do Amazonas repassou mais de R\$ 800 milhões em 2013¹⁵ para empresa Umanizzare, o que motivou o

¹⁴ Outra vez em relação ao vocábulo utilizado, reitera-se a desnecessidade em fixar a utilização de um termo único preciso. Conforme José Adaumir, por conta da participação do Estado pelo Diretor Público de Segurança, fala-se em cogestão, o que aproximaria o modelo brasileiro do modelo francês, para fugir da inconstitucionalidade da delegação total da atividade exclusiva do Estado ao particular. Contudo, em termos práticos, o modelo se assemelha mais ao estadunidense, visto que deixar ao particular o controle total sobre os presos (SILVA, 2016, p. 106).

¹⁵ Este dado foi retirado de uma reportagem da revista Época. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/01/massacres-nos-presidios-revelam-guerra-dos-facinas-que-comandam-o-crime.html>>.

Ministério Público ingressar em juízo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 24).

Em decorrência disso, o Ministério Público de Contas do Amazonas realizou uma representação ao Tribunal de Contas do mesmo estado. Segundo o órgão ministerial, embora a administração estadual esteja pagando cifras milionárias às empresas concessionárias, o quadro atual nas unidades prisionais é de absoluto descontrole. Houve diversos registros fotográficos de túneis de fuga, aparelhos celulares, bem como tratamento desumano a despeito de serviços de saúde e assistência social contratados. Além disso, houve descumprimento contratual, uma vez que somente 153 funcionários estavam trabalhando, muito embora havia a previsão inicial de 250 contratados. Um problema grave também citado é que há um alto grau de rotatividade de funcionários, que recebem salários defasados e não possuem capacitação adequada, os quais estão envolvidos em casos de tortura e maus-tratos. O então Ministro de Justiça, Alexandre de Moraes inclusive criticou o Estado e a concessionária, ao imputarem a culpa às facções criminosas Família do Norte e Primeiro Comando da Capital, responsáveis pelo massacre, ao afirmar que essa é uma análise muito simplista, pois foram 56 mortos e mais da metade não tinham qualquer envolvimento com nenhuma facção (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, 2017).

Assim, o órgão ministerial e o presidente do sindicato dos agentes penitenciários impuseram, em parte, a responsabilidade ao modelo adotado. É bem verdade que cenas como essas ocorrem em presídios públicos, mas essa situação demonstra de que não é exclusividade dos penitenciárias sob responsabilidade do governo. Ademais, o ministério também apontou nos autos ilegalidade, antieconomicidade e ineficácia da gestão terceirizada, uma vez que o custo por preso é alto e não guarda a respectiva contrapartida de que se espera. Somente em 2015, a Umanizzare recebeu mais de 198 milhões de reais dos cofres do Estado do Amazonas e segundo apuração preliminar, a mesma empresa recebeu cerca de 400 milhões em 2016, fazendo com que a Procuradoria Geral do Estado e o órgão ministerial recomendem a extinção contratual da parceria público-privada (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, 2017).

Segundo notícia colhida no site institucional do MPE-AM, o Procurador-Geral de Justiça, Fábio Monteiro, afirmou, todavia, que entre 2014 e 2016 foram pagos mais de 900 milhões de reais às empresas, que no momento são alvos de ações civis públicas exigindo o cumprimento contratual. Segundo a autoridade, esta é apenas a ponta do iceberg de um orçamento pago pelo poder público, que poderia ser destinado a outras áreas como saúde, educação e segurança pública (SISTEMA PRISIONAL, 2017).

Ainda em outro Relatório realizado pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, o Procurador-Geral de Justiça deste órgão, Carlos Fábio Braga Monteiro comunicou ao Governador de Estado a recomendação efetuada pelo Procurador de Justiça Mauro Vera à Secretária de Estado de Administração Penitenciária (SEAP), de que se deveria proceder à imediata demolição de toda estrutura não prevista no projeto inicial do COMPAJ. Tal recomendação teria origem após uma revista realizada pela Secretaria de Segurança Pública com apoio do Exército Brasileiro, ocasião em que foram identificadas “celas de luxo” para visita íntima de presos, o que motivou abertura de inquérito para apuração de várias irregularidades. A recomendação, por final, aponta que não se pode aceitar que um bem público receba melhorias pontuais oriundas de recursos que não são públicos, mas provenientes de detentos que muito provavelmente os obtiveram por meio de práticas ilícitas (AMAZONAS, 2015, p.108-109).

Prosseguindo a análise, necessário retomar mais uma vez o cenário cearense e paranaense, conforme descrito acima. Ocorre que justamente os pioneiros na terceirização do sistema prisional no Brasil passam a fazer o caminho inverso e reestatizam os presídios. No caso supracitado do Ceará, em que pese o Governo do Estado e a parceira privada tenham ganho a ação, as três unidades prisionais citadas continuam sendo administradas pelo Estado. Em relação ao Paraná, desde 2006 o governo estadual não renovou os contratos com as empresas, alegando altos custos a serem suportados pelo erário público, bem como a baixa qualidade do serviço, uma vez que houve episódios de fuga (MARANHÃO, 2017).

Em relação a esse caminho reverso de reestatização dos presídios, indispensável citar o que decidiu em 2016 o Departamento de Justiça dos Estados Unidos. A subsecretária de Justiça produziu um memorando cuja decisão foi no sentido de reduzir o uso das prisões privatizadas, após a divulgação de um relatório do Office of Inspector General. Segundo o memorando, entre 1980 e 2013 a população carcerária federal aumentou quase 800% muitas vezes a uma taxa maior que a Federal Bureau of Prisons pode suportar. Assim, em um esforço para gerenciar o aumento carcerário, iniciou-se a contratação com as instituições correcionais de operação privada para confinar alguns presos federais. Entretanto, pela primeira vez em décadas a população prisional federal atingiu seu topo e começou a declinar de 220.00 para 195.000 presos. Isto faz parte de um esforço maior associado à recalibragem da política de condenação federal, incluindo aplicação retroativa de novas diretrizes para sentenças anteriores relacionadas aos delitos de drogas e nova política para tratar de infratores de baixa periculosidade e não violentos (YATES, 2016, p, 1-2).

Assim, a subsecretária também descreveu que, muito embora a política pública de privatização das penitenciárias tenha ajudado os Estados Unidos em um período difícil marcado por uma altíssima taxa de encarceramento, o tempo mostrou que a iniciativa não merece continuar, conforme transcrito a seguir.

Prisões privadas desempenharam um papel importante durante um período difícil, mas o tempo tem mostrado que elas se comparadas com nossas próprias instalações não são melhores. Elas simplesmente não fornecem o mesmo nível de serviços e programas correcionais; elas não economizam substancialmente no custo; e como notado no recente relatório do Department's Office of Inspector General, elas não mantêm o mesmo nível de segurança [...]. Por todas essas razões, eu estou ansiosa para contar com sua ajuda para iniciar o processo de redução – e finalmente acabar – nosso uso de prisões privativamente operacionalizadas. Como você sabe, todos os contratos com as prisões privatizadas possuem um termo final passível de renovação ou extinção contratual. Eu estou remetendo isto para que assim que um contrato chegar ao seu fim, o Bureau deve recusar-se a renovar o contrato ou substancialmente reduzir seu escopo (YATES, 2016, p. 2)¹⁶

Assim, demonstra-se que o aparente retorno à estatização não ocorre só no Brasil, mas sobretudo parece estar se iniciando na política norte-americana, muito embora a força dos lobbies ainda seja forte.

Em relação à temática, a doutrina penalista brasileira muito pouco se debruçou a seu respeito, de forma que a privatização assume objeto maiormente nas dissertações de mestrado e teses de doutorado. Contudo, Júlio Fabbrini Mirabete (1992, p. 10) é um dos poucos que escreveu sobre o assunto. Apesar de entender que os fundamentos jurídicos do cárcere não mais se sustentam, razão pela qual é preciso abrir novos caminhos para execução da pena, entende ainda que é imprescindível a humanização do apenado, permitindo-lhe o convívio em sociedade. Para isto, é imprescindível a cooperação da comunidade com fulcro no art. 4º da Lei de execução penal, por meio da qual o Estado deverá recorrer à cooperação da sociedade na execução da pena.

Assim, retomando a natureza jurídica da execução penal, Mirabete (1992, p. 12-14) afirma que existem as atividades jurisdicionais, as atividades administrativas *stricto sensu* e as atividades de execução material. A atividade jurisdicional estaria prevista no art. 66, incisos I a V, da lei de execução penal, ao prever a competência de o juiz da execução em

¹⁶ Private prisons served an important role during a difficult period, but time has shown that they compare poorly to our own Bureau facilities. They simply do not provide the same level of correctional service, programs, and resources; they do not save substantially on costs; and as noted in a recent report by the Department's Office of Inspector General, they do not maintain the same level of safety and security [...] For all these reasons, I am eager to enlist your help in beginning the process of reducing – and ultimately ending – our use of privately operated prisons. As you know, all of the Bureau's existing contracts with private prison companies are term-limited and subject to renewal or termination. I am directing that, as each contract reaches the end of its term, the Bureau should either decline to renew that contract or substantially reduce its scope in a manner consistent with law and the overall decline of the Bureau's inmate population.

poder intervir no *ius puniendi*. As atividades administrativo-judiciárias seriam a outra forma de atividade que somente caberia ao Estado previstas no art. 66, incisos VI a IX, bem como as atividades do Ministério Público previstas no art. 67 e 68, e as do Conselho Penitenciário previstas nos art. 69 e 70. Portanto, estas atividades estariam relacionadas sobretudo à capacidade de sanção disciplinar ou de alteração na forma de execução da pena. Por fim, restaria a última atividade, meramente material, que poderia ficar a cargo tanto do Estado, quanto dos particulares. Desta forma, a iniciativa privada é admitida sem a necessidade de qualquer alteração legislativa, com o objetivo de promover assistência material, de saúde, religiosa, educacional, bem como gerir o trabalho interno e externo do apenado, desde que o ente privado não interfira nas atividades jurisdicionais e administrativo-judiciárias, que não seriam afastadas da competência do juiz da execução.

Luiz Flávio Borges D'Urso (1999, p. 213-216) também advoga a ideia de que se dever privatizar as penitenciárias, mas sob uma forma determinada. Além de criticar a terminologia usada, pois não se trata de venda de ações, que é a acepção mais técnica para o vocábulo privatização, entende que há respaldo constitucional e de que se deve tentar a implementação da proposta no Brasil como forma de amenizar o sofrimento dos apenados, sobretudo dos presos preventivos, que não serão amontoados nas celas junto com presos definitivos por falta de vaga. Demonstra, ainda, por meio da experiência norte-americana que o custo do preso para cada dia pela gestão privada é a metade do custo operado pelo Estado.

Por fim, criticando o modelo adotado nos Estados Unidos que entrega quase totalmente a gestão à iniciativa privada, defende a adoção no Brasil de um modelo misto, com os aspectos positivos do modelo francês e estadunidense, de cogestão, em que o Estado pagaria ao empreendedor privado o custo total pela gestão em si e pagaria mais um percentual extra que garantiria o lucro do empresário, de forma a afastar a exploração da mão de obra do preso pelo administrador particular. Em relação ao resultado do trabalho prisional, o dinheiro auferido pelo apenado deverá ser revertido ao empresário privado e às famílias do condenado. Por fim, nos moldes da interpretação de Mirabete, defende que não há transferência da função jurisdicional, que é exclusiva do Estado, mas somente há delegação da função material da execução penal, aproximando-se deste autor, portanto (D'URSO, 1999, p. 217-218).

Analisando as duas referências acima, percebe-se que elas resumem razoavelmente bem o entendimento jurídico central a respeito da privatização das penitenciárias. Não nos surpreende que assim seja a conclusão, no sentido de apontar a viabilidade da proposta de desestatização dos presídios. É que o aspecto jurídico está todo embebido pelo aspecto penológico, pois na verdade é o discurso jurídico que sustenta até hoje

a existência das práticas punitivas e carcerárias, dando uma formalidade legal e jurídica. Na realidade parece óbvia a conclusão, uma vez que entre as prisões públicas que ainda se tem majoritariamente, e as prisões privatizadas, o alinhamento político-econômico do direito penal e da execução penal fornece total apoio à proposta de entregar ao ente privado a gestão dos presídios, pois a esfera pública se espelha na gestão privada em tempos de neoliberalismo, pelo discurso da eficiência. Não é, obviamente, a dialética que se pretende produzir neste trabalho, pois não se trata de compor a colisão público x privado, mas sim da antítese penologia-pedagogia, como se verá no próximo capítulo.

Prosseguindo análise de outras referências no âmbito das ciências criminais, Juarez Cirino dos Santos (2013), por sua vez, se aproxima mais das perspectivas de Massimo Pavarini, já analisadas, e de Rusche e Kirchheimer, pois traçam uma similitude entre fábrica e prisão, como duas instituições básicas das sociedades capitalistas. Analisando a situação dos Estados Unidos, o autor concebe que a política penológica deste país foi responsável por quintuplicar a população carcerária, crescendo de 500 mil presos em 1980 para 2,5 milhões no ano 2000. Ao analisar a gestão privada, argumenta que não há respaldo humanitário, mas sim a busca do lucro, que move a iniciativa empresarial. Mas a simbiose do público com o privado promove problemas jurídicos, pois incorre em pressões para penas mais longas tanto do judiciário quanto do legislativo, concluindo que não se pode transformar uma instituição naturalmente de controle social em uma instituição econômica de estrutura social.

Além disso, se aproxima dos outros autores em um único aspecto: também critica a possibilidade de delegação da atividade jurisdicional ao ente privado, pois o poder disciplinar compete à autoridade administrativa e ao juiz da execução penal, com sustentáculo nos art. 47 e 48 da lei de execução penal, o que leva à sua total rejeição ao modelo *full-scale management*, preponderante nos Estados Unidos. Contudo, Juarez Cirino se distancia absolutamente dos demais autores ao invocar a inconstitucionalidade da gestão privada do trabalho prisional, por desrespeito à dignidade da pessoa humana, com fulcro no art. 1º da Constituição Federal, uma vez que se trataria de um trabalho sem liberdade de rescisão contratual com compulsória subordinação do apenado aos interesses do empresário. Mais que isso, se o objetivo da pena-prisão é legalmente de promover a educação por meio do trabalho prisional enquanto dever social, afim de promover a formação profissional do condenado, não pode ser esse trabalho alvo de exploração lucrativa (SANTOS, 2013,).

A partir de então, analisar-se-á a manifestação de alguns órgãos oficiais que já se pronunciaram formalmente a respeito da privatização das penitenciárias no Brasil.

A primeira delas é a Pastoral Carcerária Nacional, ação pastoral vinculada à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que realizou um relatório em 2014 a respeito do tema.

O primeiro aspecto a ser levantado ao analisar o relatório da Pastoral, é que este trabalho partiu de uma análise empírica, utilizando uma metodologia de pesquisa de campo e de visitação às penitenciárias, com intuito de averiguar as condições físicas e as consequências da privatização, colhendo depoimentos das autoridades e dos apenados. Em relação à argumentação jurídica, a Pastoral identificou uma série de argumentos retóricos elaborados com base ideológica, tanto dos defensores, quanto dos detratores da proposta de privatização. Os defensores realizam análises descontextualizadas de comparação entre prisões públicas privadas, ao passo que os críticos geralmente se pautam em argumentações de senso ético e constitucional (PASTORAL CARCERÁRIA, 2014, p. 11).

Desta forma, procedeu essa entidade em uma análise mais particular ao contexto brasileiro e com objetivos específicos. Em pelo menos 6 aspectos o respectivo trabalho pode ser sintetizado, de maneira razoavelmente fiel.

A) analisaram o custo das prisões e a reincidência, que é certamente um dos focos de debate. Isto porque justifica-se a gestão das penitenciárias pelo empresário ao argumento do barateamento final dos custos, uma vez que as empresas tendem buscar o lucro por meio do trabalho prisional, que gerará renda, o que diminuiria os gastos no montante final, além de viabilizar a reintegração do apenado por meio do trabalho. Disto, a Pastoral identificou dois resultados expressivos: alto gasto com presos efetivamente representa ganhos com benefícios assistenciais, como saúde e alimentação, mas não elevaram a empregabilidade dos detentos. Estas conclusões, se por um lado não são definitivas, por outro lado demonstram as primeiras análises empíricas realizadas no Brasil a respeito das privatizações. Na realidade, um grande equívoco que há na ideia inaugural da privatização, é enxergar o conflito com os mesmos olhos do passado, pensando que o problema prisional é falta de eficiência pública - que inclusive pode agravar o problema, mas não esgota a análise - (PASTORAL CARCERÁRIA, 2014, p. 12).

B) com isto, a Pastoral também concluiu que não há nada mais falso do que criar um vínculo causal entre tratamento penitenciário e reincidência, posto que múltiplos são os fatores para alguém cometer ou deixar de cometer um novo delito. Acrescentamos, ainda, que o ambiente criminógeno da prisão é um desses fatores, mas concordamos que não é o único. A sociedade criminógena é outro fator importante, bem como o desemprego estrutural. Relembramos o leitor do capítulo inaugural desta obra, a respeito do mito da ressocialização,

argumento jurídico para justificar o “mal necessário”, por meio do qual se sustenta uma instituição secular reprodutora de mazelas sociais. Além disso, não há dados suficientes para dizer que no Brasil as prisões privatizadas estão tendo melhor desempenho na ressocialização (PASTORAL CARCERÁRIA, 2014, p. 14).

C) Outra vez a questão da delegabilidade do poder de polícia e poder jurisdicional, se são monopólios do Estado ou não, aparece aqui. A conclusão do relatório é que não há proibição expressa na Constituição Federal, o que motiva parte de a doutrina entender pela perfeita constitucionalidade da delegação. Entretanto, a delegabilidade esbarra a nível da legalidade. Prova disso, é o art. 10 da lei 7.102 (BRASIL, 1983), que regulamenta a segurança privada e empresas que exploram serviço de vigilância e transporte de valores.

Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: (Redação dada pela Lei nº 8.863, de 1994)

I - Proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

II - Realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga. (Incluído pela Lei nº 8.863, de 1994)

§ 1º Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 8.863, de 1994).

Desta forma, o mencionado artigo enumera o objeto de exploração da segurança privada no Brasil, que deverá se limitar à vigilância patrimonial do local, controlando o acesso ao estabelecimento penitenciário, não podendo cumular com isto as funções de restrição da liberdade dos detentos, a transferência para outros presídios e a contenção de rebelião com agentes próprios. O relatório concluiu também que não há nenhuma base legal para acumular a função de segurança privada patrimonial – garantida pela legislação – com a prestação de outros serviços como de limpeza, alimentação e saúde dos detentos.

Além disso, não é necessário nenhum esforço hermenêutico para chegar à conclusão da ilegalidade das privatizações dos presídios ao remontar à leitura do art. 4º da lei 11.079 (BRASIL, 2004), uma vez que na contratação da parceria público-privada deverá ser observada a diretriz do inciso III, que dispõe explicitamente a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado. Assim, retomando-se a análise da natureza jurídica da execução penal, relembremos o leitor para a natureza mista, em que há o controle jurisdicional e o poder de polícia em parte do exercício penitenciário, que não poderá ser delegado ao ente privado. (PASTORAL CARCERÁRIA, 2014, p. 14).

D) no entanto, analisando o teor do relatório, percebeu-se que a categoria de análise mais interessante, a qual merece mais investigação, é precisamente a Disciplina Institucional. A pesquisa junto às penitenciárias privatizadas demonstrou que o nível de rigidez disciplinar que existe nos seus espaços intramuros é comparável ao Regime Disciplinar Diferenciado –RDD ou das prisões federais brasileiras. Isto significa, em outras palavras, que o apenado permanece longo período de tempo totalmente isolado e quase não tem acesso ao banho de sol e de exercícios físicos, bem como não tem acesso a revistas e jornais atualizados por serem absolutamente proibidos, bem como programas televisivos. Neste momento, retomamos novamente o capítulo primeiro ao apontarmos as contradições inerentes do sistema penal. Quer dizer, a teoria do *less eligibility*¹⁷ representa um paradigma realmente a ser seguido? Compatível com a ressocialização? (PASTORAL CARCERÁRIA, 2014, p. 16).

Responderemos a estas duas perguntas com outras duas respostas. Muito se pensa nas políticas públicas na área criminal em como torná-la mais eficiente, mas pouco se pensa em como criar novos paradigmas. Até mesmo a proposta de privatização atua por meio da falha de eficiência do setor público, trazendo no melhor dos casos uma condição de existência menos degradante que é a vida em qualquer presídio do mundo. Definitivamente, deve-se buscar novos paradigmas, como se demonstrará no último capítulo desta obra.

Do mesmo modo, o cárcere traz consigo uma contradição inerente que não é solucionável pela privatização dos presídios. Isto porque a lógica do presídio é em si a disciplina e a vigilância absoluta, que passa a ser elevado à última potência com o gestor privado. Mas excesso de vigilância é também redução de direitos. Excesso de disciplina é também redução da dignidade do apenado. É este mesmo ambiente, em que a disciplina é severa, que irá ressocializar (docilizar) o infrator.

Retomamos as contradições internas do cárcere que analisamos no primeiro capítulo desta obra. Junto à contradição do paradoxo liberdade-reintegração, adicionamos a análise do professor de Cambridge, Roy D. King (2007, p. 329), que explicita precisamente o problema da eficiência nos presídios privados ao se confrontar com a reintegração. Para o nominado autor, a dificuldade de uma prisão não está em reprimir rebeliões nem em oferecer condições de trabalho prisional. Para as duas situações já temos respostas. O problema de uma prisão, contudo, é saber conciliar o custo que se tem em gerir uma prisão à prova de fuga e de motins, com emprego de uma disciplina austera, sem que com isso se reduza as oportunidades

¹⁷Vide página 34.

de reintegração social e de efetivação de um programa que cumpra a individualização da pena, respeitando os direitos do apenado e dos agentes penitenciários. Esta é uma problemática intrínseca à natureza das prisões, quer sejam privatizadas, quer sejam estatizadas.

Voltemos ao relatório da Pastoral: foi constatado que muitos presos manifestaram insatisfação em terem sido transferidos para uma penitenciária privatizada¹⁸. Alguns presos, inclusive, identificam as privatizadas como “cadeia de castigo”, uma vez que neste ambiente o rigor da disciplina é marcante. Prova da disciplina é o uso frequente de algemas, justificável só para evitar conflitos internos, hipótese em que os funcionários terceirizados não poderiam usar da força para coibir os detentos. Contudo, essa é uma argumentação perversa e inconstitucional, pois o preso não deve arcar com o ônus que a privatização assume por não poder utilizar do poder de polícia. A única situação que é constitucionalmente permitida é a perda do direito da liberdade do apenado pela aplicação do *ius puniendi* (PASTORAL CARCERÁRIA, 2014, p. 35).

Por fim, nada mais empírico que realizar uma entrevista com os próprios apenados, com intuito de averiguar o peso do ambiente carcerário e o peso da mudança para uma penitenciária sob gestão do agente privado. Na penitenciária sob regime da parceria público-privada de Ribeirão das Neves, os presos demonstraram insatisfação com o tratamento na unidade, de forma que eles identificam a transferência como medida de castigo. Todo atendimento é realizado com algemas, bem como o banho é coletivo e fora das celas e a maioria dos entrevistados gostaria de voltar para as unidades prisionais do Estado (PASTORAL CARCERÁRIA, 2014, p.102-103).

E) A mão de obra de um presídio privatizado é altamente criticada sob ao menos três aspectos. O primeiro deles é existe pela própria natureza da terceirização de atividades-meio. É que com a terceirização de alguns serviços, há alta rotatividade de funcionários, que podem ser facilmente demitidos caso pratiquem alguma falta grave, diferentemente de um agente público que possui estabilidade. Resultado disto, é que os salários dos funcionários são até quatro vezes mais baixos que os dos agentes públicos. Em relação a isso, percebe-se que há, na verdade, uma precarização do trabalho que está no seio da privatização/terceirização das penitenciárias. Outro aspecto diz respeito à baixa formação dos funcionários contratados, uma vez que com a alta rotatividade a formação é feita sem maiores exigências, que deveriam ser indispensáveis em um ambiente penitenciário.

¹⁸ Segundo o Relatório da Pastoral, no Brasil adota-se basicamente dois modelos de gestão das penitenciárias por meio da iniciativa privada: a cogestão e as parcerias público-privadas.

Em visita ao Conjunto Penal de Serrinha – Bahia, penitenciária que tem contrato de cogestão com a empresa Reviver, o diretor informou que os agentes da empresa contam com capacitação, com curso de duas semanas, e na recapacitação o curso é de uma semana. Já na Unidade de Tratamento Penal de Barra da Grotta – Tocantins, a formação é feita pelo Estado num curso de 30 dias. Os agentes de controle da Montesinos, empresa com contrato de cogestão no Centro Prisional Feminino de Cachoeiro Itapemirim – Espírito Santo, realizam uma formação de duas semanas. Em visita ao Presídio do Agreste – Alagoas, os funcionários da Reviver, que opera em contrato de cogestão, passaram por 96 horas de formação, enquanto os agentes penitenciários fizeram um curso de 400 horas de treinamento. No famoso Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, que funciona em regime de parceria público-privada, simplesmente não há nenhum agente penitenciário do estado trabalhando na unidade. É de certo incomparável o preparo técnico voltado para a segurança dos presídios, por certo que um agente penitenciário, além do concurso público, realiza uma formação de dez semanas de duração, conforme o Departamento Penitenciário Nacional. Por outro lado, o Ministério da Justiça recomenda um curso de formação de 600 horas, exigência muito além dos funcionários terceirizados (PASTORAL CARCERÁRIA, 2014. p. 52-103).

4.2 A oferta e demanda da violência: o paradoxo da demanda mínima e a semiescavidão moderna

Inserir no espaço intramuros o objetivo de lucro é também alterar a concepção de justiça criminal. Afinal de contas, o objetivo da pena não seria a ressocialização? A Lei de Execução Penal dispõe que o trabalho prisional deva levar em conta a finalidade educativa e produtiva, em seu art. 28. Contudo, o gerenciamento do trabalho penitenciário por empresas passa a ter como fonte de sustentação o lucro, isto porque sem ele não haveria a possibilidade concreta da existência de tal gestão. É perceber, então, que o lucro passa a ser um pressuposto e condição de existência do trabalho prisional nas penitenciárias terceirizadas.

O lucro é, no fim das contas, também um referencial pelo qual se poderia medir o grau de eficiência da empresa, posto que ela passa a receber do Estado conforme a quantidade de presos que ela conseguir “ressocializar”. Mas como é possível tal aferição? Retomamos, outra vez, a questão de que o ambiente criminógeno das prisões não é a única justificativa para a reincidência, bem como a ressocialização depende de múltiplos fatores. É dizer, então, que a ressocialização será medida pela quantidade de produtos que o apenado conseguir fabricar. É reduzir, na verdade, a lógica da finalidade educativa à mera finalidade produtiva. É

pensar e crer que a introdução de movelaria, produção de joias e sapatos na lógica da busca ao lucro vai ressocializar um indivíduo.

Com as prerrogativas do agente privado, o apenado passa a ser submisso no trabalho prisional. Do contrário, parece mais que a justiça criminal no âmbito do sistema prisional está mais interessada em realizar uma gestão de oferta e demanda do crime.

A oferta está relacionada à quantidade de vagas disponibilizadas, considerando o custo para manter cada infrator individualmente. A demanda significa a quantidade de infratores aptos a cumprir a execução da pena. É bem verdade – e dispensa qualquer dado estatístico para comprovação – que as prisões brasileiras operam em déficit, onde tem mais pessoas cumprindo pena do que a capacidade de absorção destas pessoas pelo sistema prisional. Assim, privatizar seria gerir economicamente a oferta das vagas com a quantidade da demanda. Em que pese a necessidade ostensiva de mais vagas nas prisões brasileiras, a lógica que move as empresas é a um só tempo penológico e paradoxal.

A perspectiva penológica é tudo aquilo já dito nos primeiros dois capítulos deste trabalho, ou seja, é continuar insistindo na lógica da punição, de punir mais, de mais dinheiro e mais prisões, sempre sustentando isso com o alibi da ressocialização e combate à violência, como se não fosse a própria prisão estigmatizante e criminógena. O ponto de vista paradoxal é que o pressuposto da própria operação de uma penitenciária privatizada é a necessidade de crime. Não só isso, mas a necessidade de uma demanda mínima. Se a oferta for muito superior à demanda, há o risco de diminuição de lucro, o que obstrui a empreitada. É com esses pressupostos que se quer ressocializar o indivíduo e enfrentar a situação caótica do cárcere (SILVA, 2016, p. 134).

É irracional crer que o sistema prisional pode ser sustentado por uma lógica que necessita do lucro e de mais prisões, onde a mercadoria de troca é o próprio apenado, e ao mesmo tempo acreditar que se vá ressocializar o indivíduo. Onde se pretende chegar no final das contas? Nossa tese para criticar o aspecto paradoxal é que certamente não será o combate à violência o motor da privatização das penitenciárias, pois dela necessita a existência lucrativa das penitenciárias privatizadas. É dizer, em outras palavras: da violência gera-se o lucro. E nossa tese para criticar o aspecto penológico será também retratada no último capítulo do trabalho. É dizer, de antemão, que a privatização é a continuidade do Estado Penal Neoliberal, em que este requer ajuda do ente privado para dar continuidade à sua expansão, incapacitado de seguir sozinho tal caminho por obstáculos financeiros. Em um só momento o Estado consegue se expandir, delegando sua função ao agente privado – o que significa uma

aparente retração – mas ao mesmo tempo significa um aumento da gestão da insegurança pública e da utilização do sistema penal (SILVA, 2016, p. 139).

É efetivamente uma política criminal pautada numa filosofia utilitarista, na qual busca-se, ao menos, encontrar alguma vantagem prática na violência. Se não se consegue combatê-la, deve-se extrair utilidade dela. Não atoa cresce a indústria da prisão, que no contrato firmado entre a Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais e a empresa Gestores Prisionais Associados S/A – GPA, no modelo de parceria público-privada, o valor estimado para a construção e gestão da PPP Ribeirão das Neves custou R\$ 2.111.476.080,00 (dois bilhões, cento e onze milhões, quatrocentos e setenta e seis mil e oitenta reais), com base na cláusula nº 12.1 (MINAS GERAIS, 2009).

Outrossim, a crítica à gestão da oferta e demanda recai sobre à própria gestão do trabalho prisional que assume outras feições com a introdução do agente privado. Isto porque é a própria concessionária que pode selecionar o perfil dos apenados, selecionando os mais aptos para os postos de trabalho. É isto que ocorre na PPP de Ribeirão das Neves, que não selecionou idosos para custódia, bem como, os presos em geral são jovens que cometeram crimes sem violência ou grave ameaça e que supostamente estariam mais aptos à ressocialização por meio do trabalho. É, na verdade, uma preferência por corpos mais dóceis, ao passo que os apenados mais “difíceis” ficam à cargo das prisões públicas, num efeito reflexo de melhora das prisões privadas e piora das públicas (SILVA, 2016).

Qual seria o interesse dessas gestoras de mão de obra reclusa? É com o binômio lucro-medo que elas operam. Lucro como critério para selecionar o perfil dos reclusos e como motor para boa avaliação e remuneração. Medo como discurso de ameaça para que aqueles transgressores respeitem o ambiente disciplinar intramuros, sob pena de ser transferido para outra penitenciária, ou de ser enviado para uma prisão pública.

Mas poder-se-ia arguir que o trabalho obrigatório já é norma regulada pela própria Lei de Execução Penal, razão pela qual deve ser seguida tanto em espaço público quanto em espaço privatizado. Contudo, a situação é diferente, uma vez que significa institucionalizar uma dominação do homem pelo homem, em que de um lado há o agente privado na busca pelo lucro e do outro lado há a força de trabalho totalmente despida da liberdade. Não só isso, não havendo nenhum amparo pelas leis trabalhistas, não há autonomia do trabalhador frente à sua remuneração – que é arbitrariamente dividida repartida para Estado e empresas, jornada de trabalho, possibilidade de rescindir o contrato de trabalho, e submetido à uma compulsória subordinação ao agente privado. Assim, a imposição unilateral do trabalho, com usurpação da

autonomia e a inserção de um agente privado que possui o dever de fiscalizar a ordem e o trabalho, beira à uma fórmula moderna de escravidão (SILVA, 2016).

A exploração da força de trabalho parece não se compatibilizar com o discurso aberto da ressocialização, até mesmo pelo ambiente disciplinar austero que há. Nestes termos, interessante notar como foi o debate pela décima terceira emenda constitucional dos Estados Unidos, que traçou um paralelo entre escravidão e prisão. A intenção desta citação é demonstrar justamente onde no país que historicamente utilizou trabalho prisional gerido pelo ente privado, houve também uma certa concepção sobre o alcance da escravidão e sobre como se inseriu na Constituição o trabalho escravo: “Nem a escravidão nem a servidão involuntária, exceto como punição por crime do qual a parte deve ter sido devidamente condenada, devem existir dentro dos Estados Unidos (THE SENATE, 1864, *tradução nossa*) ”.¹⁹

É interessantíssimo notar, ainda que não seja este o escopo principal do presente trabalho, que nos Estados Unidos houve uma certa reforma na escravidão no alcance de sua abolição: somente para homens livres. Assim, fica demonstrada a abertura normativa para a escravidão moderna em homens presos.

Vicky Peláez (2018) entende que o trabalho prisional tem sua raiz histórica na escravidão. Justamente nos estados do sul, onde prevaleceu o sistema escravocrata e agrário, é onde mais se utiliza mão de obra nos regimes fechados e semiabertos, com trabalhos dos presos forçados, em campos de cultivo de grãos, onde no passado a escravidão era legalizada. Hoje em dia, o sistema de justiça criminal explora essa mão de obra nos complexos penitenciários industriais. No mesmo sentido, Firas Nasr (2017) recomenda ao Federal Bureau of Prisons a revisão total das condições contratuais para eliminar qualquer possibilidade de trabalho forçado nas instalações privadas. Sua crítica também alcança a eliminação dessa forma de trabalho nas penitenciárias públicas, bem como considera que a privatização diminuiu a qualidade dos serviços sem diminuir os custos. Acredita, ainda, que as empresas preocupadas com as implicações éticas do trabalho prisional possam encontrar alternativas ao trabalho prisional ou, ao menos, possam garantir padrões mínimos de dignidade salarial e condições para o trabalho prisional, ainda que reduza seus custos, que não deve se sobrepor às condições carcerárias dos apenados

¹⁹ “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States.” Esta é versão originalmente aprovada pelo Senado dos Estados Unidos. Atualmente está em vigor uma versão similar, em que foi acrescentada a expressão “or any place subject to their jurisdiction”, que apenas quer dizer que não haverá escravidão nem nos Estados Unidos nem em qualquer outro lugar sujeito à sua jurisdição. Em ambas as formas, contudo, está delimitado o alcance da abolição: somente para homens livres.

É, certamente, um diagnóstico interessante que faz pensar uma relação intrínseca entre abolição da escravidão e abolição da prisão, bastando lembrar das análises sobre punição e estrutura social e de cárcere e fábrica, realizadas no segundo capítulo desse trabalho. Não se pretende chegar à conclusão de que a privatização das penitenciárias é uma institucionalização da escravidão, mas é possível afirmar que há razão suficiente para desacreditar na relação simbiótica entre público e privado, entre prisão e empresas.

4.3 Função econômica da pena: redução do público ao privado

O fenômeno da privatização das penitenciárias passa também por uma série de questões de ordem da Filosofia Política, uma vez que no cerne do Estado Moderno esteve desde sempre o monopólio legítimo da violência por parte do Estado. É bem verdade, contudo, que essas teorias estão de certa forma ultrapassadas, pois o Estado-Nação não apresenta mais a soberania de outrora, em decorrência do capitalismo global. A questão, contudo, torna-se intrínseca à própria atividade jurisdicional, uma vez que com a privatização ocorre um risco maior de ruptura do monopólio da violência, bem como a privatização do direito penitenciário (FARIA, 1992, p. 119).

A lucratividade trazida pela gestão da atividade penitenciária faz com que esta passe a ser entendida menos ainda como uma atividade jurisdicional, passando a ser identificada mais como uma atividade administrativa, passível de concessão e licitação. É na verdade um tema ainda mais intrigante para constitucionalismo e administrativistas, mas sem dúvida se põe no centro da questão para o direito penal. É que no dualismo entre privatização e estatização das penitenciárias (cuja comparação não é o escopo deste capítulo), limita-se à uma análise muito pobre acerca da realidade criminal, pois parece ser um duelo entre quem tem o monopólio legítimo e quem tem a máxima eficiência da gestão. Inclusive, a respeito disso, demonstra-se dialeticamente no capítulo seguinte qual será a proposta do autor para estabelecer uma síntese histórica de tal dialética (FARIA, 1992, p. 119).

Ao que parece, a Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988) foi clara ao afirmar que a segurança pública é dever do Estado, que a exercerá por meio das polícias civis, militares e federais, conforme o artigo 144. De outro lado, a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) brasileira dispõe no artigo 2º que a jurisdição penal dos juízes e tribunais de justiça será exercida no processo de execução de acordo com a lei. Parece evidente que a execução penal é atividade jurisdicional e, portanto, própria do Estado. Mas a doutrina não encontra consenso, entretanto.

Segundo Mirabete (2018, p.1-4), a execução penal é um sistema normativo complexo pois se encontra alinhado em três origens. De um lado é direito penal substancial, pois relacionado ao direito subjetivo estatal de castigar, correspondente à orientação filosófica mais próxima de Max Weber ao titular o Estado como detentor do direito subjetivo da violência. Por outro lado, é também direito processual penal, pois a execução penal é vinculada à consagração do título executivo decorrente da sentença criminal. Por fim, é também – ou somente - direito administrativo, pois relaciona as providências de execução da pena. Inicialmente, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) considerou a execução penal como processual no que tange aos incidentes de execução e administrativa quando relacionadas às providências das autoridades penitenciárias.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (1987, p.7), a execução penal é atividade complexa dentro da qual participam necessariamente dois poderes: o Judiciário e o Executivo, em conformidade com os estabelecimentos prisionais e demais órgãos jurisdicionais. Assim, há dois planos nítidos que se entrosam no chamado direito penitenciário, o que faz com que tenha um caráter nitidamente híbrido. Ademais, deve-se superar a crença de que o direito da execução penal está restrito à uma atividade meramente administrativa, mas assim, trazer-lhe autonomia científica e institucional necessária, dada a impossibilidade de sua submissão ao direito processual penal e administrativo. É, pois, deste ponto de vista inovador que surge a Lei de Execuções Penais.

Mas retomamos o impacto da privatização *lato sensu* em torno do direito penitenciário. Já em 1992 o trabalho do professor da USP José Eduardo Faria (1992, p.116) mostrava a apropriação patrimonial das funções públicas naquela década que ficou marcada, sobretudo aqui no Brasil, pelas privatizações. O autor demonstra que neste novo processo de gestão do delito a palavra da ordem virou a economicidade, baseada no binômio custo/eficácia, rodeado tanto de conceitos indeterminados quanto de uma retórica “emotivo-fabuladora”. Sobretudo o empresariado que advoga a privatização aproveita-se do descrédito da figura do político e da política em contraste com o aumento da crença no empresário e empresariado, construindo no imaginário popular que as penitenciárias geridas pelo setor privado seriam equivalentes à hotéis bem servidos ou então como fábricas-modelo, que iria aproveitar o trabalho prisional.

Contudo, conforme já demonstrado, em se tratando das parcerias público-privado, tal privatização não corresponde necessariamente ao enxugamento do Estado. Muito pelo contrário. É incabível a existência de um modelo em que o apenado possa escolher para qual presídio ir e pagar um preço por uma penitenciária melhor. O que ocorre é que o Estado

continua investindo, pois não se entrega tudo nas mãos do agente privado. O que ocorre então?

O professor José Eduardo Faria (1992, p. 118) afirma que a privatização das penitenciárias abre porta para uma espécie de feudalização do Estado. Isto é, transformar homens em mercadorias e converter, numa ética utilitarista elevada, mão-de-obra presa em operários obrigatórios (ainda que não compulsivamente), significa desprezar toda a criação do Estado Liberal, que foi exatamente a forma pela qual conduziram-se as revoluções burguesas contra o Antigo Regime e o sistema feudal. Isto porque esteve no cerne do Estado Clássico o monopólio do uso da força, que agora encontra-se em vias de ruptura pela globalização neoliberal.

Acerca disso, Francisco de Oliveira (1999, p.68) tem uma tese interessante que remonta à privatização do público. Segundo o autor, este fenômeno do ponto de vista filosófico corresponde ao intenso processo de subjetivação da acumulação de capital, da concentração e centralização, cuja privatização das empresas estatais é só o aspecto mais aparente. Trata-se de uma dicotomia entre a publicização do privado que construiu o sistema do Estado de Bem-Estar, que justamente alavancou, contraditoriamente, sua antítese, a privatização do público. De ambas as formas há um grave problema: são esferas interdependentes. A privatização do público é uma falsa consciência de desnecessidade do público, apoiada por discursos retóricos de falência do Estado (e falência de seu monopólio legítimo da violência), reduzindo-o aos interesses privados. Em que pese a privatização das penitenciárias se encontre ligeiramente afastada da dinâmica do capital, em comparação às atividades econômicas que passaram a ser exploradas pela iniciativa privada, não se pode deixar de investigar este aspecto, uma vez que é incabível a introdução das empresas na gestão dos presídios sem que estas auferam lucro, pois impediria sua reprodutividade. Ainda mais inegável é a fala da desnecessidade do público, quando se trata da parceria público-privada, uma vez que o Estado continua tendo altos gastos com os presídios.

Mas não se trata obviamente de criticar a postura de privatização das atividades típicas do Estado, para defender a estatização das penitenciárias, posto que toda a bibliografia utilizada e a metodologia impedem tal defesa. O welfarismo penal também é passível de crítica, pois da mesma forma empreendeu um inchaço estatal, que do ponto de vista penal não é benéfico. Por outro lado, a delegar à iniciativa privada a gestão dos presídios configura uma paradoxal ruptura, em que por um lado o sistema penal tende a se retrair na figura do Estado, mas que por outro lado se expande na figura do empresário. Isto tudo porque na medida em que o Estado se desonera da execução penal criam-se problemas de ordem político-partidária,

como o *lobby*, bem como cria-se um mercado enorme em torno da criminalidade, que gera efetivamente milhares de emprego, mas numa cadeia em torno do lucro extraído do sistema prisional, que, portanto, somente pode existir enquanto houver altas taxas de violência e de encarceramento (SILVA, 2016, p. 139).

Ressaltamos outra vez, a privatização das penitenciárias é incomparável com outras formas de privatização. Há um limite na ética utilitarista da eficiência e economicidade. São situações diversas entre privatizar aposentadorias, pois estas envolvem valores majoritariamente monetários, e privatizar presídios, posto seu caráter ímpar, pois envolve seres humanos e questões morais. Ora, a fonte de receita dos presídios privados só poderá ser o homem preso. Ainda que se possa afirmar que sempre existirá crime ou que em qualquer sociedade sempre houve crimes, e que não seria perverso retirar alguma utilidade disto, não se pode chegar ao estopim de necessitar de presos para lucrar, pois a atividade motora do empresariado sofre problemas econômicos como variações de mão-de-obra, diferenças na oferta implica nos preços dos produtos e serviços, bem como é guiada pela demanda, que são problemas intrínsecos à exploração do capital. É dizer, nestes termos, que quanto mais presos, mais lucro, ou então que penas mais extensas garantirão mais estabilidade ou mais segurança financeira, que penas de curto prazo. É dizer também que a mídia punitiva e o populismo penal das autoridades serão discursos que garantirão mão-de-obra para as empresas, ao passo que medidas descriminalizadoras e de minimalismo penal serão obstáculos econômicos para as empresas, seja em maior ou em menor escala (SILVA, 2016, p. 140).

Assim sendo, como entender a função econômica da pena? Primeiro, é fazer uma divisão necessária. É que a prisão é uma instituição de controle social, que não pode se confundir com a empresa, que é uma instituição econômica da estrutura social. Não pode haver uma lógica mercadológica nas prisões, como ocorre com o mercado de interesses por transferências de presos entre diferentes unidades. Ora, a prisão privatizada passa a ser um referencial para dar margem aos lucros econômicos, numa forma em que se passa a introduzir critérios econômicos para garantia de direitos.

Não há só uma falácia a respeito da redução de custos, isto porque não é possível comparar simplesmente as prisões públicas com as privadas, posto que elas possuem realidades tão díspares, com operacionalidade distintas. Muito embora a Pastoral Carcerária e diversos outros estudos têm demonstrado que os custos das prisões privatizadas são superiores, mas isto porque também são efetuados mais serviços nesses estabelecimentos.

Assim, esta é a lógica que parece comandar a gestão do sistema prisional, como bem disse o historiador maranhense Wagner Cabral (2014, 45-47) “se Pedrinhas é inviável,

transforme-se Pedrinhas num bom negócio: Pedrinhas \$.A!”. Essa lógica penal – ou penologia – comanda a concepção da segurança pública, onde se aumenta o orçamento ao sistema prisional sem resultados práticos realmente evidenciados. Assim, o Estado gasta mais com serviços terceirizados nas penitenciárias, mas investe mal, sem transparência nem controle social, preocupado com redução de custos totais, ocasionando uma verdadeira precarização dos serviços. No Maranhão, onde o complexo penitenciário de Pedrinhas tem serviços terceirizados, os gastos aumentaram 93,5 % de 2004 a 2012, muito embora a taxa de homicídio aumentou em 122,2%. O historiador conclui, ainda, que o aumento da violência e o aumento de gastos com segurança pública andam juntos numa simbiose interessante: se não se consegue combater a violência com as prisões – admissão da falácia da ressocialização – transformemo-las então numa fonte de lucro.

A terceirização inserida nas penitenciárias é fruto de uma política neoliberal, que passa a conceber o direito à serviço da economia. Não por acaso, a terceirização de Pedrinhas foi alvo de críticas pelas péssimas condições de trabalho do pessoal terceirizado, pela inexistência de concurso público e, inclusive, a comida ofertada era sempre objeção das rebeliões. É na verdade, pensar numa concepção global de sistema de justiça criminal: como se pode entendê-lo? (CABRAL, 2014, p. 45-47)

Retornamos à Agamben (2004), para quem a criação de um Estado permanente de Exceção se tornou uma das práticas dos Estados democráticos contemporâneos. A justiça criminal é na verdade um campo de gestão do medo e da insegurança coletiva, a partir da qual se produzem discursos de Lei e Ordem centrando sempre nas velhas práticas de mais policiais, mais prisões, mais penas e, portanto, mais dinheiro. É na verdade, uma técnica de poder pautada numa lógica de exceção, que ganha admiradores e adeptos, tanto do espaço acadêmico e político, quanto das massas dos eleitores.

Por outro lado, retomando a PPP de Ribeirão das Neves, demonstra-se no aspecto prático a função econômica da pena. A pena passa a ter como objetivo a extração do lucro, sendo parâmetro de referência. Assim, a cláusula nº 14 do Contrato firmado entre a Concessionária GPA S/A e a Secretaria de Estado de Defesa Social dispõe que a remuneração feita pelo poder concedente será de três formas: contraprestação pecuniária mensal, parcela anual de desempenho e parcela referente ao parâmetro de excelência. O que significa estes termos? Ora, de antemão, o objetivo do contrato é que o Estado remunere o ente privado pelo serviço prestado, de construção e gestão da penitenciária. Não só isso, deverá o Estado remunerar o ente privado pela sua eficiência de gestão, razão que motiva o vínculo jurídico entre o público e o privado. Assim, a parcela anual de desempenho é a remuneração

qualitativa paga pelo Estado à empresa pelos serviços prestados como assistência social e jurídica. Por fim, a parcela do parâmetro de excelência é a remuneração pela ocupação do tempo do sentenciado com o trabalho remunerado (MINAS GERAIS, 2009).

Assim, parece evidente que quanto mais presos trabalhando para as empresas gestoras das unidades prisionais, maior será a remuneração da concessionária, o que lhe garantirá um extra. Assim, para sair do estado de coisas inconstitucional, onde nas prisões públicas falta trabalho para o apenado, cria-se uma fórmula jusmatemática para apurar o *quantum* de lucro receberá aquele que gerir o trabalho prisional, movido pela busca pelo lucro que sustentará o sistema prisional. É, de um ponto de vista crítico aqui traçado, buscar uma fórmula perversa na tentativa de solucionar a crise, em que se confunde mão de obra barata (com a mesma problemática do século XIX) com trabalho supostamente ressocializador.

Portanto, o negócio do crime e os imperativos éticos não parecem ser compatíveis. Ao contrário, a compatibilidade se dá com a própria ética utilitarista, que enxerga apenas o benefício de ter melhores serviços prestados pelo agente privado, que pelo Estado. Não se nega a melhoria de serviços nem a rapidez com que se poderia construir novos estabelecimentos, ainda que se possa criticá-los sob vários aspectos técnicos, posto que não correspondem à uma garantia de ordem e segurança absolutos, mas certamente critica-se seus pressupostos (liberdade de exploração, prerrogativas do agente privado, delegação da atividade jurisdicional), seus métodos (mão-de-obra obrigatória para fins de ressocialização e criação de mercado em torno da pena) e suas consequências (*lobby*, populismo penal, violação às garantias individuais, consagração de uma penologia neoliberal), sem pretender com isso esgotar as fontes das críticas.

5 UMA PRÁXIS METODOLÓGICA DO ABOLICIONISMO PROGRAMÁTICO: A justiça restaurativa

Para bem da proposta metodológica traçada, buscar-se-á neste capítulo um desenvolvimento dialético do tema. Contudo, cabe antes relembrar alguns pontos principais do rigor metodológico apresentado.

Se por um lado a lógica formal, que permeia as ciências e a filosofia em geral, considera o objeto de estudo em um estado de repouso, estático e, portanto, limitado, a dialética demonstrou ser uma teoria do conhecimento ou uma forma especial de investigar. Isto porque a dialética pretende buscar a contradição interna de cada ideia, de forma a apresentar o objeto de uma maneira total e dinâmica. O materialismo dialético, seria a concepção segundo a qual a contradição das ideias seriam reflexo do movimento natural das coisas, o que incorre em dizer que o seu diametral oposto é afirmar que as contradições estão nas ideias. Assim, o materialismo dialético pretende demonstrar como o aspecto material é determinante para a construção do plano das ideias, ao contrário da dialética idealista, que pretende demonstrar como o plano das ideias é que são determinantes para a configuração do plano material (THALHEIMER, 1979, p. 27-37).

De outra forma, Karl Marx (2008, p. 27) entendeu que não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas, inversamente, o seu ser social que determina a sua consciência. É bem verdade que outra forma de exprimir essa afirmação é que a base estrutural da sociedade corresponde às formas de produção material, sobre a qual erigem as superestruturas jurídicas e políticas. Utilizando-se tal metodologia para investigar o fenômeno penal, pode-se entender que, a seu modo, o sistema penal é uma construção jurídico-política que sempre teve uma base a que lhe correspondesse. Assim, reafirmamos o disposto no primeiro capítulo desta obra, ao afirmar que o controle penal deriva de um sistema de produção que lhe é correspondente.

Assim, o objetivo da utilização da metodologia utilizada por toda esta obra consiste num aspecto central, qual seja, o de inicialmente verificar as contradições internas do sistema penal operante, e de posteriormente admitir o deslocamento do elemento fundante da pena do *ius puniendi* para o *potestas puniendi*. Assim, assume-se que as teorias justificacionistas da pena – a prevenção e o retribucionismo – não fornecem uma crítica científica do direito penal, sendo sempre subordinadas ao sistema de produção vigente a cada época. Ao contrário, assumir uma teoria agnóstica da pena faz entender que não há direito de punir *per se* mas que há, na realidade, um poder de punir que é justificado posteriormente pela

dogmática penalista, a qual serve de instrumentalidade para a retroalimentação do *potestas puniendi*. Assim, a base metodológica das teorias justificacionistas da pena, amplamente divulgadas na doutrina penal, estiveram sempre embebidas das teorias da consensualidade enquanto forma de análise das formas materiais de produção. É também por isto que se nega a armadilha da fundamentação consensualista, pois parte de uma suposta neutralidade de análise da sociedade, que legitima a existência do Estado para atuar contra o infrator, com o objetivo de restabelecer a paz. Desta forma, se os pressupostos são negados, a conclusão também o será (CARVALHO, 2013, p 158).

É por tal razão que se critica sobretudo a capacidade científica da dogmática jurídico-penal em construir novos referenciais para uma atuação ética e social voltada para a redução da violência, da hiperpunitividade e do encarceramento massivo.

Frente às dificuldades em realizar alternativas penais concretas e satisfatórias, surge a necessidade em se estabelecer um contraponto central à penologia. Na realidade, trata-se também de uma orientação de rigor metodológico, uma vez que o materialismo histórico-dialético é pautado pela dupla negação, ou seja, a negação da negação (THALHEIMER, 1979, p. 59). Impõe-se dizer que se trata de uma antítese necessária à tese principal. Se se buscou com a racionalidade jurídico-penal trazer critérios objetivos de validade do uso do sistema penal dentro da ótica da penologia – que se traduz como lógica da prisão – é necessário fazer o contraponto com a pedagogia – que se traduz aqui como a dialética da responsabilidade. Assim, pois, demonstrado como lógica e dialética se contradizem no sentido metodológico, tal qual se demonstra que as contradições inerentes da penologia podem servir de subsídio para construir novos referenciais para as ciências criminais: um sistema de responsabilidades.

5.1 Do desmonte do discurso jurídico-penal ao abolicionismo programático

Seguindo a metodologia traçada, deve-se, ainda, ter a preocupação com a práxis, uma vez que não se trata somente de produzir críticas sem produzir um conhecimento capaz de alterar a realidade dominante. Nestes termos é que Frigotto (1991, p.) explica que para o materialismo histórico-dialético o mais importante é a produção de um conhecimento crítico que transforme a realidade anterior, tanto no plano do conhecimento como no plano histórico social. Desta forma, a reflexão deste capítulo é uma necessária continuação metodológica do que até então foi explanado, uma vez que partindo das contradições internas do sistema penal, produz-se um conhecimento ativo, que não só ajuda a entender ainda mais a realidade, como também proporciona transformação social.

Assim, inicia-se retomando brevemente a crítica ao sistema penal a nível discursivo. Após isso, constrói-se uma revisão bibliográfica acerca dos elementos centrais do abolicionismo penal.

É de posse do insustentável arcabouço discursivo sobre o sistema penal que deriva o abolicionismo penal, sem contar também com outras manifestações teóricas como o garantismo penal e o realismo penal de esquerda, feminismo penal, dentre tantas outras formulações teóricas. O abolicionismo penal é, contudo, a mais radical crítica penal (ACHUTTI, 2016, p. 92).

Louk Hulsman é, sem dúvida, um dos maiores expoentes do abolicionismo penal a nível global, razão pela qual é imprescindível a citação deste autor, bem como a retomada daquilo que foi exposto brevemente ainda no primeiro capítulo desta obra: a natureza do delito. Ao todo, seis pontos são principais para entender o autor. Partindo de uma análise sociológica e longe das amarras dogmáticas da doutrina penalista, o autor advoga a ideia de que não existe uma realidade ontológica do crime, ou seja, o fundamento metafísico do crime é puramente retórico, posto que o delito é um constructo social, situação pela qual também é passível de sua desconstrução. O delito como ontologia e dado natural seria o principal pressuposto da justiça criminal tradicional. Do ponto de vista da ciência política, ainda, o autor refuta as teorias contratuais que inauguram a modernidade a partir de um pacto social fundador do Estado soberano. Isto porque o contratualismo faz derivar a necessidade da consensualidade que é premissa necessária para a operação do sistema penal, pois a infração passa a ser identificada individualmente ao afetar toda a coletividade unida em um pacto, daí surgir a ansiedade pela retribuição punitiva (HULSMAN, 1989, p. 88-94).

Além disso, entende o autor pela necessidade de uma renovação lógica da epistemologia e gramatical do vocabulário penal. Isto porque é necessário superar a linguagem convencional carregada de significados pejorativos e de discursos racionais do sistema penal. Assim, a mudança da linguagem pode ser considerada um instrumento importante para a superação da lógica penológica hegemônica, pois traria a necessidade de reflexão e de construção de novas categorias em substituição ao crime, criminoso, criminalidade, política criminal etc., por pertencerem ao dialeto penal. É bem verdade, contudo, que a mudança singular do vocabulário não altera a lógica por detrás do significante. É por essa razão que se trata, então, de uma dupla renovação (HULSMAN, 1997, 95-97).

Tais formulações teóricas-base levariam o autor a enxergar a realidade com outra pedra angular, situação especial que cada um deveria reproduzir dentro de si. Uma vez que a abolição alcançaria não somente a pena, mas todo o sistema penal. Logo, de posse de tal

alcance, cabe ao sujeito interpretar sob novo enfoque as situações cotidianas. Mas essa não é uma tarefa simples nem para teóricos. É que se deve mudar inclusive a concepção sobre a sociedade, pois esta é a verdadeira base sobre a qual incide o sistema penal para tutelar bens jurídicos. Do ponto de vista catascópico, a criminologia tradicional apenas enxergou uma ponta do iceberg que é a sociedade, posto que faz um tratamento jurídico-formal dos seus problemas a partir de um marco de interpretação penal. Por outro lado, é possível abandonar este marco conceitual, rumo à uma visão anascópica, construindo novos marcos sociais de controle social, como o compensatório, terapêutico, conciliatório e educativo (HULSMAN, 1989, p. 99).

Desta forma, conclui o autor que sob o novo prisma hermenêutico, seria possível entender que ao invés de existirem delitos, existiriam apenas situações problemáticas. Assim, com a desconstrução da estruturação legal da categoria delito, o indivíduo despertaria uma interpretação livre. É exatamente por isto que outro ponto surge: a necessidade de particularização dos delitos, uma vez que haveria a supressão das normas públicas. Desta forma, à medida que se exclui a resposta jurídico-penal, aumenta-se a participação dos principais envolvidos na relação conflituosa (HULSMAN, 1989, p. 77).

De Folter, por outro lado, apresenta uma característica ímpar, da qual este trabalho acolhe integralmente, ao pensar no abolicionismo penal como método central, elaborado de diversas formas por diversos autores. A partir do giro hermenêutico operado por Heidegger – a partir do qual o método não pode ser visto como um instrumento utilizado para compreender uma determinada realidade pré-determinada – o autor enxerga que os objetos do método abolicionista não são, da mesma forma, dados naturais, concluindo que o abolicionismo se opõe à metafísica platônica. Desta forma, cada autor focará em um aspecto próprio de seu método, de tal forma que Hulsman indicou, ainda que simplificada, um método fenomenológico, ao passo que Foucault centrou seu método no estruturalismo e Thomas Mathiesen, por sua vez, fez do abolicionismo um materialismo marxista (DE FOLTER, 1989, p. 59-60).

Analisando Hulsman, De Folter (1989, p.67) explicará que para aquele autor os estudiosos tomam por verdade aquilo que é somente método, ou seja, há uma confusão nas ciências entre objeto e método. Do ponto de vista das ciências criminais, haveria tão somente situações problemáticas (conforme mencionado alhures), de forma que a perspectiva jurídico-penal, por meio do processo de criminalização, criaria uma roupagem de ideias. Na realidade, o que enxergamos não é exatamente o objeto, mas sim sua manifestação. O crime seria, portanto, a manifestação do ser que há na situação-problema, própria do método penal. Não

haveria necessidade da monopolização do método penal para enxergar a realidade, mas ao ocorrer isto, comete-se o erro da reificação do delito. Assim, Hulsman operou um método abolicionista-fenomenológico, ao propor o descarte dos esquemas de interpretação reducionistas – que alcançam uma manifestação da realidade e a reduzem à somente uma forma de interpretação - substituindo-os por outro com maior grau de sensibilidade e responsabilidade social.

Nils Christie (1989, p.128-129), por sua vez, ataca centralmente o caráter binário e dicotômico do sistema penal, ao operar sobre uma base altamente simplista de contradições como vítima-ofensor, culpado-absolvido, crime e licitude, preso-livre. Desta forma, a lei penal serviria como forma jurídica de categorizar os atos e as pessoas, por meio de um processo de separação de categorias correlacionadas. Com isto, forma-se um completo aparato jurídico-estatal que manifesta de forma reduzida a complexidade das relações humanas.

Um primeiro aspecto deste sistema binário, é que ele tende a focar mais em atos do que em interações. Isto porque o sistema penal necessita simplificar as formas humanas para poder identificá-las individualmente. Significa que quanto mais elementos existirem no detalhamento fático, mas difícil será a individualização categórica, logo os atos são reduzidos a um ponto no tempo, em vez de serem enxergados como processo no tempo. Esta é, segundo Christie (1989, p.129-130), uma técnica jurídica criada para descartar a responsabilidade social, centrando-se somente na responsabilidade individual. No processo penal garantista, ocorreria somente uma contextualização do fato típico em suas circunstâncias sociais e pessoais do infrator como forma de pleitear um grau menor de pena, mas sem a possibilidade de excluí-la e, portanto, sem abandonar o caráter binário.

O segundo aspecto deste sistema baseado em dicotomias, é que justamente por focalizar na individualização categórica, ele centraliza sua ação nos sistemas biológicos, renegando os sistemas sociais. Esta é a explicação pela qual o psicólogo e psiquiatra sempre foram os transportadores do saber científico para auxiliar o papel da jurisdição penal, em vez de levar em consideração historiadores e sociólogos. É que a biologia em geral e uma parte da psicologia lidam em geral com seus objetos de estudo de forma isolada e experimental, individualizando-os, ao passo que os sistemas sociais analisados pelas ciências sociais poderiam diluir a culpabilidade em vários fragmentos da sociedade, inviabilizando a punição do infrator (CHRISTIE, 1989, p. 130-131).

Por fim, outros pontos principais do abolicionismo de Nils Christie envolvem a crítica contumaz à apropriação estatal dos conflitos, com uma excessiva profissionalização e formalidade na gestão dos conflitos e a busca por alternativas penais. O autor advoga um

sistema descentralizado, em que os atores principais de tal sistema não sejam terceiros imparciais, agentes altamente tecnicistas e formais, mas pelas próprias partes envolvidas no conflito. Se a modernidade logrou dar ao Estado o monopólio da coação legítima, por outro lado fez uma subtração da gestão dos conflitos pelas pessoas, entregando-os erroneamente ao Estado. Do contrário, necessário realizar uma leitura vitimológica, deslocando a atenção do ofensor para a vítima, que deveria assumir papel de protagonista na conciliação. Por fim, acredita na possibilidade de construção de um modelo jurídico alternativo, com tribunais comunitários, cuja razão de ser estaria na maior proximidade com a comunidade em que estão inseridos (ACHUTTI, 2016, p. 108).

5.2 Repensando o paradigma do Direito Penal: da penologia à pedagogia

É bem verdade de que não há nenhum consenso a respeito do que significa o vocábulo penologia²⁰. Não se trata, obviamente, de um mero estudo acerca das tipologias das penas ou do estudo de seus fundamentos. Entretanto, a penologia é parte substancial das ciências criminais que investigam a manifestação da pena. Assim as revoluções clássicas que promoveram uma modernização do direito penal são formas de tratamento da penologia. Muito embora ainda se façam presente nos manuais acadêmicos ou nos princípios penais legislativos, esse eixo fundamental da pena não mais parece vigorar. Trata-se de uma nova penologia, que guarda muita correlação com o modernismo penal tardio, pois ambos floresceram ao longo da década de 1980. Feeley e Simon (1992, p. 450) descreveram as principais características dessa nova penologia, que tratamos de abordar como referência teórica para analisar a privatização das penitenciárias, são elas²¹:

1 - A emergência de novos discursos: em particular, a linguagem da probabilidade e risco crescentemente substitui os anteriores discursos de diagnóstico clínico e julgamento retributivo.

2 - A formação de novos objetivos para o sistema: os objetivos que nós temos em mente não são simplesmente novos para o sistema (alguns deles tem velhos

²⁰ Desconsideramos aqui eventuais considerações que há a respeito das origens e significados dos vocábulos penologia e penologia.

²¹ 1. The emergence of new discourses: In particular, the language of probability and risk increasingly replaces earlier discourses of clinical diagnosis and retributive judgment.

2. The formation of new objectives for the system: The objectives we have in mind are not simply new to the system (some of them have old antecedents) but are in some sense newly "systemic." We are especially interested in the increasing primacy given to the efficient control of internal system processes in place of the traditional objectives of rehabilitation and crime control. Goals like reducing "recidivism" have always been internally shaped in important ways (Maltz, 1984), but in the contemporary setting the sense that any external social referent is intended at all is becoming attenuated.

3. The deployment of new techniques: These techniques target offenders as an aggregate in place of traditional techniques for individualizing or creating equity (FEELEY; SIMON, 1992, p. 450)

antecedentes), mas são, em algum sentido, recentemente sistêmicos. Nós estamos especialmente interessados no crescimento primário dado ao controle de eficiência do sistema de processos internos no lugar dos tradicionais objetivos da reabilitação e controle do crime. Objetivos como reduzir a reincidência, sempre foram internamente moldadas em importantes formas (MALTZ, 1984), mas no cenário contemporâneo a sensação de que qualquer referente social externo é pretendido está se tornando atenuado.

3 - A implantação de novas técnicas: essas técnicas têm como alvo infratores como um conjunto, no lugar de tradicionais técnicas para individualização e criação da equidade (FEELEY; SIMON, 1992, p. 450, *tradução nossa*)

Disto compreende-se, ao menos, duas situações. Primeiramente, a linguagem penal passou (e ainda passa) por transformações, de forma que o eixo neoliberal trouxe como substrato as fundamentações penais. Inclusive em decorrência do fracasso das tentativas de intimidação e de ressocialização, abandonou-se atualmente a utilização justificacionista da pena baseada em diagnósticos clínicos e readaptação, passando para a ordem da eficiência neoliberal.

A penologia atual trouxe um encarceramento em massa, baseado em políticas criminais de tolerância zero, de combate ao terrorismo e de combate às drogas. No campo discursivo, prevalece atualmente a eficiência como retórica argumentativa de peso para justificar de maneira contemporânea a utilização em massa do sistema penal. Esse é o estágio em que se encontra o Brasil atualmente, uma vez que desde a década de 1990 este país encontra-se em uma vertiginosa escalada da população prisional (SANTOS, 2017, p.29)

Outra situação é a renovação do fundamento da pena, razão pela qual estamos abordando o neoliberalismo. A nova penologia trouxe uma separação do fundamento da pena de quaisquer discursos de ordem filosófica, bem como trouxe um distanciamento do funcionamento da pena em relação à uma base ética e uma aproximação com a política partidária. Assim, o populismo penal passou a ser uma faceta dessa nova penologia, pois imbrica no imaginário social uma sensação de segurança pública alcançada por discursos autoritários, de forma que a política criminal é mais realizada pelos partidos do que pelos criminólogos e juristas especializados. Por outro lado, à medida que a direito penal operou num divórcio com a filosofia, se aproximou da economia, numa visão de gestão pública eficiente. Essa é outra razão pela qual se consegue perceber essa nova penologia. Contudo, uma questão persiste, que é a de que se há algum limite ético que possa frear a racionalização neoliberal aplicada ao sistema penal (SANTOS, 2017, p.36-40)

É dizer que a razão ética de natureza humanista foi substituída por uma razão administrativa que preza pela eficiência. No momento atual de depredação do sistema carcerário, é que se legitima ainda mais a razão econômica por questões orçamentárias. É que

o sistema penal encontrou seu próprio limite e precisa encontrar a solução para continuar sua sobrevivência. O mesmo sistema legitimado por discursos autoritários e punitivistas passou a expandir-se cada vez mais, a ponto de não encontrar mais substrato financeiro para continuar com sua lógica (penológica). Daí que a privatização das penitenciárias surgiu como fórmula fundamental da qual se entende duas coisas principais.

É a privatização das penitenciárias uma lógica paradoxal. Isto porque trata-se de uma lógica de ruptura e de continuidade. A ruptura consiste em proceder à minimização do Estado, passando a atuar as empresas em uma área até então restrita ao espaço público. Trata-se, efetivamente, de uma privatização do público. A continuidade, por sua vez, diz respeito à expansão pela qual o sistema penal passa a operar, tal como ocorreu nos Estados Unidos, de forma que mais prisões são construídas para encarcerar mais pessoas, que por sua vez darão lucro às empresas, que necessitarão de um objeto de exploração cada vez mais exigido. Tal objeto não se trata de uma mera superfície física. Nem se trata, é claro, de uma coisa física. Trata-se, a nosso entender, de uma imaterialidade, posto que a fonte de lucro das prisões privatizadas é a restrição da liberdade. Mais que isto, aliado à fonte de lucro vem outros objetos acessórios, como os corpos dos apenados que deverão se submeter ao trabalho obrigatório gerido pelos empresários. É, obviamente, uma perspectiva ética, cuja importância é cada vez menor num espaço neoliberal.

Inclusive, a respeito do neoliberalismo, questiona-se: como se pode explicá-lo levando em conta o contexto traçado nesta obra?

É o sistema penal não pode ser analisado de um ponto meramente normativo e restrito. Antes, o sistema penal deve ser olhado amplamente. É o que se presta a realizar esta obra. E com isso devemos citar Rusche e Kirchheimer quando entendem a correlação que há entre o sistema de produção e o sistema de punição. A mesma ideia é utilizada por Massimo Pavarini, conforme destacamos no capítulo 2. Significa que as relações de produção produzem as forças que incidem sobre o sistema penal, manifestando-se como forças econômicas e sociais, capazes de moldar a intensidade das práticas punitivas (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1999).

Ora, é exatamente o neoliberalismo o responsável pelo discurso da eficiência. Do contrário, podemos pensar em uma ótica alternativa, reaproximando o sistema penal da ética, ou até mesmo propondo um modelo gerencial alternativo ao penal. É exatamente essa a proposta deste capítulo: trazer da tese da penologia a sua antítese da pedagogia.

Antes, contudo, vejamos o que o professor Agostinho Ramalho diz a respeito do neoliberalismo.

O próprio vocábulo “neoliberalismo” traz consigo uma ideia intrínseca de ruptura e continuidade. Trata-se de uma inovação e ao mesmo tempo de um pensamento antigo. Tal pensamento pode ser entendido como um liberalismo clássico, em que foi estruturado sob um tripé, pelos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. A este liberalismo “original” contrapõe-se dialeticamente o neoliberalismo assentado, por sua vez, ao tripé da desigualdade, competição e a eficiência. Vejamos cada um deles conforme o autor (NETO, 2009, p.?).

O liberalismo clássico tinha um propósito específico e sempre esteve relacionado à liberdade contratual, que posteriormente se desenvolveu para aquilo que se pode chamar de liberdade de mercado. Se inicialmente o objetivo era nivelar as partes para contratarem, depois passou a ser entendido como a desnecessidade de interferência do Estado no mercado. A igualdade traria o substrato para justificar a liberdade, uma vez que se tratava de uma igualdade jurídico-formal, cujo objetivo era se opor ao sistema de classes do Antigo Regime. Assim, não se tratava, obviamente, de uma igualdade de oportunidades, mas de um tratamento impessoal conferido pela lei. A fraternidade, por fim, construía o eixo pelo qual se mantinha a orientação do Estado e da sociedade, mantendo-se coesas para manutenção da ordem social (NETO, 2009, p.?).

O neoliberalismo, por outro lado, surgiu muito mais como uma crítica ao keynesianismo, posto que trazia muitos gastos ao aparato estatal e impedia a liberdade concorrencial. Antes de tudo, cabe ao Estado respeitar a desigualdade, pois é a concorrência que promove a prosperidade econômica. Justamente daí deriva a adoração à competição, pois é a mola propulsora do desenvolvimento econômico. Contudo, é uma competição não limitada por lei, mas sim no lugar desta. É uma competição cuja consequência da exclusão social lhe é endêmica. A eficiência, então, viria como retórica argumentativa para justificar a escolha do modelo neoliberal, da qual os fins justificam os meios. Assim, o Estado volta-se para aquilo é mais rápido, ágil e eficaz, despreocupando-se da base ética (NETO, 2009, p.?).

Essa explicação do neoliberalismo correlaciona-se muito bem com a virada punitiva que Wacquant (2011, p.178-179) explicita na mudança do Estado Providência para o Estado Penal, adicionando à tese do campo burocrático de Bourdieu o elemento penal. Isto porque as políticas sociais estão diretamente vinculadas às políticas criminais, logo um movimento pelo sistema penal expansivo e dispendioso (paradoxalmente, reafirmamos) não é uma mera consequência do neoliberalismo, mas antes está imbricado no centro de gravidade ou na essência do próprio Estado neoliberal, razão pela qual abordamos o neoliberalismo. Assim, a polícia, as prisões e os tribunais não são meros instrumentos de reação ao crime, mas

são parte essencial do Estado, fazem parte do seu braço penal, que produz a própria desigualdade e reproduz a nova penologia.

Assim, entendendo-se a correlação entre as práticas político-criminais com as políticas sociais, entende-se que a privatização das penitenciárias é uma proposta que se encontra presa ao paradigma penológico, bem como é expressão de uma política neoliberal. Isto porque ela parte precisamente da crítica à gestão pública das prisões, ao argumento de ineficiência do público e de garantia de melhores resultados do lado privado. Parte de uma ideia de desestatização das prisões, de uma contração do Estado, de contenção de gastos, bem como de alcançar resultados em nome da eficiência, deixando de lado os aspectos éticos. Assim, a privatização mostra-se como uma medida pragmática de continuar paradoxalmente no mesmo paradigma, de insistir na mesma fórmula penológica.

Do contrário, uma resposta crítica não parte da ineficiência do setor público, muito embora admita uma série de irregularidades no setor prisional. Contudo, não se trata primordialmente de falhas no funcionamento, mas antes de tudo de entender seu *modus operandi*. O sistema penal é uma forma de controle social e o sistema prisional é forma prática de promover a exclusão social. Assim, em vez de pensar numa remodelação deste sistema, que promova sua expansão, deve-se pensar, do contrário, numa fórmula que faça de duas ao menos uma: ou sua contração ou sua abolição.

É exatamente a antítese pedagógica que formula um modelo de gerenciamento de conflitos, tendo como base de método o abolicionismo penal, como aspecto crítico de análise do sistema penal.

Trata-se não só de investigar o sistema penal com outros olhos, mas sobretudo de compor um sistema alternativo a ele, ou ao menos que traga uma antítese dialética a ele.

Neste sentido, o modelo pedagógico é a antítese para confrontar a tese penológica do sistema penal. Não se trata apenas de uma penologia crítica, mas, sobretudo, de um conceito além da penologia. A utilização do abolicionismo penal, no início deste capítulo, é justificada outra vez mais. É que somente enxergando este olhar que se pode compreender a pedagogia dos conflitos.

Uma forma de manifestação dessa pedagogia é certamente com a justiça restaurativa, uma vez que esta carrega consigo não só uma mudança de lentes em como enxergar o crime e a criminalidade em sociedade, mas também na mudança da visão retributiva e racionalista que é marcante no modelo penológico. Em vez de enxergar do ponto de vista normativo uma conduta ser tipificada como crime, apta a merecer uma resposta punitiva do Estado, por meio da adoção de regras formais que busquem a verificação da

culpabilidade, a justiça restaurativa busca, sobretudo, a participação dos envolvidos na situação conflituosa, com objetivo de resolução dos problemas, de realizar uma integração entre ofensor, vítima e comunidade. A racionalidade aqui não é técnica, mas sobretudo dialética. O objetivo último não é aferir o grau de culpabilidade, mas inserir a vítima no centro das atenções (SANTOS, 2015, p. 44-46).

Assim, o que se almeja é uma reflexão mais profunda em torno do sistema prisional. É não partir do aspecto normativo nem da pena, mas refazendo um caminho inverso, buscando a origem do crime e a própria existência do por que punir. Muda-se, então, a concepção sobre a sociedade e sobre os conflitos, por meio da ajuda metodológica do abolicionismo penal. Então, passa-se propor novos modelos de justiça social alternativos à justiça criminal.

O cerne da justiça criminal está em tratar com igualdade, submetendo todos à um sistema único de justiça. É bem verdade que mais elementos estão no centro de gravidade deste sistema, uma vez que há uma seletividade dos sujeitos que são atraídos para a esfera criminal. Contudo, inegável que ao tratar de uma ontologia do crime, o sistema penal surge como uma manifestação do poder estatal em manter os bens jurídicos universalmente importantes em uma dada sociedade ou nação. Outro aspecto da justiça criminal é que ela parte do pressuposto do conflito entre as partes, bem como fomenta tal colisão entre interesses opostos. A justiça criminal seria, então, um conflito que obedece a regras. O estopim é, de se esperar, a prisão ou a absolvição do acusado (ROLIM, 2006, p. 235).

A justiça restaurativa, por sua vez, parte de como devemos enxergar os conflitos. Por isso a importância em se utilizar o método abolicionista de interpretação do sistema criminal. Ao invés de enxergarmos os crimes, poderemos enxergar uma situação-conflito, em que ocorre uma violação de pessoas e de relacionamentos. Assim, todo “crime” gera uma obrigação de corrigir erros, o que faz com que a justiça restaurativa coloque no centro não o réu, mas a vítima, trazendo para perto a comunidade na busca de uma solução que promova mais segurança e reparação. Logo, esta forma de justiça não pretende colidir com os interesses, mas trazer pacificação dos particulares, cujo estopim deve ser a reparação do dano social (LEAL, 2014, p.64-65).

Assim sendo, a justiça restaurativa parte da diferença, de que cada caso merece uma particularização, pois também parte não da sociedade e seus valores universais, mas da comunidade e seus laços afetivos. Não administra o conflito com base em uma justiça pública em decorrência da ruptura com o texto jurídico-legal. Ademais, a finalidade da justiça

criminal está em imputar a culpa ao infrator, ao passo que a justiça restaurativa parte da vitimologia para chegar à reparação (ROLIM, 2006, p. 233-239).

5.3 Ecologia das Responsabilidades: uma proposta dialética

Traçar uma proposta dialética não é certamente uma tarefa fácil. Ainda mais quando se trata de uma pesquisa que não encontra muito amparo do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial. Antes, contudo, o que se pensa em fazer é dar uma continuidade natural à crítica à penologia, razão pela qual entendemos que a privatização das penitenciárias é apenas uma medida para assegurar a prossecução desta “lógica” penal, da qual se pretende contradizer, instituindo então um modelo alternativo. A pedagogia é, como dito acima, a antítese necessária, pela qual se promove a análise, enfim, da nossa proposta de abordar a metodologia dialética.

Então, o que se pretende dizer com proposta dialética é, antes de tudo, uma recomendação metodológica, posto que ao pesquisador cabe formular não a solução para os problemas em sociedade – isto deve ser verificado democraticamente na política criminal – mas sim em formular as perguntas corretas. Penso que as perguntas feitas se dirigem à noção do “por que punir? ” E muito frequentemente se respondem com teorias constantemente renovadas que tratam de justificar a punição. Com o crescimento da pauta neoliberal a pergunta acabou derivando para a questão “como punir melhor? ”, num modelo gerencialista dos corpos pela eficiência. Mas ambas as perguntas já partem de um pressuposto necessariamente moderno, do advento da justiça criminal, do monopólio da coerção legítima pelo Estado (ou Estado como fonte única do “direito” à violência como diria Weber), da separação entre moral e direito (WEBER, 2015, p. 63).

Do contrário, esse modelo apresenta uma série de fraturas de ordem teórica e pragmática. Não só, as perguntas parecem saturadas, muito embora a busca pela melhor punição ainda não cessou. Na realidade, privatizar as penitenciárias só comprova isso, que se tenta aperfeiçoar o sistema de justiça criminal para melhores índices. Não que seja de um todo ruim, mas a proposta dialética refuta essas recomendações, pois não há efetivamente uma antítese entre prisões públicas e privadas, pois ambas estão presas dentro do mesmo paradigma penológico. Ademais, em que pese diferenças internas, ambas dialogam e coexistem dentro de um mesmo sistema penal.

Assim, a pergunta que deve ser feita – e para isto é imprescindível a abordagem abolicionista – é, “é possível construir um modelo de justiça para além da ótica burocrático-

retribucionista? ”. É exatamente por isso que se trata de uma dialética. Pois o novo paradigma refuta os pressupostos do anterior, não partindo do monopólio da violência do Estado, criando um vínculo entre moral e direito (razão pela qual se distancia das abordagens juspositivistas), bem como não parte da existência da punição do crime no aspecto normativo.

É que o modelo de justiça criminal está embebido em pressupostos que não mais satisfazem o contexto e a sociedade atual. Segundo Max Weber (1982, p.276-277), a burocracia é uma área de jurisdição oficial que é ordenada pela lei, com atividades regulares e uma estrutura hierárquica. Assim, em espaço burocrático é encarregado por profissionais especializados que devem nortear um trabalho técnico-gerencial. É este modelo burocrático que serviu de base para o direito racional moderno, pois dele derivou essencialmente a clássica divisão entre direito público e privado.

Ora, é o próprio movimento pela busca de penas alternativas que demonstram a tentativa de procurar novos modelos de justiça. Com um grau a mais de novidade, a Justiça Restaurativa é, antes de ser um modelo de aplicação de pena alternativa, na verdade, um modelo de justiça que busca uma alternativa prático-teórica à própria pena. Assim, não se trata de uma pena alternativa, mas de uma alternativa à pena. Em outras palavras, trata-se de uma alternativa à própria penologia (ZEHR, 2008, p. 212-217), portanto, sua necessária antítese.

Vejamos, então, como se estabelece a Justiça Restaurativa, alertando o leitor que o propósito não é investigar o aspecto pragmático, mas sobretudo o aspecto teórico, correlacionando esta justiça do ponto de vista dialético com a justiça criminal.

Em contrapartida ao processo histórico de racionalização, que se encontra maximizado no projeto neoliberal, a Justiça Restaurativa possui uma abordagem diferenciada. Não se trata mais de promover uma padronização de procedimentos num ritualismo burocrático, nem numa divisão acentuada do trabalho. Aliás, a justiça criminal realiza isto com categoria, dividindo a processualística nas tarefas de acusar, de defender e de julgar. Trata-se, na verdade, da manifestação de um sintoma moderno, da construção de uma engenharia de produção da justiça (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2017, p. 272).

Desta forma, o cerne em construir um modelo de justiça alternativo ao criminal, parte necessariamente de uma crítica ao uso dessa força de violência monopolizado pelo Estado. Logo, o intuito é de restabelecer o vínculo entre vítima e ofensor, fazendo com que a comunidade tenha a capacidade de solucionar os conflitos. É bem verdade que os juristas se opuseram à essa concepção por dois motivos principais: primeiro que a comunidade não é dotada dessa capacidade de solução de conflitos, e segundo porque isso violaria todo o

sistema garantista de defesa do réu. Mas a justiça restaurativa não ignora essas críticas, tanto é verdade que advoga em muitos casos a utilização do cárcere para um reduzido número de delitos, bem como entende pela necessidade da defesa formal (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2017, p. 278).

É com base nessa problemática que surge a ideia de uma ecologia de responsabilidades. É que não mais é sustentável que exista um único protótipo de justiça binária que concede a mesma e única resposta penal para diferentes e inúmeros casos: a prisão. De outro modo, a sociedade precisa cultivar diferentes formas de responsabilizar os indivíduos. A ecologia parte da ideia de que se deve advogar pela existência de uma pluralidade de formas de se lidar com um conflito, particularizando as situações. Modelo que se distancia da justiça criminal.

Assim, retoma-se outra vez o abolicionismo programático, uma vez que sua interpretação do sistema penal é imprescindível para elaborar uma ecologia, posto que a abolição da prisão (ou do sistema penal) parte da crítica ao monopólio da violência do Estado. Desta forma, deve-se entender que não se trata de inutilizar as penitenciárias de uma só vez, mas se trata de concentrar esforços em política criminal voltada para uma penologia crítica, dando abertura para uma pedagogia dos conflitos sociais.

Isto tudo porque a Justiça Restaurativa também encontra uma série de óbices, posto se tratar de um método de justiça participativa, onde o acusado deverá colaborar com a justiça e necessariamente admitir seus erros. É com essa visão que o abolicionista Niels Christie entende que deve haver formas de coagir o infrator a participar das audiências da justiça restaurativa, bem como não descarta a possibilidade de uma pena privativa de liberdade. Contudo, todo o processo da justiça restaurativa deve estar voltado centralmente para a possibilidade de restauração, devendo somente ao final indagar se ainda é preciso algum tipo de punição.

Não à toa, a justiça restaurativa é aplicada em centros de internação de adolescentes e em prisões, posto que por um período ainda incerto devem coexistir ambos os modelos de justiça, criminal e restaurativo.

Cesar Barros Leal (2014, p. 133-140) nos fornece um bom aspecto dessa iniciativa. Trata-se de programas aplicados em prisões de segurança máxima, em que promovem o encontro de ofensor com a vítima, na presença de um mediador. O objetivo é oferecer à vítima uma oportunidade de se comunicar com o ofensor, em um ambiente seguro, na medida em que este participa do processo expressando seus sentimentos. Contudo, as vantagens podem ultrapassar estas duas partes. Pode ser aplicado à convivência penitenciária,

através da pacificação no interior dos presídios. O objetivo é, ao fim e ao cabo, reduzir a tensão derivada dos conflitos cotidianos.

Contudo, apesar de se tratar de uma reapropriação do processo pelas partes (vítima-ofensor), a justiça restaurativa não se trata, obviamente, de uma justiça paralela, que corre às avessas da justiça criminal. Antes disso, ela deve obedecer a requisitos de ordem legal e constitucional. Esta é, aliás, outra razão pela qual não se trata de uma total extinção da justiça criminal, pois ela ainda poderá ser útil, sobretudo para situações nas quais o ofensor se negar a todo modo de participar da justiça restaurativa. Como se pode perceber, não se trata de uma solução, mas de um modelo alternativo, que sobretudo reaproxima justiça e ética (LEAL, 2014, p. 228).

Desta forma, algumas compreensões podem ser extraídas. O abolicionismo penal aqui tratado não é uma utopia irrealizável, a depender do alcance de sentido do vocábulo. Outra compreensão é a de que a justiça restaurativa pode coexistir com a justiça criminal. Por fim, a antítese da pedagogia e da ecologia das responsabilidades dá uma concepção de abolicionismo. Trata-se de abolir, abandonar, rescindir e suspender a forma pela qual a justiça criminal faz a sociedade olhar para si mesma e para seus conflitos. É o abandono da penologia pura, acrítica, que faz da prisão seu instrumento central na política criminal. É este modelo que se deve abolir completo. Ademais, o sistema penal deve passar por um processo de contração, ao invés de sua natural expansão. É razão suficiente para promover uma crítica à privatização das penitenciárias, quer seja no seu espectro político, quer seja no seu aspecto ético.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foi feita uma investigação dialética acerca do sistema prisional e da inserção do agente privado na sua gestão. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica na perspectiva da criminologia crítica. Além disso, houve também uma pesquisa documental ao se buscar textos originais que digam respeito à temática. Desta forma, é necessário relacionar de onde partimos à onde chegamos e quais conclusões podemos extrair.

No primeiro capítulo traçou-se uma abordagem crítica a respeito do sistema penal. Notadamente, a investigação centrou-se na análise do delito e da pena-prisão, utilizando um esforço hermenêutico e uma análise filosófica para demonstrar o esvaziamento ontológico do crime, bem como a utilização da prisão como uma técnica moderna de controle social. Demonstrou-se como as prisões são sustentadas por diversos discursos justificacionistas, ao passo que uma visão crítica identifica incoerências nesses discursos. Assim, a ressocialização é o exemplo de maior polêmica discursiva, sobretudo pelo seu aspecto falacioso e dificilmente verificado empiricamente. A respeito das prisões brasileiras, mais próximo estamos de um modelo de exceção e de homosaceirização do indivíduo, do que efetivamente criando um espaço para ressocialização. Por fim, desvendou-se os paradoxos intrínsecos que há na própria concepção da pena-prisão. Uma conclusão razoável deste capítulo é sobretudo questionar a ressocialização como finalidade utilizando como meio as prisões. É falacioso correlacionar a ressocialização ou a reincidência com a prisão, posto que há múltiplos fatores para isso. Assim, qualquer discurso que mova as privatizações sob alegação de melhores índices de ressocialização merece, no mínimo, passar por um crivo científico.

No segundo capítulo foi traçado um desenvolvimento histórico, abordando pela metodologia do materialismo histórico a relação entre cárcere e fábrica na Holanda, Inglaterra e Estados Unidos. Identificou-se que a privatização das penitenciárias é um fenômeno moderno, mas não recente, posto que foi amplamente utilizado no séc. XIX. Assim, da própria expansão do sistema penal com o modelo de correção e welfarismo penal, migrou-se para a necessidade de maiores prisões e penas mais longas num modelo de reacionismo penal. Naturalmente pensar que com a crise da política econômica e criminal, surgiu a proposta das privatizações das penitenciárias justamente na década de 1980. Assim, a conclusão deste capítulo é que a privatização das penitenciárias foi resultado do movimento de encarceramento do Estado Penal. Outrossim, é possível também perceber com a proposta da privatização um retorno à dualidade cárcere-fábrica.

No terceiro capítulo foi feita uma investigação mais específica em torno dos estabelecimentos penitenciários. Centrou-se a pesquisa em três aspectos principais: delegação de funções típicas, trabalho prisional e lucro. Se no modelo norte-americano há a total delegação das funções jurisdicionais, no modelo francês optou-se por uma cogestão público-privada, ao que parece ser o caminho que segue o Estado brasileiro. No entanto, há uma certa impossibilidade de se averiguar a indelegabilidade do poder de polícia e poder disciplinar que acaba sendo exercido pelo ente privado, como demonstra-se ocorrer na PPP de Ribeirão das Neves, onde possui um diretor público para fugir da inconstitucionalidade. Outrossim, o trabalho prisional beira à uma semiescravidão moderna, inclusive onde há gestão da disciplina e da ordem pelo ente privado, numa simbiose em que se fica desacreditado na relação prisão-empresa. Desta forma, pode-se concluir que da forma como está sendo posto o trabalho prisional nas penitenciárias sob a forma de parceria público-privada há uma violação aos direitos humanos. Por fim, a respeito do lucro, ele é visto normativamente como uma forma de medir o desempenho da concessionária, que será remunerada proporcionalmente ao seu desempenho. Contudo, essa estrita visão ignora os aspectos ético-jurídicos que rodeiam a questão. A privatização das penitenciárias nos Estados Unidos já faz parte de uma indústria da violência, onde se lucra com o crime, na visão neoliberal por mais penas, mais prisões e mais dinheiro. Assim, conclui-se neste capítulo que a privatização é, na verdade, a implantação de um modelo gerencial da demanda e oferta da violência, no qual para enfrentar a superlotação carcerária, cria-se um instrumento para o qual passa a ser necessário o preenchimento de vagas num patamar mínimo. Em outras palavras, não é possível afirmar que se combate ou diminui a violência por meio da privatização, isto porque o crime é pressuposto para sua existência.

Já no quarto capítulo optou-se por uma abordagem criativa com fundamento na metodologia dialética utilizada. Tratou-se de criticar a proposta de privatização das penitenciárias não só do ponto de vista jurídico-normativo, mas sobretudo de enxergar como essa política criminal está embebida na penologia neoliberal. A penologia pode ser entendida como a lógica penal retributiva em que se pensa fazer justiça criando mais prisões e exigindo-se maior orçamento para tanto. Assim, nossa proposta dialética foi demonstrar como se constrói uma antítese necessária à tese da penologia. Concluímos que a antítese deve vir com um modelo pedagógico de justiça. Assim, orientou-se a pesquisa com base na justiça restaurativa, enquanto forma teórica e prática de aplicação de um modelo alternativo, com base num cultivo às responsabilidades, em detrimento do cultivo às punições, cujo pressuposto para mudança de visão foi o estudo do abolicionismo penal, retomando-se alguns

conceitos do primeiro capítulo. Por fim, a respeito do abolicionismo teorizado no trabalho, trata-se sobretudo da real abolição da penologia como instrumento central da política criminal, da abolição de uma forma de se enxergar o sistema criminal, de abolir a utilização da pena como necessária para proteger a sociedade e de enxergar o delito como dado natural. Assim, a privatização das penitenciárias é um fenômeno concreto que nos faz refletir a respeito do que é a justiça criminal e se se deve perseguir nestes mesmos caminhos ou, do contrário, construir a sua antítese necessária.

Desta forma, duas conclusões gerais podem ser extraídas. A privatização das penitenciárias possui de uma só vez duas características. A primeira é a continuidade paradoxal do Estado Penal. O paradoxo consiste na dualidade máximo e mínimo. Isto porque com a privatização o Estado passa a se tornar mínimo no espaço intramuros totalmente privatizado. Contudo, não se trata de minimização do fenômeno penal. É na verdade seu oposto, pois é a continuidade do Estado Penal, que se amplia, se avança, mas na contraditória impossibilidade de expansão, delega ao setor privado tal função. A geração de bilhões de lucros e o pressuposto do crime e da punição como mercadoria das penitenciárias privatizadas, garantem a sua expansão. A segunda característica é a de que se continua percorrendo na penologia, ou seja, se continua na ótica de justiça criminal por meio da prisão. Contudo, trata-se de uma penologia neoliberal, donde se extrai um proveito maior do sistema prisional, dada a impossibilidade de torná-lo um ambiente realmente ressocializador: o lucro.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 19-26, 28-31. v. I.

ALBRECHT, Hans-Joerg. **Prison Overcrowding – Finding Effective Solutions**. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities, United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and Treatment of Offenders (UNAFEI), March 2011. UNAFEI, April 2012.

ARAÚJO, Carlos. Entre dois cativeiros: escravidão urbana e sistema prisional no Rio de Janeiro. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org). **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 121. v. I.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal** (introdução à sociologia do direito penal). Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Revan: Rio de Janeiro, 2012.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENSOUSSAN, Fabio Guimarães. **Manual de direito econômico**. 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão de direitos humanos pede força-tarefa para investigar massacre em Manaus**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/521875-COMISSAO-DE-DIREITOS-HUMANOS-PEDE-FORCA-TAREFA-PARA-INVESTIGAR-MASSACRE-EM-MANAUS.html>>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). **Portaria CNJ nº 13 de 06 de março de 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/df01478fd5c137606194a895cadd6dc7.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Congresso Nacional. Projeto de Lei 513/2011. Estabelece normas gerais para a contratação de parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos penais. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101752>>. Acesso em: 01 Dez. 2017.

_____. Lei de 16 de Dezembro 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 1 ago. 2018.

_____. Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. “Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm>. Acesso em 25 Jul. 2018.

_____. Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015. Altera as regras do regime diferenciado de contratações públicas – RDC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13190.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. Ministério Público do Paraná. **Resolução nº 08, de 09 de Dezembro de 2002.**

Disponível

em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/n8de9dez2002.pdf>>. Acesso em: 13 ago 2018.

_____. Ministério Público Federal. Ação MPF/CE questiona privatização dos presídios no estado. 2007. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/ce/sala-de-imprensa/noticias-ce/mpf-ce-acao-contra-privatizacao-dos-presidios-sera-intensificada-com-completa-investigacao>>. Acesso em: 05 out. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014. DEPEN, 2014.

_____. Ministério Público do Estado do Amazonas. **Sistema Prisional:** MP-AM divulga relatório e propõe 7 Ações Cíveis Públicas à Justiça. Disponível em:

<<http://www.mpam.mp.br/noticias-sp-1771083401/9892-sistema-prisional-mp-am-divulga-relatorio-e-propoe-7-acoes-civis-publicas-a-justica#.W9Kuv3tKjIV>>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Ministério Público de Contas do Estado do Amazonas. Disponível em:

<<http://amazonasatual.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Representacao-MPC-Umanizzare-e-Outra.pdf>>. Acesso em> 09 out. 2018.

_____. Ministério Público do Estado do Amazonas. **Relatório 2015.** Manaus, 2015.

Disponível em:

<http://www.mpam.mp.br/arquivos/relatorio/Relatorio_Institucional_MPAM_2015.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Presidência da República. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Presidência da República. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm>. Acesso em 04 out. 2018.

_____. Presidência da República. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 05 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1717-6/DF, DJ: 28/03/2003, Relator (min): Sydney Sanches, 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1717&processo=1717>>. Acesso em. 07 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator (min): Roberto Barroso, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-AIRR-38040-43.2005.5.07.0006**. Acórdão 2ª turma, 2014. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=141874&anoInt=2010&qtdAcesso=27045017>>. Acesso em 05 ago. 2018.

CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Sobre as possibilidades de uma penologia crítica**: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. Revista Polis e Psique. V.3, n.3, 2013.

CÉSAR, Tiago da Silva. **Estado, Sociedade e o nascimento da prisão na América Latina**. Disponível em: <www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/download/1713/pdf_141>. Acesso em: 11 ago. 2018.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Da crise de legitimidade à eficácia invertida do modelo jurídico repressivo penal contemporâneo**. Mestrado [Dissertação em Ciência Jurídica] - Universidade do vale do Itajaí. Itajaí, 2010. 153p.

CHRISTIE, Nils. **Elementos para uma geografia penal**. Revista de Sociologia e Política. n. 13, p. 51-57, nov. Curitiba, 1999.

_____. Las imagenes del hombre en el derecho penal moderno. In. **Abolicionismo penal**. Traducción de Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

_____. **Una sensata cantidad de delito**. Traducción de Cecilia Espeleta y Juan Iosa. 1 ed. Buenos Aires: Editores del puerto, 2004

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

COSTA, Wagner Cabral da. **Pedrinhas \$A**: a violência do negócio e o negócio da violência. Disponível em: <<http://smdh.org.br/wp-content/uploads/2016/06/catirina0dez2014.pdf>>. Acesso em: 05 Nov. 2018.

CRISTINA, Rauter. O estado penal, as disciplinas e o biopoder. In. BATISTA, Vera Malaguti [org]. **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

DE FOLTER, Rolf S. Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiese y Foucault. In. **Abolicionismo penal**. Traducción de Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança Urbana**: o modelo da nova prevenção. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. A privatização dos presídios. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 26, p. 213-218, ago./nov. 1999.

FARIA, José Eduardo. **Políticas públicas e privatização**: o caso do sistema prisional. Revista de informação legislativa. v.29. n. 116. p. 115-120. Brasília, Out./dez.1992.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.

_____. **História da sexualidade I**: A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. (Teoria do garantismo penal). Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Anotações sistemáticas à Lei 8.072/1990**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRIGOTTO, G. O enfoque da dialética materialista histórica na pesquisa educacional. In: Fazenda, I. (Org.). **Metodologia da pesquisa educacional**. São Paulo: Cortez, 1991.

GAIO, André Moysés. **Crime e controle social no Brasil Contemporâneo**. Revista Teoria e Cultura. v.1. n.2. Jul/Dez 2006.

GAMBOA, Silvio A. S. A dialética na pesquisa em educação: elementos de contexto. In FAZENDA, Ivani (Org.). **Metodologia da pesquisa educacional**. 12ª ed. São Paulo: Cortez, 2010

GARLAND, David. **La cultura del control**: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GENELHÚ, Ricardo; SCHEERER, Sebastian. **Manifesto para abolir as prisões**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução de Mathias Lambert. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

_____. **Manicômios, prisões e conventos**. 1ª ed. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Execução Penal**: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

HOAGLAND, Henry. *Depression and Immigration*, in COMMONS, J. R et al, History of Labor in the United States, New York, 1921, vol. I, p. 492. Disponível em :<<https://archive.org/stream/historyoflabouri01commuoft#page/n25/mode/2up/search/prison+labour>>. Acesso em: 07 Ago. 2018.

HULSMAN, Louk. La criminología critica y el concepto de delito. In. *Abolicionismo penal*. Traducción de Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **As penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lucia Karam. 2 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E JUSTIÇA PENAL – ILANUD. Relatório Final de Pesquisa. **A lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal**. Coordenação Geral: Isabel Figueiredo. São Paulo: julho, 2005. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/376255/mod_resource/content/1/RelILANUD.crim%20hediondos.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

KING, Roy. Security, control and the problems of containment. In: JEWKES, Yvonne. Handbook on prisons. Willan Publishing, 2007.

LEAL, César Barros. **Justiça Restaurativa amanhecer de uma era**: aplicação em prisões e centros de internação de adolescentes infratores. Curitiba: Juruá, 2014. 436 p.

LEMO, Ana Margarete; MAZZILI, Cláudio; KLERING, Luís Roque. **Análise do Trabalho Prisional**: um estudo exploratório. Vol. 2. Revista de Administração Contemporânea Set-Dez 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65551998000300008>. Acesso em: 28 Jul. 2018.

MARANHÃO, Fabiana. **Crise no sistema carcerário**: CE e PR fazem caminho inverso e ‘reestatizam’ presídios. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/09/crise-no-sistema-carcerario-ce-e-pr-fazem-caminho-inverso-e-reestatizam-presidios.htm>>. Acesso em: 04 out. 2018.

MARQUES JÚNIOR, Gessé. **A vida no fio**: crime e criminalidade num albergue. Dissertação de Mestrado. Apresentada ao Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Orientador: Alba Maria Zaluar. Nov.1991

_____. O mundo do crime é uma ordem jurídica. In. FILHO, Arnaldo Lemos *et al.* **Sociologia Geral e do Direito**. 2ª ed. Campinas, SP: Editora Alínea, 2005.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre o conceito e a prática da cidadania – e sua dissolução no mundo neoliberal. In: Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões. O adolescente e a modernidade. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2000, p. 211-221.

_____. Neoliberalismo e o Gozo. In. VESCOVI, Renata Conde (org.). **A Lei em Tempos Sombrios**. Palestras apresentadas no do I Congresso Nacional de Direito e Psicanálise. Editor José Nazar. Rio de Janeiro: Cia. De Freud. Vitória: ELPV, 2009.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Tradução por Florestan Fernandes. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

_____. **O capital**: crítica da economia política. Livro 1: O processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **Filosofia do Direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINSON, Robert. **What Works? Questions and answers about prison reform**. Disponível em: <https://www.pbpp.pa.gov/research_statistics/Documents/Martinson-What%20Works%201974.pdf>. Acesso em> 15 out. 2018

MAURICIO, Célia Regina Nilander. **A privatização do Sistema Penal**. Dissertação de Mestrado em Direito Penal. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2007.

MELOSSI, *A criação da instituição carcerária moderna na Inglaterra e na Europa continental entre a segunda metade do século XVI e a primeira metade do século XIX*, in Dario Melossi e Massimo Pavarini, **Cárcere e Fábrica** (as origens do sistema penitenciário). Revan: Rio de Janeiro, 2014, p. 33-54.

MÉSZÁRIOS, István. **A montanha que devemos conquistar**: reflexões acerca do Estado. Tradução de Maria Izabel Lagoa. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

MINAS GERAIS. **Contrato de concessão administrativa**. Minas Gerais, 2009. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2018.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. A privatização dos estabelecimentos penais diante da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: **Lei de execução penal**. *Justitia*, São Paulo, v. 54, n. 158, p. 9-16, abr./jun. 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/24082>>. Acesso em: 03 out. 2018.

_____; FABBRINI, Renato. **Execução Penal: comentários à Lei n. 7.210 de 11-7-1984**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MITTELMAN, Edward. *The National Trades' Union*, in COMMONS, J. R et al, *History of Labor in the United States*, New York, 1921, Vol. I, p. 432-443. Disponível em :<<https://archive.org/stream/historyoflabouri01commuoft#page/n25/mode/2up/search/prison+labour>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

NASR, Firas. **Institutional maintenance in private prisons: a case of labor exploitation**. Human Trafficking Search, 2017. Disponível em: < http://humantraffickingsearch.org/wp-content/uploads/2017/09/Institutional-Maintenance-in-Private-Prisons_Final.pdf>. Acesso e, 08 ago. 2018.

OLIVEIRA, Francisco. Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal. In: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global**. Petrópolis, Vozes, 1999.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal 1984 – 1990**. Doutorado [Tese em Direito Penal] – Universidade de São Paulo. USP, 2014, 178 p.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. **Prisões privatizadas no Brasil em debate**. Coordenação de obra coletiva: José de Jesus Filho e Amanda Hildebrand Oi. São Paulo: ASAAC, 2014. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Relato%CC%81rio-sobre-privatizac%CC%A7o%CC%83es.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2018.

PAVARINI, *A criação da instituição carcerária moderna na Inglaterra e na Europa continental entre a segunda metade do século XVI e a primeira metade do século XIX*, in **Dario Melossi e Massimo Pavarini**, *Cárcere e Fábrica (as origens do sistema penitenciário)*. Revan: Rio de Janeiro, 2014, p. 153-180; 192-207.

PELAÉZ, Vicky. **The Prison Industry in the United States: Big Business or a New Form of Slavery?** *Global Research*, 2018. Disponível em: < <https://www.globalresearch.ca/the-prison-industry-in-the-united-states-big-business-or-a-new-form-of-slavery/8289>>. Acesso em: 08 ago 2018.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª Ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, André Leonardo Copetti. A penologia pós-moderna e o desaparecimento do caráter ético-político de legitimação do poder penal estatal. *Direito em debate*. Ano XXVI nº 47, jan.-jun. 2017 – ISSN 2176-6622. p. 20-61.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Artigo Privatizações de Presídios**. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/privatizacoes_presidios.pdf>. Acesso em: 31 Jul, 2018.

SANTOS, Ronny Peterson Nunes dos. **Privatização das prisões e seu (in)viabilidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SEQUEIRA, Vania. **Uma vida que não vale nada**: prisão e abandono político-social. Revista Psicologia: ciência e profissão. V.26. n.4. Brasília, dez, 2006. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932006000400012>. Acesso em: 10 Set. 2018

SILVA, José Adaumir Arruda da. **Privatização de presídios**: uma ressocialização perversa. 1. Ed. Revan: Rio de Janeiro, 2016.

SMITH, Phil. **Private Prisons**: Profits of Crime Fall edition of Covert Action Quarterly, 1993. Disponível em: <<http://mediafilter.org/MFF/Prison.html>>. Acesso em: 13 Ago. 2018.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000.

THE SENATE PASSES THE THIRTEENTH AMENDMENT. Disponível em: <<https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/image/13thAmendment.htm>>. Acesso em: 26 out. 2018.

THALHEIMER, August. **Introdução ao materialismo dialético** – fundamento da teoria marxista. Tradução de Luiz Monteiro. São Paulo: Ciências Humanas, 1979.

TRAVIS, Jeremy; WESTERN, Bruce; REDBURN, F. Stevens. **The Growth of Incarceration in the United States**: Exploring Causes and Consequences. Washington, DC, 2014. Disponível em: <https://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=jj_pubs>. Acesso em 02 ago 2018.

U.S BUREAU OF THE CENSUS, **Historical Statistics of the United States**, Colonial Times to 1957, Washington, D.C, 1960. Disponível em: <https://www2.census.gov/library/publications/1960/compendia/hist_stats_colonial-1957/hist_stats_colonial-1957-chA.pdf> Acesso em: 02 Ago. 2018.

UNITED STATES BUREAU OF LABOR, **Convict Labor In 1923**. Nº 372, 1925. p. 17.
Disponível em :< https://fraser.stlouisfed.org/files/docs/publications/bls/bls_0372_1925.pdf>.
Acesso em: 07 Ago. 2018.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da Miséria**. 2. Ed. Zahar: Rio de Janeiro, 2011.

_____. **Bourdieu, Foucault e o Estado Penal na Era Neoliberal**. Revista Transgressões: Ciências Criminais em debate. Vol.3. N. 1. Natal, 2015.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estado Unidos [a onda punitiva]**. 3ª Ed. Revan: Rio de Janeiro, 2007.

_____. **Punishing the poor: the neoliberal government of social insecurity**. Durham: Duke University Press, 2009.

WEBER, Max. **Ensaaios de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

_____. **Ciência e Política: duas vocações**. Tradução de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martin Claret, 2015.

YATES, Sally Q. **Memorandum for the acting Director Federal Bureau of Prisons**. Disponível em: <<https://www.documentcloud.org/docents/3027966-Yates-Private-Prison-Memo.html>>. Acesso em: 02 out. 21018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª Ed. Revan: Rio de Janeiro, 2001.