

A privatização da pena privativa de liberdade “em extinção”: provocações críticas em meio ao debate sobre a perda de legitimidade do poder punitivo e a expansão do direito penal

**The privatization of the "extinction" privative freedom penalty:
critical provocations amidst the debate about the loss of legitimacy
of punitive power and the expansion of criminal law**

*Douglas de Assis Bastos¹
George Sarmento²*

Resumo: o presente trabalho tem como objetivo estabelecer uma premissa básica e anterior a qualquer discussão sobre constitucionalidade e riscos político-criminais da privatização dos presídios, qual seja, a pena privativa de liberdade (alvo da privatização) ainda subsistirá em meio aos discursos criminológicos contemporâneos que questionam a sua legitimidade? Neste sentido, o estudo propõe uma reflexão crítica acerca da (ir) racionalidade do poder punitivo estatal que, embora tenha sido corretamente apontado como seletivo, estigmatizante e disfuncional pelos abolicionistas e minimalistas radicais, tem se expandido cada vez mais nas sociedades pós-industriais como o “legítimo” protetor de direitos fundamentais. No desenvolvimento, transcorreu-se pelo nascedouro da prisão, desde as *workhouses* -antes mesmo de ser utilizada como sanção penal-, passando pela sua introdução no sistema legal dos Estados Modernos e a busca pela sua humanização na perspectiva liberal de Beccaria. Foi necessário também contrapor as teorias legitimadoras – teorias absolutas (Kant e Hegel) e teorias relativas da prevenção geral (Feuerbach e Jakobs) e especial (Ferrajoli e Roxin) com as teorias deslegitimadoras (a exemplo de

¹ Pesquisador-Bolsista CAPES em Nível de Mestrado em Direito Público na Universidade Federal de Alagoas, vinculado ao Grupo de Pesquisa Laboratório de Direitos Humanos, no Diretório do CNPq. Especialista em Ciências Criminais pela UNISUL-SC em parceria com o Instituto Pan-americano de Política Criminal e em Direito Constitucional pela UNESA-RJ. Professor colaborador de Direito Penal e Processo Penal em Cursos de pós Graduação.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (1982), mestrado e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1998 e 2002). Pós-doutorado pela Université DAix-Marseille (França - 2015). É membro do Ministério Público de Alagoas e professor associado da Universidade Federal de Alagoas. Atualmente é professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, na disciplina Direitos Humanos Fundamentais. Também tem ministrado cursos como professor convidado da Universidade de Montpellier 1 (2007) e da Universidade dAix-Marseille (2015 e 2016). Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, combate à improbidade administrativa e controle judicial das políticas públicas. Conferencista e autor de livros e artigos científicos na área do Direito Constitucional. Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Alagoas. Integrante do Comitê Diretor da Aliança Francesa de Maceió. Sócio Efetivo da Academia Maceioense de Letras. Sócio do CONPEDI. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UFAL (PPGD/UFAL).

Hulsman, Baratta, Zaffaroni e Foucault). Para, finalmente, se constatar, através da metodologia de pesquisa bibliográfica, dogmática e criminológica, que o fenômeno da expansão do direito penal trabalhado através da obra de Silva Sánchez repercute não só no âmbito do legislativo e do judiciário, mas também nas políticas penitenciárias, abrindo terrenos férteis para a gestão prisional privada.

Palavras-chave: (i) Legitimidade do Poder de Punir. Expansão do Direito Penal. Privatização de Presídios.

Abstract: This paper aims to establish a basic premise prior to any discussion of constitutionality and political-criminal risks of the privatization of prisons, that is, the custodial sentence (the target of privatization) will still exist in the midst of contemporary criminological discourses who question their legitimacy? In this sense, the study proposes a critical reflection on the (ir) rationality of the punitive state power that, although it has been rightly pointed as selective, stigmatizing and dysfunctional by radical abolitionists and minimalists, has expanded more and more in post-industrial societies as the "legitimate" protector of fundamental rights. In development, the prison was born, from the workhouses - even before being used as a criminal sanction - through its introduction into the legal system of Modern States and the search for its humanization in the liberal perspective of Beccaria. It was also necessary to counter the legitimizing theories - absolute theories (Kant and Hegel) and relative theories of general (Feuerbach and Jakobs) and special (Ferrajoli and Roxin) prevention with the delegitimizing theories (like Hulsman, Baratta, Zaffaroni and Foucault). Finally, through the methodology of bibliographic research, dogmatic and criminological, the phenomenon of the expansion of criminal law worked through the work of Silva Sánchez has repercussions not only in the legislative and judicial spheres but also in penitentiary policies, opening up fertile grounds for private prison management.

Keywords: (i) Legitimacy of the Power to Punish. Expansion of Criminal Law. Privatization of prisons.

Introdução

Não é de hoje que têm ganhado contornos cíclicos as discussões em torno do papel da pena privativa de liberdade como mecanismo de segurança pública, através da cominação, aplicação e execução do direito penal objetivo, para harmonizar o convívio em sociedade, bem como restaurar a ordem jurídico-social quebrada por meio do cometimento de uma infração penal, se valendo do controle formal estatal.

Ao passo que as teorias deslegitimadoras da pena negam qualquer fim racional à pena, sendo essa apenas um fato político e exercício de poder (ZAFFARONI, 2001), a sensação social de insegurança, a criação de novos riscos, a produção de novos interesses pela pós-modernidade, a identificação da sociedade com a vítima e a própria institucionalização da insegurança tem guiado os países a adotarem políticas criminais, sejam no plano legislativo, judicial ou penitenciário, voltadas ao expansionismo penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Essa contradição entre as fundadas razões dos estudos empíricos da criminologia do conflito sobre os efeitos criminógenos do cárcere enquanto reação social perversa disfuncional e a não adoção prática dos pressupostos abolicionistas que o retirariam da ordem jurídica, é uma realidade da qual não se pode desvencilhar ao se buscar redescobrir (ou redefinir cientificamente) quais as finalidades da pena privativa de liberdade em meio à atual expansão do sistema penal e dos discursos de lei e ordem relegitimadores do poder punitivo frente aos altos índices de violência e criminalidade na contemporaneidade.

Diante desse contexto, este trabalho tem como objetivo estabelecer um ponto de partida crucial para se estudar o fenômeno da privatização dos presídios: a pena privativa de liberdade ainda tem seu lugar nas políticas criminais contemporâneas, diante da sua crise de legitimidade? E se a resposta científica mais equilibrada ainda conduza a considerá-la como um “mal necessário”, quais seriam os limites de sua utilização?

Só a partir do descortinamento dos caminhos para se responder a estas indagações sobre a subsistência e medida da pena de prisão na atualidade, é que se dará um real sentido e necessidade de qualquer investigação sobre a constitucionalidade e riscos político-criminais da privatização do sistema carcerário.

O raciocínio é silogístico: se a prisão é desnecessária, como apregoam as teorias deslegitimadoras da pena, qual seria o sentido de privatizar algo

que será abolido? E mais, qual seria a necessidade de se estudar cientificamente um fenômeno de privatização de algo que, em breve, se extinguirá?

Portanto, este artigo tem a hercúlea missão de situar o lugar da pena privativa de liberdade na política criminal expansionista da atualidade, tomando por base as contribuições teóricas antagônicas trazidas pela criminologia do conflito com suas fundadas razões para perda de legitimidade de um sistema punitivo estatal seletivo e estigmatizante, incapaz de satisfazer às finalidades precípua de restauração harmônica da paz social ameaçada pelos conflitos criminais.

Para tanto, inicialmente será feita uma breve incursão por sobre bases históricas, filosóficas e normativas do nascimento e evolução da pena por excelência. Na sequência, aprofundar-se-á na reflexão crítica acerca dos limites pragmáticos das soluções abolicionistas ou minimalistas radicais para a problemática dos efeitos reversos da reação social formal do direito penal, em especial a retirada da prisão como instrumento (ir)racional para o enfrentamento da criminalidade. E por fim, se discutirá sobre o avanço do expansionismo penal nas sociedades pós-industriais e de que forma este movimento tem levado à uma possível relegitimação da pena privativa de liberdade e pode intervir na consolidação das políticas privatizantes de unidades prisionais, numa espécie de círculo vicioso, onde a privatização também engrenaria a inflação do sistema penal.

1. Nascimento e evolução da prisão: bases históricas, filosóficas e normativas da pena por excelência

Para que se possa responder a intrigantes perguntas, inafastáveis à presente pesquisa, tais como “por que o cárcere?”, “por que cárcere e pena são considerados comumente como sinônimos?”, “a prisão é elemento indissociável do sistema de controle social?” ou mesmo “a quem serve e para

que serve a instituição total da prisão?”, necessário se faz buscar as origens do fenômeno prisional, uma vez que a investigação histórica, sem qualquer apego ao historicismo, nas lições de Melosi e Pavarini (2014, p. 19-20), é pressuposto para que se retire das conclusões científicas as camadas de incrustações oriundas das ideologias filosóficas, jurídicas e penalísticas que recaem sobre a estrutura da instituição.

De plano, é importante frisar que a tarefa de “viajar” para tempos remotos para se ir costurando as raízes do nascimento e os paradigmas da evolução da pena de prisão nas ordens jurídicas passadas até a contemporaneidade é uma “missão (quase) impossível”, dado o respeito que este trabalho, atrelado à ciência do Direito que o é, tem pela ciência da História.

Oliveira (2004), alerta para o cuidado que o pesquisador de mestrado e doutorado deve ter para não incorrer no que ele chama de “confusão metodológica”, ao se abordar a “visão sociológica” ou “perspectiva histórica” (ambas, para o autor, não existem enquanto realidade estática deste ou daquele tema de pesquisa), sem contextualizar sobre em que aspectos das referidas ciências humanas se está a utilizar e de que forma elas se prestam para contribuir na identificação e solução do problema jurídico a que se está investigando.

Portanto, partindo da concordância prática dessas premissas apresentadas, a finalidade destas linhas introdutórias é situar o leitor, no aspecto global da evolução do tempo, mas sobretudo, para que se estabeleça um liame crítico do desenvolvimento da pena por excelência ao longo da história, identificando alguns pontos de consideração de importante relevância para construção do raciocínio a ser empreendido ao longo desta dissertação.

Desta forma, serão, a partir de agora, apresentadas breves reflexões sobre o nascimento e evolução da prisão enquanto resposta estatal, para se estabelecer como foram construídas as bases históricas, filosóficas e normativas que engendraram a sua consolidação nos mecanismos de uniformização da resposta penal.

Na Idade Média, a prisão, ao contrário de ser a própria pena pela transgressão de alguma lei penal absolutista, tinha apenas função de custódia, isto é, de lugar em que os réus aguardavam, sob expiação e castigos corporais, o momento em que seriam executados publicamente, ligando assim o cárcere aos objetivos de implantação do medo coletivo (BITENCOURT, 2011, p. 31).

De acordo com Foucault (2002, p. 195), a prisão é pretérita ao seu próprio disciplinamento nos Códigos Penais, uma vez que, fora do aparelho judiciário, ela também já era utilizada como forma de tornar os indivíduos “dóceis e úteis”, nos processos de classificação e repartição de indivíduos.

Sobre esse emprego da prisão com finalidades de atendimento à interesses político-econômicos, antes mesmo das leis a tornarem a pena criminal por excelência, Melosi e Pavarini (2014) trazem o exemplo das *workhouses*, que eram casas de trabalho forçado, na Inglaterra do Século XVI, destinadas àquelas classes desfavorecidas que amontoavam as ruas, sem emprego e produção de lucratividade para os detentores do poder econômico.

De outra banda, Rusche e Kirchheimer (2004) apresentam o caso do aparelho carcerário de *Rasp-huis*, em Amsterdã no Século XVII, o qual trazia a estrutura modular de como se dava a disciplina da força para o trabalho dos camponeses expropriados em toda a Europa continental, a exemplo de raspar troncos de pau-brasil para extração de tinta, além de inculcar que o atingimento das finalidades da prevenção geral e especial se dava, em parte, pela existência de piores condições de trabalho carcerário que as de trabalho livre.

Ao se perceber, de plano, o supracitado viés do interesse econômico se pergunta se este teria sido o principal (ou até mesmo o único) propulsor da origem da prisão e de seu estabelecimento como principal sanção penal.

Por conseguinte, as categorias de poder imbricadas na estrutura econômica e política da sociedade sempre tiveram intrínseca relação com os mecanismos de controle penal? Em última análise, a prisão é realmente

fruto da imposição humanitária aos métodos punitivos apregoada pelos iluministas ou estes senão endossaram uma política criminal que contribuiria para engendrar as pretensões econômicas da burguesia?

Ao situar o final do século XVIII e o início do Século XIX como o marco para normatização da chamada “penalidade de detenção”, Foucault (2002, p. 195), já alerta que a prisão, para além de romper o paradigma das punições que utilizavam o corpo dos condenados e a ostentação dos suplícios, levantando a bandeira do “acesso à humanidade pela justiça penal”, traz consigo, desde o seu nascedouro, um elemento implícito: o poder de classe estaria ingressando na instituição judiciária e criando novos processos de dominação através de assimetrias das sujeições disciplinares.

Beccaria, defensor do sistema político liberal, é o principal responsável por inaugurar, na segunda metade do século XVIII, o pensamento reformador da pena e sua concepção de prevenção geral e especial de delitos, criando um forte discurso legitimador da prisão, especificamente no tocante a promoção e defesa de sua finalidade ressocializadora.

As ideias iluministas de Beccaria (2007) se insurgem contra os castigos corporais, a pena de morte, a legislação penal europeia legitimadora da opressão, a justiça parcial e o processo criminal com alto grau de subjetivismos e protecionismos de classes. Tudo isso resquícios do poder absoluto e ilimitado do soberano.

O autor italiano, que engendrou o caminho da reforma penal, a qual até hoje não encontrou sua plena satisfação, por vários motivos que serão abordados mais adiante, adotou uma concepção utilitarista da pena, baseada no contratualismo, sob forte influência dos pensadores franceses Montesquieu, Rousseau e Voltaire (SILVA, 2016, p. 21).

O crime, para Beccaria (2007, p. 19), é a quebra do contrato social, que legitimaria o direito de punir do Estado, como uma espécie de limitação às liberdades individuais que se transmutassem em despotismo do homem,

legalizando as penas para serem aplicadas contra os violadores das normas, os quais agiriam de acordo com seu livre-arbítrio.

Daí se infere que o paradigma liberal confere ao direito penal e à prisão, desde que aplicados de acordo com as correções jurídicas pautadas no humanismo, o caráter de legítimos instrumentos de proteção de bens jurídicos.

Vislumbra-se a partir dessa evolução, a construção das denominadas teorias legitimadoras da pena, as quais conferem ao Estado à prerrogativa (e ao mesmo tempo o dever) de intervir na liberdade dos indivíduos através do direito penal, quer como retribuição pelo injusto causado (teorias absolutas), quer como prevenção de novos delitos (teoria relativa).

Os principais expositores das teorias retribucionistas foram Kant e Hegel, para os quais o direito penal teria um fim em si mesmo. Independentemente de se buscar uma utilidade axiológica para a pena, ela decorreria de uma aplicação automática, pela pura transgressão da norma por meio do cometimento de um delito (QUEIROZ, 2015, p. 403).

O paradigma da verdadeira justiça, em Kant, estaria bem representado nas formulações da lei de talião (olho por olho, dente por dente), onde o poder judicial estaria fundado segundo as leis universais. Logo, “todos os criminosos que cometeram um assassinato, ou ainda ordenaram ou nele estiveram implicado, hão de sofrer também a morte” (KANT, 2004, p. 149).

Nesse prisma, a pena, para a teoria kantiana da retribuição moral,

constituía, então, uma reação estatal legítima à ação ilegítima do indivíduo, independentemente de considerações de caráter utilitário, razão pela qual era irrelevante investigar se a pena seria ou não capaz de motivar ou dissuadir delinquentes, e assim prevenir, em caráter geral ou especial, novos delitos (QUEIROZ, 2015, p. 403).

Já para a perspectiva de Hegel, o delito seria a negação do direito, ao passo que a pena a negação da negação do direito, ou seja, a sua afirmação,

com vistas ao reestabelecimento da ordem jurídica perturbada (BUSATO, 2015, p. 751-752).

A pena constitui uma liberalidade³ ao criminoso, uma vez que esse tem ciência das consequências jurídicas da prática de um delito, e mesmo assim, decide cometê-lo. Isso é que confere a carga de justiça da sanção, pois dignifica o transgressor como ser racional, que teria o livre arbítrio de não ser submetido a reação racional do Estado à ruptura da lei penal (HEGEL, 1997, p. 89).

Deve-se ter cautela, no entanto, ao se apurar o pensamento hegeliano, na medida em que se fique registrado que o crime não tem o poder de afetar a validade do direito em sua positividade. A contradição se perfaz no plano da vontade, dado que o próprio direito é um ato político, onde a pena não se prestaria a ameaçar o homem a mudar de ideia, mas tão somente a reforçar a vontade do direito vigente (CONCEIÇÃO, 2017, p. 10-11).

De mais a mais, fica claro que, na dialética de Hegel, a pena, com a missão de fazer o encontro de vontades contraditórias, tem sua legitimidade indiscutível, uma vez que ela se traduz como uma reafirmação da vontade racional (direito) sobre a vontade irracional (crime), na perspectiva de restauração da razão do direito em processo anulatório da razão do delito.

Fundamentação esta que “cai como uma luva” para sustentar o papel da prisão como a pena moderna por excelência, na medida em que ela seria apta a transmitir de forma sensível a mensagem onde se pudesse traduzir a vontade estatal a se sobrepor à vontade particular do delincente.

O que irá se questionar no transcórre deste trabalho é: diante dos avanços das democracias, a pena privativa de liberdade ainda é, na perspectiva dialética do Estado Contemporâneo, o instrumento mais adequado para proceder a esse reencontro de vontades contraditórias?

³ A receberá somente se quiser. Em outras palavras, somente receberá a pena se decidir, por sua vontade livre e consciente, a praticar uma conduta definida como crime na ordem jurídica a que está submetido.

Instiga-se aqui a reflexão crítica do leitor para convergir às ideias que levam a resposta da supracitada pergunta para um momento posterior e mais oportuno deste trabalho, logo após releitura das demais importantes teorias da pena.

Dentre as teorias relativas da sanção penal, pode-se destacar a prevenção geral (negativa e positiva) e a prevenção especial (negativa e positiva), as quais têm como lugar comum o fato de serem finalistas, isto é, não enxergam a pena como um fim em si mesmo, mas passam a considerá-la como um meio que se presta, utilitariamente, a determinados fins.

A prevenção geral negativa é aquela em que o Estado se vale da pena como forma de intimidação aos demais membros da sociedade. A versão principal dessa teoria está ligada à Paul Anselm Ritter von Feuerbach.

A pena serve como um contra-impulso para conter o impulso daqueles que psicologicamente estão desejando cometer infrações, atuando em dois momentos preventivos: o da cominação e o da aplicação. No primeiro, estabelece-se a pena como forma de intimidar a todos aqueles possíveis protagonistas de lesões a bens jurídicos. Enquanto que no segundo, a norma tem a missão de dar fundamento efetivo à cominação legal, uma vez que cominação sem aplicação conduziria a sua ineficácia (FEUERBACH, 1989, p. 13).

Inspirada na teoria dos sistemas de Niklas Luhman, a teoria da prevenção geral positiva que ganha maior relevo na atualidade é a de Günter Jakobs, para o qual a “norma penal constitui uma necessidade funcional/sistêmica de estabilização de expectativas sociais por meio da aplicação de penas ante as frustrações que decorrem da violação das normas” (QUEIROZ, 2015, p. 407).

Superando a premissa de que a validade do direito penal está na própria eficácia da norma, como forma de refletir na proteção dos bens jurídicos, a prevenção especial apregoa que a finalidade do direito penal é evitar a prática de novos crimes por parte do infrator.

Embora a construção criminológica desse fundamento tenha passado pelo positivismo italiano de Lombroso, Ferri e Garofalo, e pelo movimento de defesa social de Filippo Gramatica, quem teve a proposta de universalizar a teoria da prevenção especial foi Franz von Liszt, o qual defendia que a pena e a medida de segurança deveriam se atentar para as características de cada infrator como forma de impedir a reincidência, a partir da reeducação (QUEIROZ, 2015, p. 411).

Quem vê na pena um produto arbitrário da sabedoria humana, destinado a impedir ações socialmente nocivas, se inclinará muito facilmente a esperar por uma reforma da legislação penal de cura radical de todos os males sociais, tomando como meta da reforma o aperfeiçoamento do sistema penal ou a sua redução mediante medidas preventivas.

Quem considerar a pena como consequência necessária do crime, anterior a qualquer consideração humana e independente dela, entrará em desespero em que pesem todas as concessões que se façam nos detalhes da capacidade redentora das reformas, por mais profundas que sejam (VON LISZT, 2005, p.8).

Por outro lado, de acordo com Bitencourt (2011, p. 57), “é paradoxal falar da ressocialização como objetivo da pena privativa de liberdade se não houver o controle do poder punitivo e a constante tentativa de humanizar a justiça e a pena”.

Percebe-se, então, que paralelamente à fundamentação da pena privativa de liberdade enquanto mecanismo de confirmação do direito positivo e/ou harmonização do próprio sistema normativo, o liberalismo, marcado precipuamente pelas implementações dos direitos humanos de primeira dimensão, também tem condão de impregnar fortes traços de limitação do poder estatal na operacionalização do direito penal e penitenciário.

De acordo com Sarmiento (2012, p. 111-112), os direitos humanos de 1ª geração, especificamente as liberdades públicas, são prerrogativas que protegem os indivíduos contra a arbitrariedade estatal, implicando assim um dever de abstenção do Estado, previstos nas cartas políticas de cada

nação, além dos tratados internacionais, com a nobre missão de defender a pessoa do despotismo estatal.

Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 37) alega que Dignidade Humana possui uma dimensão de atribuir a qualidade intrínseca e distintiva que se reconhece a cada ser humano, o tornando merecedor da consideração e respeito do Estado, que lhe garante condições existenciais mínimas para uma vida digna.

No tocante à execução penal, a atual Constituição brasileira veda qualquer forma de tratamento desumano e degradantes infligidos às pessoas privadas de liberdade. Nesta mesma esteira, diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, a exemplo da “Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes” (ONU, 1984), adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 10 de dezembro de 1984, sendo ratificada pela ordem jurídica brasileira em 28 de setembro de 1989.

Como o tratado internacional supracitado não era específico apenas para o direito penitenciário, em 1955, em Genebra, a Organização das Nações Unidas resolve estabelecer as “Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos” (ONU, 1977), as quais, segundo Pimentel (2017, p. 48),

indicam as formas como devem ser tratadas levadas à prisão, com ausência de discriminação, respeito às crenças, identificação da pessoa, separação de homens e mulheres, condições das celas e demais espaços (dimensões mínimas, aeração, iluminação, salubridade), higiene, vestuário, alimentação, trabalho, esporte, educação, atenção à saúde física e mental (inclusive à gestantes), ordem e disciplina (com parâmetros para aplicação de sanções disciplinares).

Recentemente, em outubro de 2015, as referidas “Regras Mínimas” foram devidamente atualizadas pelas “Regras de Mandela (ONU, 2015), as quais tiveram o intuito de ampliar as garantias à dignidade, à saúde e ao direito de defesa do preso. O documento levou o nome de um dos grandes

defensores da humanística no cárcere, tendo em vista ter a Assembleia Geral concluído a sua assinatura na África do Sul.

Outra norma oriunda do Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos que merece destaque pela peculiaridade necessária que apresenta é aquele que ficou como denominada como sendo as “Regras de Bangkok” (ONU, 2010), que cuidam de disciplinar o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras.

As “Regras de Bangkok” foram um avanço no âmbito normativo de proteção humanitária internacional da questão de gênero, tendo o condão de estimular os Estados à atender a estas demandas. No entanto, foram silentes no tratamento de inúmeras questões, como a diversidade sexual, as peculiaridades do trabalho feminino e o empoderamento feminino na vida pós-cárcere. (PIMENTEL, 2017, p. 49)

Percorrido todo esse caminho, para se buscar nos pressupostos históricos, filosóficos e normativos (interno e internacional), uma fundamentação racional que legitime a funcionalidade da pena privativa de liberdade, passar-se-á agora a discutir sobre a concretização real das finalidades até aqui anunciadas para este exercício do poder punitivo estatal.

2. Os efeitos reversos da reação social formal do direito penal e os limites pragmáticos para abolição da pena privativa de liberdade

Desde 1939, Rusche e Kirchheimer (2004, p. 7) já contestavam a proclamação feita pela maioria dos penalistas liberais de que o propósito da pena seria a proteção da sociedade. Para os autores, falta lógica nesta constatação simplória de que a proteção social como resultado final da intervenção penal por meio do cárcere estaria livre da impregnação de vingança e retribuição, as quais seriam características do impregnadas em qualquer sistema punitivo, não só daqueles de eras passadas.

“Vergonha nacional, inferno dantesco...” Estes foram os termos utilizados pelo professor Daniel Sarmiento, advogado do PSOL na Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF) 347/DF quando de sua sustentação oral no julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF) da medida cautelar de referida ação constitucional, para se referir à falta de salubridade, de educação, de alimentação adequada, de trabalho, de higiene básica (a título de exemplo, foi constatado pela CPI carcerária⁴ da câmara dos deputados que mulheres utilizam “miolo de pão” para conter o fluxo menstrual), à proliferação de doenças infecto-contagiosas, à vulneração das minorias (homossexuais, mulheres, deficientes, etc), à dinâmica do crescimento da população carcerária brasileira (já somos a 3ª do mundo⁵), dentre tantas outras violações massivas e generalizadas à direitos humanos e fundamentais de que não se tem notícia de tamanha severidade desde a abolição da escravatura.

Especificamente no tocante a absurda taxa de aprisionamento no Brasil, os dados oficiais mostram também que o crescimento no número de presos não foi acompanhado do aumento na mesma proporção no número de vagas (a taxa de ocupação é de 161%, isto é, onde eram para ter 10, tem 16), embora tenhamos visto a inauguração de novas unidades prisionais, algumas delas inclusive já geridas pela iniciativa privada.

O interessante é que, mesmo em meio a falência da prisão em atingir às suas finalidades manifestas, ainda insistem os governos em utilizadas como política pública prioritária, o que gera o denominado “encarceramento em massa”, e revela um latente anacronismo, muito bem delineado por Tourinho Peres (2012, p. 8)

⁴ Relatório da CPI carcerária disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/Relatorio%20Final%20-%20150908.pdf> acessado em 15 de agosto de 2016.

⁵ O Brasil conta com 711.463 presos (incluídos aqueles em prisão domiciliar) segundo os últimos dados do ICPS, sigla em inglês que significa Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College, de Londres, apresentados pelo CNJ. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/impressa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf acessado em 20 de agosto de 2016.

É importante ressaltar que a política do encarceramento em massa, o crescimento da população carcerária e a construção de novas instituições prisionais – algumas de segurança máxima, seguindo a tendência da política de encarceramento norte-americana – não decorrem da constatação de que a política prisional e a instituição prisão vêm tendo, ao longo dos anos, bons e promissores resultados no que se refere à sua “vocação” para a “recuperação” de criminosos. São múltiplos e patentes os sinais de que o sistema é falho e que o modelo do aprisionamento como forma privilegiada de punição está longe de ser o ideal (...) As múltiplas e gritantes “crises” do sistema penitenciário, com rebeliões, fugas, denúncias de tortura de presos e múltiplas formas de violação de direitos (...) mostra-se em certo sentido anacr nico esse avanço do sistema prisional.

O drama carcerário brasileiro   tão grave que dia 09 de setembro de 2015, o STF, importando a teoria da Corte Constitucional Colombiana (CCC), declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema prisional nacional, uma vez que foram preenchidos todos os requisitos para esta forma de ativismo dialógico e estrutural, quais sejam

1) *no Plano dos fatos*: existir uma realidade de manifesta violação massiva e sistemática de uma gama de direitos fundamentais de número extenso de pessoas; 2) *no plano dos fatores*: a inconstitucionalidade da situação deve decorrer de uma série de ações e omissões estatais sist micas que demonstrem falhas estruturais e ausência ou desarranjo de políticas públicas, além da verificação de que o problema se perpetua ou se agrava em razão de bloqueios políticos e institucionais persistentes e, aparentemente, insuperáveis; 3) *no plano dos remédios*: em razão de se estar diante de causas estruturais, a solução exige medidas de vários órgãos (remédios ou sentenças estruturais) (CAMPO, 2015)

Como formatação teórica para referidos problemas, a teoria do *Labelling approach*, que tem suas raízes na obra de Durkheim, mas encontra em Goffman e Becker seus principais expositores da modernidade, denuncia o caráter criminógeno do sistema penal, que tem por manifestação primordial etiquetar, desde o processo legislativo até o execucional, quem passará pela experiência do cárcere, deixando bem claro que o crime não existe, mas é uma escolha política daqueles que det m o poder (GRECO, 2009, p. 42-43).

A evolução crítica da supracitada teoria da rotulação (reação) social, conduz a formação de um grupo de intelectuais, influenciados pelo paradigma da economia política do direito penal, que estabelecem a chamada nova criminologia, ou criminologia marxista, ou ainda criminologia crítica.

Para criminologia crítica, o direito penal nada mais é do que um instrumento, utilizado pelas classes detentoras de influência política e econômica, de manutenção da desigualdade social e do *status quo*, que contribui para reafirmar juridicamente a segregação provocada pelo domínio das categorias de poder.

Dada a constatação dos efeitos perversos e irracionais do controle social exercido por meio da intervenção penal, surgem dois movimentos político-criminais para aniquilação do poder punitivo estatal: o abolicionismo penal (de forma imediata) e o minimalismo radical (de forma mediata).

As teorias deslegitimadoras, representadas, basicamente, pelo abolicionismo penal (Hulsman e outros) e pelo minimalismo radical (Baratta, Zaffaroni e outros), têm em comum o fato de se insurgirem contra a existência mesma do direito penal. Recusam legitimidade ao Estado para exercer o poder punitivo, ressaltando principalmente a disparidade entre o discurso e a prática penais, bem como a circunstância de o direito penal criar mais problemas do que resolve, sendo criminógeno, arbitrariamente seletivo e causador de sofrimentos inúteis.

O Direito Penal, a pretexto de cumprir finalidades declaradas, de proteção de bens jurídicos, prevenção geral e especial etc., jamais comprovadas ou passíveis de comprovação, em verdade cumpriria funções latentes, não declaradas, que o deslegitimam e, pois, autorizam a sua abolição (QUEIROZ, 2015, 403).

Buscando traçar um panorama geral da deslegitimação do sistema penal e uma proposta de reinterpretação do direito penal, Zaffaroni (2001, p. 06) parte da perspectiva do Realismo jurídico-penal marginal para

sustentar a possibilidade de reconstrução da dogmática jurídico-penal de acordo com as diretrizes de um direito penal garantidor e ético, assumindo plenamente a realidade de poder do sistema penal e sua deslegitimação, ou seja, admitindo a razão proveniente do abolicionismo (ou do “minimalismo penal”, se se preferir chamar “Direito Penal” ao remanescente). Aventurando-nos por este

caminho, deparamo-nos com um modelo “integrado” de direito penal e de criminologia de corte diferente, com uma ética básica, da qual derivamos a tática doutrinária e jurídica, com elementos para uma cuidadosa reconstrução das garantias, na qual nos utilizamos do direito humanitário como fio condutor.

Queiroz (2015, p. 419-425) aponta que os principais argumentos comuns a essas duas correntes são: 1) o caráter definitório do delito (“o crime não existe”); 2) a inidoneidade preventiva ou motivadora da pena; 3) as cifras ocultas da criminalidade; 4) a seletividade arbitrária do sistema penal; 5) o caráter consequencial (sintomatológico), e não causal (etiológico), da intervenção penal; 6) o caráter criminógeno do sistema penal; 7) a neutralização da vítima pelo sistema penal; e 8) a intervenção do sistema penal sobre as pessoas e não sobre as situações.

Se a prisão é estruturalmente injusta, é possível concretizarmos a sua abolição? Como concretizar a famosa e deformada frase de Radbruch, para o qual seria necessário substituir o direito penal por “algo melhor que ele” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 25)? Existiria este algo?

Como sinaliza Foucault (2002, p. 196), “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”

3. Expansionismo penal e a “relegitimação” da prisão: um campo fértil para a privatização da pena privativa de liberdade (não abolida)?

Há tempos que o crime é motivo de atenção do meio social. A violência e a criminalidade sempre foram temas que despertam interesse, e, com a organização da vida em sociedade, o Estado, ente representativo da vontade dos membros sociais, tratou de criar mecanismos de repressão com intervenções drásticas às condutas desviadas ofensivas a bens jurídicos e nocivas para a convivência humana, isto é, o Direito Penal.

Ocorre que, mesmo sendo condenado à extinção pelas teorias que deslegitimam sua aplicação enquanto política de Estado capaz de, efetiva e coerentemente, enfrentar o problema da criminalidade, o uso do braço forte do direito penal tem sido cada vez mais crescente nas sociedades pós-industriais.

Silva Sánchez (2013, p. 28) afirma que não é difícil constatar nas legislações de todo o mundo, a tendência pela introdução de novos tipos penais, agravamento dos já existentes, bem como restrições ou “reinterpretações” das garantias clássicas afetas ao direito penal substantivo e ao direito processual penal.

Basta que se lembre da recente “Mutação constitucional” do princípio da presunção de inocência realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do Habeas Corpus 126.292, que relativizou a garantia constitucional para permitir a execução provisória da pena daqueles que tiverem suas condenações mantidas em 2  grau de jurisdição por órgão colegiado.

Ou mesmo da inclusão, em 2015, de duas novas qualificadoras ao crime de homicídio, quais sejam, o feminicídio e o homicídio praticado contra agentes de seguranç a pública ou de seus familiares, acrescentando ao  2  do art. 121 do Código Penal Brasileiro os incisos VI e VII.⁶

Desta forma, percebe-se que tanto no âmbito legislativo quanto no judicial vivencia-se na contemporaneidade uma verdadeira expansão do direito penal, de maneira que a globalização econ mica e a integração supranacional se mostram como multiplicadores deste fen meno (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

⁶ Feminicídio (Incluído pela Lei n  13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei n  13.104, de 2015)

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Seguranç a Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei n  13.142, de 2015)

Questiona-se aqui se as políticas públicas voltadas à execução penal, e o desempenho de atividades judiciárias e administrativas nesta seara também recebem os influxos da expansão penal e em caso afirmativo, se a privatização de presídios, pode ser considerada como uma manifestação deste movimento.

A questão penitenciária é tema recorrente no cenário acadêmico, nas pautas governamentais, bem como veiculado constantemente na imprensa, por estar no âmbito de preocupação da sociedade e dos organismos internacionais, no que toca à efetivação dos direitos humanos e fundamentais das pessoas privadas de liberdade e à garantia da efetividade do sistema prisional enquanto instrumento (ainda) indissociável da segurança pública.

Nesse contexto, na tentativa de equacionar uma política de segurança pública eficaz com uma humanizada gestão penitenciária, os sistemas penais contemporâneos têm recorrido à iniciativa privada para executar, em maior ou menor grau, serviços no âmbito das unidades carcerárias, de segregação provisória e/ou definitiva, como alternativa para uma possível minimização do caos que tem imperado nos presídios em toda parte do mundo.

No Brasil, a Ação 04 da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (Enasp) já anunciava que os modelos de gestão prisional que seriam implantados nas unidades prisionais brasileiras sofreriam alterações na maneira como as políticas públicas estavam sendo delineadas nessa seara, com a participação cada vez maior da iniciativa privada em setores que eram apenas de responsabilidade estatal.

Sendo assim, já se verifica uma inclinação positiva para este questionamento. Mesmo sem tratar especificamente da questão privatizante, interessante trazer a lume a posição de Foucault (2002, p. 210), para o qual “A prática penal, tecnologia sábia, rentabiliza o capital investido no sistema penal e a construção das pesadas prisões”.

Os Estados Unidos, embora protagonista de um Estado de Bem-Estar Social extremamente subdesenvolvido, quando comparado com à experiência europeia, lançou-se, nas últimas décadas, numa política progressiva de substituição de “um (semi) Estado-providência por um Estado penal e policial, para o qual a criminalização da marginalidade e a contenção punitiva das categorias deserdadas fazem as vezes de política social” (WACQUANT, 2013, p. 86).

Em tese, o objetivo da prisão se confunde com o fim do direito penal, qual seja, a redução da criminalidade e a harmonização do convívio social, visto que a privação da liberdade, por meio da *persecutio criminis*, visa à segurança pública, na medida em que se presta a recuperar o recluso para o seu retorno à vida em comunidade.

Neste diapasão, a partir de suas indumentárias como o cárcere, o direito penal teria, a longo prazo, a missão de diminuir as taxas de violência. Seguindo esse raciocínio, com o passar do tempo, menos se deveria utilizar as ferramentas do direito penal, porquanto sua adequação já não mais restaria necessária, diante da diminuição dos índices de criminalidade.

No entanto, nos arranjos jurídicos formulados para privatização dos presídios no Brasil, identifica-se uma intransponível barreira à consecução desses ideários, qual seja, a cláusula contratual que obriga o poder público a manter 90% da ocupação carcerária do presídio gerido pela iniciativa privada.

Como conciliar os fins do direito penal de proteção de bens jurídicos e prevenção de crimes com a lógica de que o Estado deve manter as celas de seus presídios sempre ocupadas?

Para Silva, a garantia de ocupação de vagas em patamar tão elevado representa a confissão por parte do Estado de sua descrença quanto aos mecanismos de ressocialização e de prevenção dos delitos (SILVA, 2016, p. 134).

Percebe-se, assim, que existe um circuito perverso neste ponto específico, uma verdadeira bolha carcerária, em que o encarceramento em

massa é causa e consequência da retroalimentação do mercado de prisões privadas, que se valem de cláusulas de lotação como esta para se manterem em um vertiginoso crescimento em busca do lucro.

Logo, é forçoso reconhecer sim uma expansão do sistema penal através da privatização do sistema carcerário, vez que para se manter e crescer no mercado capitalista a empresa de gestão prisional deverá aumentar sua rentabilidade, a qual pressupõe, já que sua receita está condicionada ao número de presos, o aumento da criminalidade e/ou a inflação penal.

Conclusão

A discussão sobre as razões, finalidades e limites da punição constitui assunto de extrema relevância para uma possível redefinição do fundamento do próprio direito penal na pós-modernidade, mas ao mesmo tempo se revela algo inatingível enquanto resposta estática.

Cada modelo de Estado suscita um modelo de direito penal. Ou seja, o papel da pena depende da ordem constitucionalmente vigente, com todo o seu contexto social, econômico e político, a qual identificará suas próprias motivações para castigar ou deixar de castigar.

Por estas razões, a problemática da (des) necessidade da punição, em especial com base na utilização da pena privativa de liberdade, como instrumento idôneo para atingimento dos anseios estatais - sejam eles de estabilização social, de harmonização sistêmica pela norma, de ressocialização, de intimidação, de retribuição, de higienização, de profilaxia pela não reincidência, de dominação econômica, ou qualquer outro -, é um tema político por excelência, uma vez que, segundo Queiroz (2015, p. 399), “o direito penal é, ao menos na perspectiva do Estado, uma forma de gestão política de conflitos; nem a única nem a mais importante”.

Constatou-se aqui que, embora seja imperativo o efetivo respeito aos direitos humanos e a racionalização dos mecanismos de controle formal, ainda é inafastável a legitimidade do sistema penal em nosso Estado de direito contemporâneo como forma de estabilização social e instrumento de segurança pública.

Em sede de considerações finais, verificou-se que a privatização dos presídios pode ser encaixada no “pacote” da Expansão do Direito Penal, na medida em que aquela precisa dessa e essa se solidifica através daquela.

Referências

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUSATO, Paulo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o “Estado de Coisas Inconstitucional”? **Consultor Jurídico (Conjur)**. 15 de outubro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional#author> acessado em 27 de julho de 2016.
- CONCEIÇÃO, Pedro Augusto Simões da. Revisitando a teoria da pena em Hegel. **Boletim do IBCCRIM**, n. 296, jul. 2017.
- FEURBACH, Paul Joahann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 26 ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: vozes, 2002.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4 ed. Niterói: Impetus, 2009.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes, parte 1**. Lisboa: Edições 70, 2004.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. 2 ed. 1 reimpressão. Rio de Janeiro: Revan-ICC, 2014.
- OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa Sócio-Jurídica na Pós-Graduação em Direito. *in* **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- PIMENTEL, Elaine. As violações sistemáticas aos Direitos Humanos no Sistema Prisional Brasileiro. *in* SAMPAIO, João Marcos Francisco [et al]. **Os que estão à Margem: uma abordagem interdisciplinar à luz dos Direitos Humanos**. Maceió: Edufal, 2017, p 41-56.

- ONU. **Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984- ratificada pelo Brasil em 28.09.1989, 1946.
- _____. **Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok)**. Adotada por meio da Resolução 2010/16 de 22 de julho de 2010, do Conselho Econômico e Social, que as recomendou à Assembleia Geral da ONU. As regras de Bangkok, 2010.
- _____. **Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos**. Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra e 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977.
- QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- RUSHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2 ed. Tradução, revisão técnica e nota introdutória: Girzlene Neder. Rio de Janeiro: Revan –ICC, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia e direito constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009
- SARMENTO, George. As Gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. *In RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getúlio (Orgs.). Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares*. Maceió: Edufal, 2012, p. 109-128.
- SILVA, José Adaumir Arruda da. **A privatização de presídios – uma ressocialização perversa: (in) compatibilidade com o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- TAVARES, Juarez. A situação Carcerária no Brasil. *in TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. O Direito Penal e o Processo Penal no Estado de Direito: análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- TOURINHO PERES, Maria Fernanda. O Anacronismo Penitenciário. *In: DANTAS COELHO, Maria Thereza àvila; CARVALHO FILHO, Milton Julio de. Prisões numa abordagem interdisciplinar*. Salvador: EDUFBA, 2012.
- VON LISZT, Franz. **A ideia do fim no direito penal**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Rio de Janeiro: Revan, 2013
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.