

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ANA PAULA DE SOUZA AMAZONAS

**A PRIVATIZAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO PARA SOLUCIONAR A CRISE
NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Recife
2015

ANA PAULA DE SOUZA AMAZONAS

**A PRIVATIZAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO PARA SOLUCIONAR A CRISE
NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à
Faculdade Damas da Instrução
Cristã, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

**Orientador: Dr. Leonardo
Henrique Gonçalves de Siqueira.**

Recife
2015

Amazonas, Ana Paula de Souza

A privatização como meio alternativo para solucionar a crise no sistema penitenciário brasileiro. / Ana Paula de Souza Amazonas. – Recife: O Autor, 2015.

84 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Privatização. 3. Pena criminal. 4. Sistema penitenciário. I. Título.

34
340

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2015-362

ANA PAULA DE SOUZA AMAZONAS

**A PRIVATIZAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO PARA SOLUCIONAR A CRISE
NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BARSILEIRO**

Defesa Pública em Recife, _____ de _____, de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientador (a)

Examinador Prof.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo a privatização das penitenciárias brasileiras e, como objetivos, pesquisar e analisar as questões envolvidas nesta temática. Dessa forma, é pertinente fazer os seguintes questionamentos: até que ponto as penas privativas de liberdade estão alcançando as suas finalidades de repressão, prevenção e ressocialização? O Estado está cumprindo com eficiência a administração das penitenciárias e resguardando os direitos dos condenados? O sistema penitenciário brasileiro enfrenta uma grave crise, a qual demanda medidas urgentes para transformar a situação atual. Diante dessa lamentável realidade, a privatização tem sido proposta e apresentada como umas das possíveis soluções para um tratamento humano e digno ao condenado, possibilitando um programa eficaz à reinserção do mesmo à sociedade. Neste modelo de privatização mencionado anteriormente, o administrador é encarregado de gerenciar os serviços das penitenciárias (alimentação, assistência médica regular, vestuário, trabalho, lazer, entre outros). Enquanto ao Estado compete administrar as penas dos condenados. Quanto à metodologia empregada, é do tipo bibliográfico e descritivo. Já quanto à natureza dos dados é do tipo qualitativo e quantitativo, utiliza-se o método dedutivo. Para tanto, este presente trabalho inicia-se, tratando da parte histórica da pena criminal brasileira, juntamente com seu conceito e suas finalidades. Em seguida, tratando da parte histórica do sistema penitenciário, principalmente o brasileiro. Desde seu surgimento até os dias atuais. Por fim, será analisado a situação atual da crise perpassada pelo sistema penitenciário brasileiro; e também será apresentado e discutido a privatização penitenciária no Brasil, discutindo a respeito da constitucionalidade; requisitos; vantagens e desvantagens; e a experiência brasileira.

Palavras-chave: Finalidades da pena. Sistema penitenciário brasileiro. Privatização.

ABSTRACT

The present thesis aims to study the privatization of Brazilian penitentiaries. Thus, its secondary aims consist in researching and analyzing the matters concerning this theme. It is valid, therefore, to inquire if custodial sentences are really punishing, preventing and re-socializing people who committed crimes. Another point which is worth reflection is if the State is efficiently administrating its penitentiaries in order to assure the rights for the ones who were sentenced to prison. The Brazilian penalty system faces a serious crisis, which demands urgent solutions to reverse the current situation. This regrettable reality has led authorities to consider the privatization of penitentiaries as one of the possible solutions in favor of the human and dignified treatment for incarcerated people; once it can promote the appropriate reintegration of prisoners to society. In this privatization model, the administrator is in charge of providing services such as feeding, regular medical assistance, clothing, work, leisure activities, among others. The State, on the other hand, is responsible for verifying how the convicted people are fulfilling their sentences. The methodology applied in this study is based on books and descriptions. The data used in this thesis is qualitative as well as quantitative and the method employed in the same work is deductive. This thesis starts presenting the historical part of Brazilian criminal penalty joining it with its concept and its purposes. Next, this study talks about the historical part of the penalty system, especially the Brazilian. Beginning the discussion from its origin and going until nowadays. Besides, this work presents and discusses the current crisis, affecting the Brazilian penitentiary system. In the end, it focuses on the privatization process in Brazil, considering its constitutionalization, requisites, advantages and disadvantages and the Brazilian experience to make this process happen.

Key-words: Sentence purposes. Brazilian penalty system. Privatization.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| CAPÍTULO 1 A LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL: PENA CRIMINAL E SUAS FINALIDADES | 9 |
| 1.1 História da pena criminal | 9 |
| 1.2 Conceito da pena | 20 |
| 1.3 Finalidades da pena | 22 |
| 1.3.1 Teoria absoluta ou retributiva: retribuição em Kant e retribuição em Hegel..... | 23 |
| 1.3.2 Teoria relativa ou preventiva: prevenção geral e prevenção especial..... | 27 |
| 1.3.3 Teoria mista ou unificadora..... | 33 |
| 1.4 A finalidade da pena adotada pelo Código Penal Brasileiro de 1984 | 38 |
| CAPÍTULO 2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO | 41 |
| 2.1 A formação histórica da penitenciária como sanção penal | 41 |
| 2.1.1 Sistema Pensilvânico ou Filadélfico..... | 45 |
| 2.1.2 Sistema Auburniano ou <i>Silent System</i> | 47 |
| 2.1.3 Sistemas Progressivos..... | 49 |
| 2.1.3.1 sistema progressivo inglês ou <i>mark system</i> | 50 |
| 2.1.3.2 sistema progressivo irlandês..... | 52 |
| 2.1.3.3 sistema de montesinos..... | 53 |
| 2.2 A estrutura do sistema penitenciário pátrio | 55 |

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO 3 A PRIVATIZAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO PARA SOLUCIONAR A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO..... | 63 |
| 3.1 A crise no sistema penitenciário..... | 63 |
| 3.2 Privatização do sistema penitenciário: problema ou solução?..... | 68 |
| CONCLUSÃO..... | 77 |
| REFERÊNCIAS..... | 80 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a privatização das penitenciárias brasileiras e, como objetivos, pesquisar e analisar as questões envolvidas nesta temática.

A escolha do tema foi devido a não aceitação do cenário atual em que se encontram os condenados nas penitenciárias, tendo em vista as informações que lhe são passadas pelos meios de comunicação (televisão, jornais, revistas, internet, entre outros). E também, academicamente, a autora cursou a disciplina de Execução Penal na Faculdade Damas da Instrução Cristã fazendo com que estimulasse ainda mais o interesse pela temática.

O sistema penitenciário brasileiro enfrenta uma crise, a qual é considerada grave e demanda medidas sérias e emergenciais que tem o propósito de enfraquecer a situação atual (constantemente rebeliões, superlotação penitenciária, degradação dos estabelecimentos, homicídios dos próprios reclusos, entre outros). Diante dessa lamentável realidade, a privatização tem sido proposta e questionada como umas das possíveis soluções.

A partir deste modelo de privatização mencionado, o administrador é encarregado de gerenciar os serviços das penitenciárias (alimentação, assistência médica regular, vestuário, educação, trabalho, lazer, entre outros). Enquanto ao Estado compete administrar as penas dos condenados.

Dessa forma, é pertinente fazer os seguintes questionamentos: até que ponto as penas privativas de liberdade estão alcançando as suas finalidades de reprobção, prevenção, e ressocialização? O Estado está cumprindo com eficiência a administração das penitenciárias e resguardando os direitos dos condenados?

Durante a presente monografia, foi levantada a seguinte hipótese a qual ao final deste trabalho poderá ser constatada ou não: uma vez privatizado o sistema penitenciário brasileiro irá colaborar para manter em boas condições os estabelecimentos penitenciários, e as necessidades básicas dos condenados (alimentação, saúde, educação, trabalho, assistência jurídica regular, vestuário, lazer).

Quanto à metodologia empregada, é do tipo bibliográfico explicando o problema a partir de referenciais teóricos publicados em artigos, livros, dissertações e teses. E também é do tipo de pesquisa descritivo, relatando o que observa, registra, analisa e correlaciona aos fatos apresentados na monografia. Já quanto à natureza dos dados, é do tipo qualitativo (estabelecendo relações entre causa e efeito) e quantitativo (coleta de informações), utiliza-se o método dedutivo.

Para tanto, este trabalho inicia-se, no capítulo 1, tratar da área histórica da pena criminal brasileira, juntamente com seu conceito e suas finalidades.

Posteriormente, o capítulo 2 passa a analisar a parte histórica do sistema penitenciário, principalmente o brasileiro, desde seu surgimento até os dias atuais.

Por fim, o capítulo 3 irá apresentar e verificar, a situação atual da crise perpassada pelo sistema penitenciário brasileiro. E também se discorre a respeito da privatização do sistema penitenciário brasileiro. Discutindo a respeito da constitucionalidade; dos requisitos; das vantagens e desvantagens; e a experiência brasileira.

CAPÍTULO 1 A LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL: PENA CRIMINAL E SUAS FINALIDADES

1.1 História da pena criminal

A história do Direito Penal consiste no estudo do Direito repressivo de outros períodos da civilização, relacionando-o com o Direito Penal Brasileiro em vigor. Há diversas fases da evolução da vingança penal. Segundo Cezar Roberto Bitencourt: “a doutrina mais aceita tem adotado uma tríplice divisão, que é representada pela vingança privada, vingança divina e vingança pública, todas elas sempre profundamente marcadas por forte sentimento religioso/espiritual”¹. Mas não se pode deixar de ser explanada também a fase do sistema composicional, a qual consistia em um dos antecedentes da atual reparação do Direito Civil e das penas pecuniárias do Direito Penal.

As penas nos povos primitivos consistiam de um grande conteúdo religioso, pois a paz era originária dos deuses, aplicava-se a vingança, o castigo, contra o agressor. Nas comunidades primitivas, os acontecimentos nefastos provindos da natureza eram recepcionados como demonstrações divinas (totem) irritadas com a realização de certas práticas que determinavam reparação².

Nesse período, condenava-se o agressor para atenuar a insatisfação das forças sobrenaturais. A punição empregada na época representava o sacrifício da própria vida do agressor. “Como a infração totêmica representava uma ofensa ao ser sobrenatural, cuja ira recaía sobre todo o grupo, ou seja, se convertia na expiação coletiva, era necessário que toda a comunidade participasse do ato de castigar eximindo-se assim da vingança que ocorreria”³. Assim, a pena na sua concepção remota significava a reposta contra a agressão suportada pela sociedade, totalmente desproporcional, sem qualquer cuidado com algum conteúdo de justiça.

Essa fase foi denominada de vingança divina. A religião exercia muita influência nos povos antigos, os crimes eram punidos com muito rigor e crueldade. Assim a repressão dos crimes, satisfazia os deuses ofendidos. “[...] Tinha como finalidade a purificação da alma do

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

² Idem, Ibidem, p. 59.

³ PIERANGELI, José Henrique. *De las penas: tiempos primitivos y legislaciones antiguas*. Tradução Silvia Cristina Bianchi. In: BAIGÚN, David, et. al. (Cord.). *De las penas. Homenaje al profesor ISIDORO DE BENEDETTI*. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 401.

criminoso por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação”⁴.

Posteriormente evoluiu-se para a vingança privada (nas sociedades que têm o sangue como base), muitas vezes ocorriam sangrentas batalhas que baniam indivíduos de seus grupos ou dizimavam totalmente grupos sociais. Se o crime fosse cometido pelo membro do próprio grupo ele era banido (perda da paz), sendo o condenado exposto às forças hostis da natureza e dos animais.

Todavia, quando a infração fosse cometida pelo indivíduo estranho ao grupo, a punição era uma guerra tribo contra tribo (vingança de sangue) até a destruição de uma das partes envolvidas ou até que a luta cessasse pelo esgotamento das forças de ambas. “[...] Para evitar a dizimação das tribos, surge a lei de talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado. [...] Com o passar do tempo, como o número dos infratores era grande, as populações iam ficando deformadas, pela perda de membro, sentido ou função [...]”⁵. Portanto, com a finalidade de solucionar esses grandes problemas surgiu o sistema composicional.

O sistema da composição consistia em reparar as ofensas criminosas, por meio da satisfação ou ressarcimento o infrator comprovava sua liberdade livrando-se do castigo. Esse sistema significava um progresso na limitação da vingança privada. “[...] Agora a vítima ou seus familiares iram receber uma soma (dinheiro) ou bens (gados, cavalos, outros animais, etc.), na forma preestabelecida em conformidade com as regras consuetudinárias ou normas escritas em textos legais [...]”⁶. Dessa forma, já não era possível causar um dano maior daquele já produzido, como acontecia no talião.

Por fim, ultrapassado as fases da vingança divina e da vingança privada, iniciou-se a vingança pública. Nesta fase, a repressão criminal tinha como objetivo a segurança do soberano ou monarca (visto como um deus) pela sanção penal, mantendo a crueldade e severidade na atribuição das penas, com a mesma finalidade intimidatória.

[...] O Estado, afastou a *vindita* privada, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo a vingança pública, que nos primórdios, manteve a absoluta identidade entre poder divino e poder político. A primeira finalidade

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

⁵ Idem, Ibidem, p. 60.

⁶ PIERANGELI, José Henrique. *De las penas: tiempos primitivos y legislaciones antiguas*. Tradução Silvia Cristina Bianchi. In: BAIGÚN, David, et. al. (Cord.). *De las penas. Homenaje al profesor ISIDORO DE BENEDETTI*. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 404-405.

reconhecida desta fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela desumanidade e crueldade [...]”⁷.

A história do Direito Penal no Brasil antes do seu descobrimento em 1500, os povos primitivos encontravam-se ainda na fase de vingança privada, com a presença do talião (olho por olho dente por dente) e da perda da paz, predominavam sanções corporais, mas sem tortura. “Havia simplesmente regras consuetudinárias (tabus), comuns ao mínimo convívio social, transmitidas verbalmente e quase sempre pelo misticismo”⁸.

Para estudar o Direito Penal no Brasil, faz-se necessário, primeiramente falar do Direito Penal Português, que teve grande influência no ordenamento jurídico brasileiro. Os historiadores o dividem em três fases: período colonial, período imperial e republicano. “Quando Cabral aportou na Bahia, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446, por D. Afonso V, além, é certo, de normas oriundas do direito romano, canônico e costumeiras. No famigerado Livro V é que se encontravam as normas de Direito Penal”⁹. Como exemplo, o Título XXXII (Do que mata, ou fere alguém sem porquê):

*[...] el Rey Dom Donni, de muito louva e famofa memória, em feu tempo fez Lei em esta forma, que fe fegue. Dom Donniss per graça de DEOS Rey de Portugal, e do Algarve. Eftabelecemos e Poemos por Ley, que todo homem, ou molher, que a outrem meter merda em boca, ou mandar meter, moira porem. Outro sy todo homem, que matar ou chagrar outrem, nom avendo com elle tençom, nem lhe dizendo, nem fazendo por que, ou eftando feguro o morto ou chagado, que o que lhe fezer o que dicto he, moira porem. Outro sy esta meefma pena aja o que falfar Carta ou Seello d’ElRey, ou d’outra qualquer peffoa de Villa, Concelho, como quer que fejam autênticos. E vista por nós a dita Ley, declarando em ella dizemos, que todo homem, de qualquer eftado e condiçom que feja, que matar outro a fem razom, que moira porem. E fe o ferir, e nom matar aja aquella pena, que for achada per direito que merece, fegundo a qualidade do feito. E todo aquele que falfar nosso Signal, ou Seello, mandamos que moira porem, fegundo he contheudo na dicta Ley, e perca os beês para a Corôa do Regno, fe acedentes, decedentes lidemos nom ouver. E fe falfar feello de Cidade, ou Villa, ou outro qualquer, que feja autentico, mandamos que aja a pena em outra Ley contheuda. E com esta declaração Mandamos que fe guarde a dicta Ley, fegundo em ella he contheudo, e por nos declarado, como dicto he*¹⁰.

⁷ PIERANGELI, José Henrique. *De las penas: tiempos primitivos y legislaciones antiguas*. Tradução Silvia Cristina Bianchi. In: BAIGÚN, David, et. al. (Cord.). *De las penas. Homenaje al profesor ISIDORO DE BENEDETTI*. 1ed. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 404-405.

⁸ Idem, *Ibidem*, p. 76.

⁹ TELES, Ney Moura. *Direito Penal - parte geral - arts. 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais da lei penal, teoria geral do crime*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1998, p. 47.

¹⁰ ORDENAÇÕES AFONSINAS. *Livro V Título XXXII: Do que mata ou fere alguém sem porquê*. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg126.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

Na época ainda prevalecia à vingança pública, estas são algumas características de suas normas: a crueldade das penas; a inexistência dos princípios do contraditório, ampla defesa e do princípio da legalidade; penas arbitrárias e desigualmente determinadas pelo julgador.

Em seguida as Ordenações Afonsinas foram substituídas pelas Manuelinas. Não ocorreram muitas mudanças, o tempo transcorria sem grandes alterações na esfera do pensamento.

[...] Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, por determinação de D. Manuel I, que vigoravam até o advento da Compilação de Duarte Nunes de Leão, em 1569, realizada por determinação do rei D. Sebastião. Os ordenamentos jurídicos referidos não chegaram a ser eficazes, em razão das peculiaridades reinantes na imensa colônia.¹¹ Na realidade, havia uma inflação de leis e decretos reais destinados a solucionar casuísmos da nova colônia; acrescidos dos poderes que eram conferidos a carta de doação, criavam uma realidade jurídica muito particular¹².

O primeiro século da presença dessa grande colônia, o direito era aplicado pelos donatários das capitâneas hereditárias, que tal como senhores, juizes, reis, interpretavam, determinavam e executavam o Direito Penal. Naquela época a prisão não consistia em pena criminal, “[...] mas medida cautelar, processual, destinada a guardar o condenado até a execução da pena, de morte, corporal, de aflição ou de suplício. Ainda que rara, existia a pena de servidão, que submetia ao cativo o mouro ou judeu que se fizesse passar por cristão”¹³. Como exemplo das Ordenações Manuelinas, o Livro V, Título VIII (Do que disser testemunho falso, e do que lhe fizer dizer, ou o cometer que o diga):

[...] qualquer pessoa, que testemunhar falso em qualquer cafo que feja, moura por ello morte natural, e perca todos feus bens para a Coroa de Noffos Reynos: e esta mefta pena auerá auquelle, que enduzir, e corromper algũa teftemunha fazendo-lhe teftemunhar falfo em feito crime de morte, ora feja a abfoluer, ou a condenar: porem fe for pela abfoluer, nom fe fará nelle execuçam atec No-lo fazerem faber, decrandonos as caufas por que foi mouido a tal fazer, e fe for em outros crimes, que nom fejam de morte, e affi nos ciueis, ferá degredado para fempre pera Ilha de Sam Thome, e perderá fua fazenda, fe defeentes, ou afcendentes lidimos nom teuer. E em todos eftes cafos fobreditos, nem em cada huñ delles nom auer perdam de Nós: e se ououer, mandamos que lhe nom feja guardado, porque o Auemos por fubrepticio. E porque ha hi muitas peffoas, que forbonam teftemunhas nom quererem dar feus teftemunhos falfos, a nom dam em poua, Auemos por bem, que prouando-fe que as fobornaua, prometendo-lhe dinheiro, ou qualquer outra coufa por que teftemnhaffe falfo, pofto que teftemunha o nom quiffeffe aceptar, e pofto que nom defte teftemunho, nem foffe aprefentada por teftemunha, Mandamos que fe a caufa, pera que affi fobornaua, for ciuel, e for pia, feja açoutado pola Villa con baraço, e preguam, e fendo peffoa em

¹¹ PRADO e BITENCOURT, 1995 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76-77.

¹² Idem, Ibidem, p. 77.

¹³ TELES, Ney Moura. **Direito Penal - parte geral – arts. 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais da lei penal, teoria geral do crime**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1998, p. 48.

que nom caiba açoutes, feja dgredadodous annos pera cada huũ dos Luguares d'Alem em Africa; e fe for feito crime em que nom caiba morte, aureá iffo mefmo as fobreditas penas, e fe for em cafo de morte pera condenar, feja degredado pera a Ilha de Sam Thome dez annos, e mais ferá açoutado, fe for piam; e fe for abfoluer, feja degredado dez annos pera cada huuũ dos Noffos Luguares d'Alem¹⁴.

Em 1603 foram editadas as Ordenações de Filipe II, da Espanha, que reinava também Portugal, vigoraram mesmo depois de 1640, quando ocorreu a reconstrução portuguesa, penalizando em 1792, o herói da Independência no Brasil, Joaquim José da Silva Xavier.

A lei penal imposta no Brasil, naquela época era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603. Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis, como: açoite, amputação de membros, as galés, confisco de bens, degredo etc; As penas dependiam das condições dos réus, assim, não se adotava o princípio da legalidade (não havia proporção entre as penas e os crimes)¹⁵. Como exemplo o Livro V, Título VIII (Dos que abrem as cartas do Rei, ou da Rainha ou de outras pessoas):

*qualquer que abrir nossa carta assinada por Nós, que se contenhão cousas de segredo, que specialmente pertença á guarda de nossa pessoa, ou stado, ou da Rainha, minha mulher, ou do Principe, meu filho, ou á guarda e defensão de nossos Reinos, e descobrir o segredo della, do que a nós poderia vir algum prejuizo, ou desserviço, mandamos que morra por isso. E esta pena haverão os que abrirem as Cartas, e descobrirem os segredos dellas, que alguns Grandes, ou outras pessoas nos enviarem cerradas, que isso mesmo specialmente pertença á guarda de nossa pessoa, ou stado ou da Rainha, ou do Principe, ou de nosso Reino. E se as ditas Cartas nos sobreditos casos abrir, e não descobrir os segredos dellas, se for Scudeiro, ou pessoa de igual, ou maior condição, perca os bens, que tiver, para a Corôa do Reino, e seja degredado para Africa para sempre; e se tal não for, além do dito degredo, seja publicamente açoutado. E se sómente abrir outras nossas Cartas cerradas, que forem assignadas per Nós, em que mandamos dizer algumas cousas, que a Nós apraz, ou que pertencem a nosso serviço, que não são taes, como as que acima declaramos, ou abrir Cartas, que para Nós vierem, de qualquer pessoa que sejam, do que lhe aprouver, ou pertencer a nosso serviço, se fôr Scudeiro, ou de semelhante, ou maior condição seja degredado quatro annos para Africa, e seja riscado de nossos livros, se for nosso morador. E se não for da dita qualidade, seja publicamente açoutado e degradado dous annos para Africa [...]*¹⁶.

No período imperial surgiu a primeira Constituição do Brasil em 1824, e com ela ocorreu mudanças necessárias, tais como: não retroação da lei penal, garantia da equidade de

¹⁴ TELES, Ney Moura. **Direito Penal - parte geral - arts. 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais da lei penal, teoria geral do crime**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1998. Acesso em: 26 ago. 2014.

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 10. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

¹⁶ ORDENAÇÕES AFONSINAS. **Livro 5 Tit. 8: Dos que abrem as cartas do Rei, ou da Rainha, ou de outras pessoas**. Disponível em: < <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1158.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

todos perante a lei, a extinção de certas penas cruéis e infamantes, a proibição da transferência da punição aos descendentes do criminoso, e determinou a abolição dos açoites, torturas e marcas de ferro quente e penas cruéis¹⁷.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública; III. A sua disposição não terá efeito retroativo; [...] XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um; [...] XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis; XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau, que seja; XXI. As Cadeias serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes¹⁸.

Já em 1830 surge o Código Criminal do Império, associando princípios de responsabilidade moral e do livre arbítrio, segundo o qual não há delinquente sem compreender o mal e sem o intuito de cometê-lo. As penas cominadas são: a morte na forca, a de galés prisão simples e prisão com trabalhos forçados, banimento, degredo e desterro, multa e suspensão de direitos. Para os cidadãos livres. Já os escravos enquanto semoventes podiam ser açoitado¹⁹. Assim dispõe o Código Criminal de 1830:

Art. 38. A pena de morte será dada na forca; [...] art. 44. A pena de galés sujeitará os réus a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos públicos da província, onde tiver sido cometido o delito, à disposição do Governo; [...] art. 46. A pena de prisão com trabalho, obrigará aos réus a ocuparem-se diariamente no trabalho, que lhes for destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças, e dos regulamentos policiais das mesmas prisões; art. 47. A pena de prisão simples obrigará aos réus a estarem reclusos nas prisões públicas pelo tempo marcado nas sentenças; art. 48. Estas penas de prisão serão cumpridas nas prisões públicas, que oferecerem maior comunidade, e segurança, e na maior proximidade, que for possível, dos lugares dos delitos, devendo ser designadas pelos juizes nas sentenças; [...] art. 50. A pena de banimento privará para sempre os réus dos direitos de cidadão brasileiro, e os inibirá perpetuamente de habitar o território do império; art. 51. A pena de degredo obrigará os réus a residir no lugar destinado pela sentença, sem poderem sair dele, durante o tempo, que a mesma lhes marcar; art. 52. A pena de desterro, quando outra declaração não houver, obrigará os réus a sair dos termos dos lugares do delito, da sua principal residência, e da principal residência do ofendido, e a não entrar em algum deles, durante o tempo marcado na sentença; [...] art.55. A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia

¹⁷ TELES, Ney Moura. **Direito Penal - parte geral – arts. 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais da lei penal, teoria geral do crime**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1998, p. 49.

¹⁸ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de mar. de 1824. **Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brazil**, Rio de Janeiro, RJ, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 8 ago. 2014.

¹⁹ TELES, Ney Moura. **Direito Penal - parte geral – arts. 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais da lei penal, teoria geral do crime**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados poderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos, ou indústria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo; [...] art. 60. Se o réu for escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoites, e depois de sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar²⁰.

Com a revogação do regime escravista, juntamente às inúmeras transformações na legislação penal, impunha uma necessidade de um novo Código, e, quando a República foi proclamada “[...] o ministro da Justiça do Governo Provisório de Deodoro, Campos Sales, encarrega o Professor João Batista Pereira [...] da tarefa de organizar um projeto de novo código, que em três meses foi apresentado e rapidamente incorporou-se ao ordenamento jurídico”²¹.

Esse Código Penal Brasileiro foi aprovado e publicado em 1890, antes da Constituição Brasileira de 1891. O Código teve inspiração clássica, em um tempo que o positivismo estava em alta, recebeu muitas críticas, e com o seu surgimento nasceu à ideia de reorganizá-lo.

Antes de começar a vigorar o Código Penal de 1890, no dia vinte de setembro de mil oitocentos e noventa, o Governo Provisório brasileiro da época editou o Decreto nº 774, que extinguiu a pena de galés, determinou em trinta anos o tempo da antiga prisão perpétua e instituiu a prescrição das penas. Dispondo em seu artigo primeiro: “é abolida desde já a pena de galés, e substituída pela prisão com trabalho durante o mesmo número de anos, si for temporária, ou durante 30 anos, si for perpétua a cominada na lei anterior ou já imposta por sentença”²². As penas impostas pelo Decreto nº 774 previam: “prisão cautelar, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspensão e perda de emprego público, com ou sem inabilitação para o exercício de outro, multa e banimento, que veio a ser abolido pela Constituição de 1891”²³.

A quarta constituição do Brasil, a de 1934, apresentou novas disposições nos seus artigos 27 e 31 respectivamente: “a lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu”; “não será

²⁰ BRASIL. Código Criminal do Império do Brazil, de 16 de dez. de 1830. **Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça**, Rio de Janeiro, RJ, 7 jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 8 ago. 2014.

²¹ TELES, Ney Moura. **Direito Penal - parte geral – arts. 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais da lei penal, teoria geral do crime**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 49-50.

²² BRASIL. Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890. **Sala das sessões do Governo Provisório**, Rio de Janeiro, RJ, 20 set. 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=774&tipo_norma=DEC&data=18900920&link=s>. Acesso em: 08 ago. 2014.

²³ TELES, Ney Moura. **Direito Penal - parte geral – arts. 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais da lei penal, teoria geral do crime**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 50.

concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem em caso algum de brasileiro”²⁴. Portanto houve significativas mudanças no âmbito penal, tais como: limitar os casos de permissão para retroceder a lei penal, somente para favorecer o acusado e, também não será permitido a Estado estrangeiro extradição por delito político ou de opinião, nem em caso de brasileiro.

A próxima Constituição Brasileira foi a de 1937, ela traz em seu artigo 13, uma relevante conquista e um grande atraso:

[..] não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever apenas de morte para os seguintes crimes: a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; b) tentar com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operação de guerra; d) tentar com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na constituição; e) tentar subverter por meios violentos a ordem política ou social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade²⁵.

No ano de 1940, ocorreu a criação do novo Código Penal Brasileiro, por meio do Decreto-lei nº 2.848, de sete de dezembro, que passou a vigorar no dia primeiro de janeiro de mil novecentos e quarenta e dois. Em três de outubro de mil novecentos e quarenta e um, é emitido o Decreto-lei nº 3.688, estabelecendo a Lei de Contravenções Penais. “O novo sistema elege a privação de liberdade como pena principal, a reclusão e detenção, para os crimes, e prisão simples para as contravenções penais, e as medidas de segurança para os incapazes e perigosos”²⁶.

A pena de reclusão (no máximo até trinta anos) e a pena de detenção (no máximo até três anos) consistiam nas espécies de penas privativas de liberdade previstas no Código de 1940, a pena de prisão simples estava destinada para a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 2.848, de 7.12.1940, e Decreto-lei nº 3.688, de 3.10.1941). A multa concluía o rol das

²⁴ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

²⁵ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

²⁶ TELES, Ney Moura. **Direito Penal - parte geral – arts. 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais da lei penal, teoria geral do crime**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1998, p. 51.

sanções principais (artigos 28 e 6º). As penas acessórias instituídas no Código Penal eram: perda de função pública; interdições de direitos e publicação da sentença (artigo 67).

A medida de segurança é uma sanção fundamentalmente preventiva devendo ser aplicado com: segregação hospitalar, assistência, tratamento, custódia, reeducação com vigilância. Essa pena fundamenta-se exclusivamente na periculosidade (estado subjetivo mais ou menos duradouro, de antissociabilidade).

Segundo o art. 88 do Código Penal de 1940 em sua redação original, as medidas de segurança dividiam-se em patrimoniais e pessoais. A interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco eram medidas da primeira espécie; as da segunda espécie subdividiam-se em detentivas e não detentivas (art. 88). As medidas detentivas eram: a) a internação no manicômio judiciário; b) a internação em casa de custódia e tratamento; c) a internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional. As medidas não detentivas eram: a) a liberdade vigiada; b) a proibição de frequentar determinados lugares; c) o exílio local (art. 88, §§ 1º e 2º)²⁷.

O sistema penal da época utilizava o critério denominado de duplo binário, o qual se constituía na prescrição sucessiva de pena e mais a medida de segurança para o condenado consideravelmente perigoso.

A distribuição legal dos tipos de autor e das medidas correspondentes eram complicadas, como se pode verificar. Assim: a) o inimputável, nos termos do art. 22 (atual art. 26, deveria ser internado em Manicômio Judiciário; b) o semi-imputável (parág. ún. do art.22, que corresponde hoje ao parág. ún. do art. 26), deveria ser internado na Casa de Custódia e Tratamento, obedecidos alguns requisitos, como a quantidade da pena e o estado de embriaguez na prática do fato, se habitual a embriaguez); c) o condenado por crime doloso, se fosse reincidente; o condenado à reclusão por mais de cinco anos e o condenado à pena privativa de liberdade, se o crime se relacionasse com a ociosidade, a vadiagem e a prostituição, deveriam ser confinados em Colônia Agrícola ou Instituto de Trabalho, de Reeducação ou de Ensino Profissional, por períodos mínimos de dois anos, quanto ao primeiro, e um ano, os demais (arts. 91 a 93)²⁸.

Porém, desde 1940 dentre as várias leis que alteraram o Código Penal em vigor, uma, em particular, merece destaque: a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que estabeleceu uma nova parte geral, com clara influência finalista. “A Lei n. 7.209/84, que reformulou toda a Parte Geral do Código de 1940, humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão, além de reintroduzir no Brasil o festejado sistema de dias-multa”²⁹.

²⁷ DOTTI, René Ariel, **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 202.

²⁸ Idem, *Ibidem*.

²⁹ BITENCOURT, 1993 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

Sua característica mais importante está na rejeição do sistema duplo binário (pena e medida de segurança). Utiliza-se agora, no Código Penal brasileiro vigente, o sistema vicariante (pena ou medida de segurança), nos casos em que o agente é semi-imputável.

Além do mais, o Código Penal de 1940 incorporou a determinação do começo da execução para a configuração da tentativa; o sistema progressivo para o implemento das penas privativas de liberdade; a suspensão condicional da pena e o livramento condicional. Já na Parte Especial, distribuída em onze títulos, se inicia pelos delitos contra a pessoa, finalizando pelos delitos contra a administração pública. As penas cruéis, peréguas e de trabalhos forçados não estão mais previstas no Código Penal vigente. Já com relação as penas de morte, são proibidas no Brasil, exceto em tempos de guerra, conforme a Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XLVII, não haverá penas: “ de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX³⁰. O tempo máximo para o cumprimento da pena privativa de liberdade estabelecida pela sentença é de trinta anos. “Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos”³¹.

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir³².

Portanto, com a nova Parte Geral também foi promulgada a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). Aderido o sistema vicariante pela legislação penal, e considerando que a execução penal tem por finalidade cumprir as determinações da sentença ou decisão criminal, de acordo com o art. 1º da Lei de Execução Penal, compõe o fundamento da execução a presença de sentença criminal que tenha empregado pena: privativa de liberdade;

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2014.

³¹ BRASIL. Dec. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial União**. Rio de Janeiro, RJ, 3 jan. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

³² Idem, Ibidem.

ou restritiva de direito (alternativa da pena privativa de liberdade); ou interdição temporária de direitos (art. 47, do CP); ou multa (substitutiva de pena privativa de liberdade); ou medida de segurança. Esta última representada em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 97, do CP), para àqueles sujeitos considerados inimputáveis (art. 26, do CP).“A legislação penal especial prevê ainda outras penas: a prisão simples (LCP), a pena de morte (crimes militares em tempos de guerra), a prisão, a suspensão do exercício do posto e a reforma (CPM), a multa reparatória (CTB), a advertência sobre os efeitos das drogas e o comparecimento a programa ou curso educativo (nova Lei de Tóxicos) etc”³³.

São espécies de pena privativa de liberdade, as penas de reclusão e detenção. A primeira deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. Já a segunda, em regime semiaberto ou aberto, conforme o art. 33, do CP e 118 da Lei de Execução Penal.

A pena restritiva de direito, substitui a pena privativa de liberdade quando: a mesma não for superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; o réu não pode ser reincidente em crime doloso; o réu tem que ter boa conduta, boa personalidade, bons antecedentes (art. 44, do CP).

Dispõe o art. 43, do Código Penal que as penas restritivas de direitos são classificadas em: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou entidade pública; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana.

A pena de prestação pecuniária trata-se do pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, §1º, do CP).

Consiste a pena de perda de bens e valores, pertencentes ao condenado, dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, devido a prática do delito (art. 45, § 3º, do CP).

³³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 29. ed. v. 1. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 237.

Trata-se de pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, quando é aplicada às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade (art. 46, *caput*, do CP). A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, § 1º, do CP). As tarefas devem ser cumpridas segundo a capacidade dos condenados, sendo uma hora de tarefa por dia de condenação, determinadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (art. 46, § 3º).

Compreende as penas de interdição temporária de direito: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão ou atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos (art. 47, do CP). As justificativas para a existência das penas de interdição temporária de direitos é devido ao condenado ter praticado algum ilícito penal, ou abuso de poder, ou violação do dever funcional, e etc.

Já as penas de limitação de final de semana, são determinadas na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado (art. 48, do CP).

Por fim, a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa.

1.2 Conceito de pena

A primeira noção do que viria a ser o conceito de pena é que ela é considerada como um mal, porque implica na perda de bens jurídicos. “[...] A pena pode ser definida como consequência jurídica do crime, traduzida em um mal, imposto pelo Estado, com o fim de evitar a prática de novos delitos. [...] E esse mal deve ser proporcional à culpabilidade do agente”³⁴.

Para Luiz Vicente Cernicchiaro,

[...] a pena pode ser encarada sobre três aspectos: substancialmente consiste na perda ou privação de exercício do direito relativo a um objeto jurídico; formalmente está vinculada ao princípio da reserva legal, e somente é aplicada pelo Poder Judiciário,

³⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 280.

respeitado o princípio do contraditório; e teleologicamente mostra-se, concomitantemente, castigo e defesa social³⁵.

O bem jurídico de que o condenado pode ser tolhido ou sofrer restrição pode ser a liberdade (pena privativa de liberdade), o patrimônio (pena de multa), a vida (pena de morte, na excepcional possibilidade disposta no artigo 5º, XLVII, “a”, da Constituição Federal Brasileira de 1988) ou outro direito qualquer, de acordo com a legislação vigente (penas restritivas de direitos).

Segundo Soler, “a pena é em primeiro lugar a ameaça de um mal, e logo imposto ao violador de uma norma jurídica, como retribuição, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar os delitos”³⁶.

Conforme Hans-Heirinch Jescheck e Thomas Weigend, a concepção da pena é:

[...] a resposta a uma considerável infração jurídica através da imposição de um mal adequado a gravidade do injusto e da culpabilidade do autor, que expressa uma desaprovação pública do fato, e que, por isso, supõe uma confirmação do Direito. Além do mais, a pena deve desenvolver para o próprio autor um efeito positivo, posto que aquela deve favorecer sua socialização ou, pelo menos, não deve obstaculizá-la³⁷.

Percebe-se que de acordo com Cláudio Brandão o significado de pena é que ela é um mal imposto pelo Estado ao agente, o qual cometeu uma conduta criminosa: típica (é a ação ou omissão praticada pelo sujeito descrita em lei como delito); antijurídica (contrário ao Direito, ilícita) e culpável (o agente ser imputável ter 18 anos e não ter doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ter conhecimento ou possibilidade de conhecimento da antijuridicidade de sua conduta, e ter condições de, no momento da prática daquele ato criminoso, ter agido de modo diverso do qual agiu); com o objetivo de evitar novos delitos. E a pena deve ser proporcional à culpabilidade do agente. De acordo com o entendimento de Jescheck e Weigend a concepção da pena trata-se da resposta ao delito praticado através da determinação de um mal proporcional ao nível do injusto e da qualidade do delincente, que manifesta uma não aceitação do fato ocorrido pela sociedade e que, por isso acredita-se em uma validação do Direito.

³⁵ CERNICCHIARO, 1970 apud MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 246.

³⁶ SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino: parte general*. 2. ed. tomo II. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1963, p. 360.

³⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Tradução por Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. ren. e amp. Granada: Comares, 2002, p. 14.

Além do mais, a pena de acordo com esses doutrinadores, tem pelo menos a finalidade da ressocialização do criminoso, não devendo impedi-la ou prejudicá-la. Já para Luiz Vicente Cernicchiaro, conceitua a pena sob três pontos de vista: substancialmente, formalmente e teleologicamente. Significa dizer respectivamente, que a pena é a retirada e a limitação de um objeto jurídico devido ao agente ter cometido um crime; a limitação da autoridade do Poder Judiciário em utilizar-se do princípio da reserva legal (nenhum fato pode ser considerado crime se não existir uma lei que o enquadre e, nenhuma pena pode ser aplicada, se não houver sanção pré-existente e correspondente ao fato) contra o agente criminoso respeitando o princípio do contraditório (possibilidade de efetuar a mais completa defesa quanto à imputação que lhe foi realizada) e a pena tem como finalidades castigo e defesa da sociedade. Segundo Sebastian Soler a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado através de uma ação penal contra o autor do crime, fundada na diminuição de um bem jurídico, com o objetivo de impedir novos crimes.

Portanto, há pontos em comum entre os conceitos sobre pena desses doutrinadores citados anteriormente, que são: de conceituar a pena como sendo imposta pelo Estado em decorrência do indivíduo ter cometido o crime; com os propósitos de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em sociedade, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos delitos ou contravenções penais.

1.3 Finalidades da pena

As denominadas teorias da pena apresentam opiniões bastante relacionadas às concepções acerca do *ius puniendi* aplicado pelo Estado. Consequentemente, o debate não só gira em torno de explicar o objetivo que o Estado alcança quando se condena uma conduta, mas também, designar em quais situações e quais medidas são legítimas a utilização da pena.

Há três teorias para explicar os fundamentos da existência da pena: teoria absoluta ou retributiva (*punitur, quia peccatur est* = punido, porque pecou); teoria relativa ou preventiva (*punitur ne peccetur* = pune-se para que não se peque) e teoria mista ou unificadora (que faz a junção das duas anteriormente citadas). Essas denominações latinas que caracterizam as teorias absolutas e relativas (*punitur, quia peccatur est/ punitur ne peccetur*) foram criadas por Sêneca em seu diálogo “De ira” (estudo sobre as consequências e o controle da ira) inspirado em Platão.

Platão, já na antiguidade grega compreendia a origem da bipartição prevenção/retribuição para explicar os fundamentos da pena ao declarar que:

[...] é isso tão certo, Sócrates, que se queres tomar o trabalho de examinar o que significa esta expressão: castigar aos maus, a força que tem o fim que nos propomos a esse castigo. [...] Porque ninguém castiga a um homem mau só porque tem sido mau, a não ser que se trate de uma besta feroz que castigue para saciar sua crueldade. [...] Mas o que castiga com razão, castiga, não pelas faltas passadas, porque já não é possível que o que já foi sucedido deixe de suceder, mas pelas faltas que possam sobrevir para que o culpável não reincida e sirva de exemplo aos demais seu castigo³⁸.

1.3.1 Teoria absoluta ou retributiva: retribuição em Kant e retribuição em Hegel

Compreende-se melhor as finalidades da pena em sentido absoluto quando se examina simultaneamente com o tipo de Estado que lhe origina. “As características mais significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano era lhe concedido diretamente por Deus”³⁹. O conceito do Direito divino remete-se a um período em que não exclusivamente a religião, mas igualmente a teologia e a política confundiam-se entre si. Na figura do rei acumulava-se não só o poder como governante, mas também todo o poder legal e da justiça. A concepção de pena na época era de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) praticado. Assim, no Estado absolutista, determinava-se a pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, contra Deus.

O Estado absolutista é identificado igualmente como um Estado de transformação. É o período da passagem entre a sociedade da baixa idade média e a sociedade liberal. Acontecem, nessa época, uma expansão da burguesia e um relevante aumento de capital. Diante do concreto crescimento dessa nova classe social, fazia-se necessário a realização de procedimentos para resguardar o capital.

Com o advento do mercantilismo surge o Estado burguês, tendo como fundamento o contrato social, sendo seu maior expoente Rousseau. “O Estado, tendo como objetivo político a teoria do contrato social, reduz sua atividade em matéria jurídico-penal à obrigação de evitar a luta entre os indivíduos agrupados pela ideia do consenso social”⁴⁰.

O sujeito que violava esse contrato social era considerado como desertor, pois sua atitude não condizia com a incumbência de manter a organização social, ou seja, a liberdade

³⁸ PLATÃO, 1993 apud BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 281.

³⁹ KERM, 1955, tradução por Angel Lopez-Arno apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100.

originária. Bania-se esse indivíduo da sociedade, e ele era considerado como rebelde cuja culpa poderia ser imputada uma pena. Dessa forma, a pena passa então a ser compreendida como “a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão Divina é substituída pela razão do Estado, a lei divina pela lei dos homens”⁴¹.

De acordo com os doutrinadores Hans-Heinrich Jeschek e Thomas Weigend, as teorias absolutas ou retributivas:

concentram o motivo jurídico e o sentido da pena somente na retribuição, segundo a qual a justiça deve ser feita com o culpado pelo ato cometido. A pena é livre de qualquer consideração finalística (*poena absoluta ab effectu*) e simplesmente aparece como a imposição querida de um mal dirigido à compensação pela comissão de uma infração jurídica culposa⁴².

Portanto, Jescheck e Weigend, conclui explanando que o fundamento do pensamento das teorias absolutas da pena constitui-se:

[...] no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e da essência dos valores morais, na crença da capacidade do homem para se autodeterminar e em limitar a missão do Estado para a proteção da liberdade individual dos cidadãos. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, abordagens idealistas, conservadores e liberais⁴³.

Dentre os defensores da teoria absolutista ou retributiva da pena destacam-se os pensadores do idealismo alemão: Immanuel Kant com sua obra *Metafísica dos Costumes* e Georg Wilhelm Friedrich Hegel com sua obra *Princípios da Filosofia do Direito*. “Kant, no seu livro *Princípios Metafísicos do Direito*, expõe suas ideias sobre os fins da pena. Para o autor, a pena é um sofrimento e deve ser aplicada por uma questão de justiça independente de qualquer finalidade, porque cada um deve responder por seus atos”⁴⁴.

Conforme o entendimento de Kant, a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que se origina de um imperativo categórico, ou seja, como aquele preceito que “representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária”⁴⁵. Assim, nesse mesmo entendimento, Cláudio Brandão explica a ideia de Kant para

⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ e HORMAZABÁL MALAREÉ, 1982 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100.

⁴² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Tradução por Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. ren. e amp. Granada: Comares, 2002, p. 75.

⁴³ Idem, Ibidem.

⁴⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 282.

a distinção entre pena forense e pena natural: [...] “a pena forense, que é a do Direito Penal, não visa a nenhum outro fim a não ser causar um mal ao delinquente, por uma questão de justiça”⁴⁶.

Segundo Immanuel Kant ao conceituar a pena como imperativo categórico, como um fim em si mesmo, que não se alcança uma finalidade, recusa, todo anseio de lhe conceder fins práticos ou de interesse político, ou que se fundamente a partir daí, ou que tome em conta razões dessa condição, considerando que “o homem não deve ser tratado como um puro meio a serviço do fim de outro ser, confundido com objetos do direito real, porque isto é garantia de sua personalidade, embora ele possa ser condenado a perder sua responsabilidade civil”⁴⁷. Por fim, rejeita-se a instrumentalização do homem em favor das finalidades do benefício social.

Assim, mesmo que nenhuma utilidade possa resultar da cominação ou aplicação da pena, seja em favor da sociedade ou da vítima, seja em favor do condenado, a cumpriria sempre quem praticasse um crime. Pois, de acordo com Kant, é preferível que morra um homem a perder toda uma população, porque, sua finalidade é realizar a justiça, “quando a justiça é desconhecida, os homens não têm a razão de ser sobre a Terra”⁴⁸. Portanto, afirmou que “ainda que uma sociedade se dissolvesse por consenso de todos os seus membros (assim, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha, decidisse separar-se e dispersar-se pelo mundo), o último assassino deveria ser executado”⁴⁹.

Dessa forma, Immanuel Kant considera a lei de talião (olho por olho, dente por dente) como sendo a medida e a espécie da pena que o Estado deve impor ao condenado. “Somente a lei de talião”, escreveu, “proclamada por um tribunal pode determinar a qualidade e a quantidade da punição”⁵⁰, pois “o mal imerecido que tu fazes a outrem, tu fazes a ti mesmo, se tu o roubas, roubas a ti mesmo, se tu o matas, matas a ti mesmo”⁵¹.

Em Hegel a pena cumpre com o requisito da razão, que se esclarece e se fundamenta a partir de um processo dialético dependente da ideia e da concepção do próprio Direito. “Se o crime é a negação do direito e a pena a negação do crime, podemos dizer que a pena é a negação

⁴⁵ KANT, 1983, tradução por Garcia Morente apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

⁴⁶ BRANDÃO, Cláudio, op. cit., p. 282.

⁴⁷ KANT, 1916, tradução por Di Giovanni Vidari apud QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

⁴⁸ KANT, 1983, tradução por Garcia Morente apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103, v. 1.

⁴⁹ KANT, 1916, tradução por Di Giovanni Vidari apud QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 20.

⁵⁰ Idem, Ibidem, p. 20.

⁵¹ Idem, Ibidem, p. 20.

da negação do direito. Logo, como a negação de uma negação é uma afirmação, a pena reafirma o ordenamento violado pelo crime”⁵². A pena é, portanto, a reconstrução efetiva da legalidade do Direito. A pena, de acordo com Hegel, é uma necessidade fundamental. “[...] para quem o direito é manifestação da vontade racional; a pena é a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional. Serve a pena para restaurar uma ideia, precisamente para restaurar a razão do direito, anulando a razão do delito”⁵³.

Essa absolutização da definição da pena está totalmente conforme com o entendimento hegeliano sobre o indivíduo, que, para Hegel, apenas existe em função do Estado e para o Estado, pois ele (o Estado) é “o espírito objetivo, então só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade”⁵⁴. Portanto, ao poder estatal o cidadão deve obediência absoluta. O Estado, ainda no pensamento de Hegel, “é o racional em si e para si, nele a liberdade obtém o seu valor supremo e assim este último fim possui um direito soberano sobre os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever”⁵⁵.

Hegel parte da ideia inicial de que toda coação ou violência é idealmente injusta, porque afronta contra a presença real da liberdade. “o direito abstrato”, disse, “é o direito de coação, pois o ato injusto é uma violência contra a existência da liberdade numa coisa exterior. Manter essa existência contra a violência como ação exterior é uma violência que suprime a primeira”⁵⁶. “A primeira coação, exercida pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime – juízo negativo em todo o seu sentido”⁵⁷.

O fundamento e a conveniência da pena são indiscutíveis: “a pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito”⁵⁸. Em relação ao criminoso, a pena é um direito seu, uma maneira de sua liberdade existir, que o “dignifica como ser racional, pois está implicada na sua própria vontade, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesma o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como seu próprio direito”⁵⁹.

⁵² HEGEL, 1943, tradução por S.W. Dyde apud BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 282.

⁵³ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 7. ed. v. 1. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 139.

⁵⁴ HEGEL, 1997 apud QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

⁵⁵ Idem, *Ibidem*, p. 22.

⁵⁶ Idem, *Ibidem*, p. 22.

⁵⁷ Idem, *Ibidem*, p. 22.

⁵⁸ Idem, *Ibidem*, p. 22-23.

⁵⁹ Idem, *Ibidem*, p. 23.

A pena, conforme a concepção de Hegel mostra-se, portanto como uma circunstância fundamental dependente da existência do direito, que não pode continuar sendo direito a não ser pela negação da vontade individual do criminoso, demonstrada pelo crime, pela vontade geral (da sociedade), demonstrada pela lei.

Assim, segundo o doutrinador Luiz Regis Prado, explica as semelhanças da teoria absoluta ou retributiva da pena dos pontos de vista de Kant e Hegel: “a teoria de Hegel tem em comum com a de Kant a ideia essencial de retribuição e o reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade”.⁶⁰ Já em relação às diferenças entre elas, de acordo com Regis Prado, “[...] repousa no fato de que a teoria hegeliana se aprofunda mais na construção de uma teoria positiva acerca da retribuição penal e na renúncia à necessidade de uma equivalência empírica no contexto do princípio da igualdade”⁶¹.

1.3.2 Teoria relativa ou preventiva: prevenção geral e prevenção especial

Segundo as teorias relativas ou preventivas a pena não tem a finalidade de retribuir o fato criminoso perpetrado, mas sim prevenir a sua realização. Se a punição ao agente do delito se impõe, segundo o entendimento das teorias absolutas, apenas porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir no futuro (*punitur ne peccetur*).

A criação mais antiga das teorias relativas é concedida a Sêneca, que, se dispondo do diálogo Protágoras de Platão, declarou: “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar”⁶². Tanto para a teoria absoluta quanto para a teoria relativa, a pena é declarada um mal necessário. Porém, para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não se constitui na concepção de executar a justiça, mas na função, de evitar a prática de novos delitos.

A teoria relativa ou preventiva divide-se em duas: prevenção geral e especial. “A primeira (prevenção geral) subdivide-se em duas, “fala-se de prevenção geral positiva, se se concebe a pena como instrumento de fortalecimento dos valores ético-sociais veiculados pela norma (ou análogo), e de prevenção geral negativa, se se pretende simplesmente desencorajar a generalidade das pessoas da prática de delitos”⁶³; Já a respeito da segunda, “[...] fala-se de

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, art.s 1º a 120**. 11. ed. v. 1. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 628.

⁶¹ Idem, Ibidem, p. 628.

⁶² HASSEMER, 1984 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106.

⁶³ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

prevenção especial, porque se persegue, por meio da pena, a neutralização do delinquente, inibindo-o da prática de novos delitos”⁶⁴.

Dentre os que sustentam a teoria preventiva geral negativa ou intimidatória, evidencia-se Feuerbach. Esse doutrinador foi o criador da teoria da coação psicológica, uma das primeiras interpretações jurídico-científicas da prevenção geral da pena. Esta teoria é essencial para as fundamentações da finalidade do Direito Penal. [...] Função da pena é, por conseguinte, a prevenção geral dos delitos, por meio de uma “coação psicológica” exercitada sobre a comunidade jurídica, a intimidar/atemorizar a generalidade das pessoas às quais se dirige a norma⁶⁵.

A tese defendida por Feuerbach afirma que é por intermédio do Direito Penal que se pode dar uma resposta ao problema da delinquência, diferenciando dois momentos da aplicação da pena: o da cominação e o da sua efetiva aplicação. Isto só tornara-se possível se por “[...] um lado com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando os membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada”⁶⁶.

Portanto, os objetivos da pena não podem ser segundo Feuerbach:

- a) a prevenção contra futuros delitos de alguém em particular [...]; b) nenhuma retribuição moral, porque esta pertence ao âmbito da ética e não ao do ordenamento jurídico, e tal pretensão seria fisicamente impossível; [...] c) nenhum melhoramento moral, porque este seria o objetivo da expiação, mas não o da pena⁶⁷.

De acordo com os defensores da teoria da prevenção geral positiva ou integradora, a pena não serve a prevenção negativa dos delitos, removendo possíveis transgressores, muito menos afastando aqueles que já tenham cometido delito; sua finalidade vai mais à frente: “[...] infundir na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social”⁶⁸.

⁶⁴ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

⁶⁵ Idem, *Ibidem*, p. 33.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107, v. 1.

⁶⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. 1ed. 14. ed. alemã. Tradução por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2007, p. 54.

⁶⁸ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 36.

Duas concepções deste entendimento sobre a teoria da prevenção geral positiva ou integradora serão aqui analisadas, as teses de Hans Welzel e Günther Jakobs, nessa ordem.

Conforme Welzel, a “missão do direito penal consiste na proteção dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social, e só por inclusão a proteção de bens jurídicos particulares”⁶⁹. A lei penal executa, portanto, uma essencial incumbência de revigorar a consciência constante da veracidade jurídica, resguardando a eficácia infringível dos valores éticos.

Em defesa de seu entendimento, Welzel demonstra que quando a interferência penal se concretiza já é tarde demais, portanto:

mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores de ato da consciência jurídica; isso constitui o fundamento mais sólido que sustenta o estado e a sociedade. A mera proteção de bens jurídicos tem um fim policial e negativo. Contrariamente, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social de caráter positivo⁷⁰.

Assim, antes de impedir determinados resultados danosos, interessa garantir a vigência dos valores éticos. Isso resulta que a conduta deve ser verificada com menos cautela em relação ao desvalor do resultado do que considerando o desvalor da ação, já que “importa menos o efeito positivo atual da ação, que a permanente tendência positiva da ação dos cidadãos”⁷¹.

Para Jakobs, cuja elaboração se influencia na teoria dos sistemas de Luhmann sustenta-se como ponto inicial, para o estudo da pena,

a perspectiva de sua funcionalidade para o sistema social; investiga-se seu papel dentro do controle social, dentro do sistema de expectativas que deriva dos contatos e interações sociais. A pena, ou mais precisamente, a norma penal, aparece como uma necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante às frustrações que decorrem da violação das normas. Este novo enfoque utiliza, enfim, a concepção luhmanniana do direito como instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização das expectativas⁷².

⁶⁹ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 11. ed. 4. ed. castelhana. Tradução por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Perez. Santiago de Chile: Editoria Jurídica do Chile, 1997, p. 5.

⁷⁰ Idem, *Ibidem*, p. 3.

⁷¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 11. ed. 4. ed. castelhana. Tradução por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Perez. Santiago de Chile: Editoria Jurídica do Chile, 1997, p. 3-4.

⁷² QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 43.

Segundo o entendimento de Jakobs as convivências e as relações sociais reproduzem as mais variadas expectativas, as quais são resguardadas como exigência da manutenção da ordem social. Essas expectativas podem ser desconsolidadas diante da frustração ou divergência entre os que estão envolvidos no convívio social, são normatizadas, resguardando a confiança e a lealdade das relações interindividuais ou sistemáticas. “A pena deve assim proteger as condições de tal interação, e tem, portanto, uma função preventiva”.⁷³ “Para a perspectiva sistêmica a reação punitiva tem como função principal restabelecer a confiança ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e para a integração social”⁷⁴.

As normas destinam-se, a salvaguardar a formação social básica, sancionando positivamente a viabilidade de que as instituições exerçam ordenadamente, diante de sua desobediência. Dessa forma, fazendo uso das palavras de Jakobs, “a pena é uma demonstração da vigência da norma à custa de um responsável”⁷⁵, cuja finalidade é estabelecer positivamente a sua vigência; é, portanto, “a estabilização da norma lesionada”⁷⁶, como “réplica que tem lugar frente ao questionamento da norma”⁷⁷, atuando em comunhão.

Assim, a pena não serve à prevenção negativa dos delitos, ou seja, afastando aqueles que já tenham cometido delito destinado a remover possíveis transgressores, muito menos à proteção de bens jurídicos, como estabelece Jakobs, “destinatários da norma não são primeiramente algumas pessoas enquanto autoras potenciais, senão todos, vez que ninguém pode passar sem interações sociais e dado que por isso todos devem saber o que delas esperar”.⁷⁸ “Antes a pena é concebida positivamente, tendo por missão a manutenção da norma enquanto modelo de orientação de condutas para os contatos sociais”⁷⁹.

Ultimamente, Jakobs passou a reconhecer concomitantemente ao direito penal do cidadão, um direito penal do inimigo, paradigmas políticos-criminais cujas principais características são as seguintes:

⁷³ JAKOBS, 1995, tradução por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo apud QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

⁷⁴ BARATTA, 1985 apud QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

⁷⁵ JAKOBS, 1995, tradução por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo apud QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

⁷⁶ Idem, Ibidem, p. 44.

⁷⁷ Idem, Ibidem, p. 44.

⁷⁸ Idem Ibidem, p. 45.

⁷⁹ Idem, Ibidem, p. 45.

- a) o inimigo não é pessoa, mas inimigo (não-pessoa), logo a relação que com ele se estabelece não é de direito, mas de coação, de guerra; b) o direito penal do cidadão tem por finalidade manter a vigência da norma; o direito penal do inimigo, o combate de perigos; c) o direito penal do cidadão reage por meio de penas; o direito penal do inimigo por meio de medidas de segurança; d) o direito penal do cidadão trabalha com um direito penal do fato; o direito penal do inimigo, com um direito penal do autor; e) por isso, o direito penal do cidadão pune fatos criminosos; o direito penal do inimigo, a periculosidade do agente; f) o direito penal do cidadão é essencialmente repressivo, o direito penal do inimigo, essencialmente preventivo g) por essa razão, o direito penal do cidadão deve se ocupar, como regra, de condutas consumadas ou tentadas (direito penal do dano), ao passo que o direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal, para punir atos preparatórios (direito penal do perigo); h) o direito penal do cidadão é um direito de garantias; o direito penal do inimigo, um direito antigarantista⁸⁰.

Portanto, de acordo com o entendimento de Jakobs, aquele indivíduo que não apresenta um mínimo de segurança racional de seu comportamento, não pode ser tratado como pessoa.

Com efeito, quem por princípio se conduz de modo desviado e não oferece garantia de um comportamento pessoal, não pode, conseqüentemente, ser tratado como cidadão, devendo ser combatido como inimigo; e esta guerra tem lugar em nome, e para preservar, o legítimo direito penal dos cidadãos, que têm direito à segurança⁸¹.

A teoria da prevenção especial da pena se subdivide em duas: prevenção especial negativa e prevenção especial positiva. A primeira diz respeito à “[...] uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com a sua segregação ao cárcere”⁸². Já a segunda tem caráter educativo, com intuito de ressocializar o criminoso, para que no futuro ele possa voltar ao convívio social disposto a cumprir com as normas do Direito a todos imposta. Assim, “[...] a prevenção de novos delitos já não se dirige, portanto, à generalidade de pessoas, mas ao infrator da norma em particular”⁸³.

Várias correntes de pensamento defendem essa maneira de explicar o direito de punir. Porém Franz Von Liszt destaca-se pelo domínio e estabilidade de sua realização, universalizar a teoria da prevenção especial. Para esse doutrinador a missão do Direito Penal é

⁸⁰ JAKOBS, 1995, tradução por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo apud QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 45-46.

⁸¹ Idem, Ibidem, p. 46.

⁸² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 490.

⁸³ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 53-54.

a tutela de interesses humanos “[...] por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso”⁸⁴. Dessa forma, segundo Franz Von Liszt:

advertindo e intimando, a cominação penal acrescenta-se aos preceitos imperativos e proibitivos da ordem jurídica. Ao cidadão de intenções retas, ela mostra, sob a forma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados, ela põe em perspectiva, como consequência do ato injurídico, um mal cuja representação deve servir de contrapeso às tendências criminosas⁸⁵.

A execução penal é a efetivação da determinação pela ordem jurídica para a coação decorrente da pena, que esta reproduz todo o seu efeito particular. De acordo com a concepção de Liszt sua atuação reflete:

1.º sobre os membros da coletividade em geral, porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos; 2.º igualmente sobre o ofendido, a quem, além disso, proporciona a satisfação de que o atentado dirigido contra a sua pessoa não escapa a devida punição; 3.º especialmente sobre o delinquente mesmo. Conforme a natureza da extensão do mal da pena, diferente pode ser o centro de gravidade do efeito exercido sobre o delinquente pela execução penal. a) a pena pode ter por fim converter o delinquente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como intimidação ou como emenda o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinquente; b) a pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil à sociedade (seleção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade⁸⁶.

Ou seja, a finalidade da pena, para os criminosos eventuais, que não necessitam de punição, é a advertência (ou intimidação); para os que necessitam de punição, é ressocializá-lo com a educação no decorrer da execução penal; para o criminoso irreparável ou rotineiro, é torná-lo inócuo por tempo indeterminado, enquanto perdurasse a necessidade inocuidadora.

Logo, segundo o entendimento de Franz Von Liszt, a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos por meio da aplicação da pena recair sobre a personalidade do criminoso com o objetivo de impedir futuros crimes. “O legislador deve afeiçoar a execução penal diversamente, conforme tiver em vista, no dado, um ou outro dos efeitos da pena. É

⁸⁴ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. tomo I. Tradução por José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, p. 143.

⁸⁵ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. tomo I. Tradução por José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, p. 143.

⁸⁶ Idem, *Ibidem*, p. 143-144.

sobretudo o efeito intencionado com relação ao delinquente que determina a natureza e extensão do dano”⁸⁷.

1.3.3 Teoria mista ou unificadora

As teorias mistas ou unificadoras pretendem reunir em uma definição os objetivos da pena. Esta corrente pretende juntar as características mais relevantes das teorias absolutas e relativas.

“Para essas teorias, a justificação da pena depende da justiça de seus preceitos e da sua necessidade para a preservação das condições essenciais da vida em sociedade (proteção de bens jurídicos)”⁸⁸. “Busca-se, assim, unir justiça e utilidade, razão pela qual a pena somente será legítima na medida em que for justa e útil”⁸⁹. “Por conseguinte, a pena, ainda que justa, não será legítima, se for desnecessária (inútil), tanto quanto se, embora necessária (útil), não for justa”⁹⁰.

Conforme o entendimento de Jescheck e Weigend ao doutrinar sobre o assunto teoria mista ou unificadora, explica:

assim, se reúnem a prevenção geral e a retribuição na experiência de que somente uma pena justa adequada à culpabilidade dissuade e educa em um sentido sociopedagógico; desta forma a retribuição nunca se entenderá como simples humilhação do réu, mas sempre com uma possível intervenção adequada que deve reconciliar o autor com a sociedade através de uma compensação mensurada por sua culpabilidade; de modo que toda pena deve, em sua configuração, atuar de modo ressocializador na medida em que isso seja necessário e possível, de modo que com tal finalidade também podem ser levadas a cabo rebaixadas na sua extensão de uma pena merecida e rigorosa para não dificultar ao autor o caminho da reinserção e sem que, desde logo, a sanção possa perder sua relação com a culpabilidade como fundamento. Pelo contrário, a pena adequada à culpabilidade nunca pode ser sobrepassada por motivos preventivos de caráter geral ou especial. A teoria unitária está caracterizada, assim, por um conceito pluridimensional da pena, que se orienta no pensamento da retribuição, a ela não se limita⁹¹.

⁸⁷ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. tomo I. Tradução por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, p. 144.

⁸⁸ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

⁸⁹ BACIGALUPO, 1987 apud QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

⁹⁰ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

⁹¹ JESHECK, Hans- Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 5. ed. ren. ampl. Granada: Editora Comares, 2002, p. 81.

Em síntese, as teorias unificadoras concordam com a retribuição (necessária para a proteção da sociedade, é uma retribuição a serviço da prevenção de novos delitos) e o princípio da culpabilidade como fundamentos limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode transcender a responsabilidade resultante do fato cometido. Tendo como dever facilitar a reinserção do criminoso na sociedade.

Dentre os variados conceitos unitários da pena, destacam-se as teorias de Claus Roxin e Luigi Ferrajoli, a seguir apresentadas.

Conforme leciona Paulo Queiroz, ao explicar a teoria unificadora na visão de Claus Roxin, afirma o seguinte:

para Roxin, cuja formulação privilegia a prevenção geral, em que pese fundir numa só teoria tendências as mais diversas, a análise das funções do direito Penal deve ter em considerações três momentos que, distintos embora, não se repelem, antes, se integram e se completam, cada um reclamando, porém, uma justificação particular, a saber: a ameaça (cominação), a imposição (aplicação), e a execução da pena⁹².

De acordo com o doutrinador Paulo Queiroz, o qual continua sua explanação sobre o assunto, dizendo:

na primeira fase de manifestação do *jus puniendi* – a cominação abstrata da sanção penal -. Entende Roxin que, pra se saber dos fins do Direito Penal, cumpre ter em conta, em primeiro lugar, o papel que é atribuído ao Estado, como titular do direito de punir, razão por que, na vigência do Estado de Direito, em que todo poder emana do povo, já não se pode ver a sua função na realização de fins divinos ou transcendentes de qualquer outro tipo. Também por isso, e sobretudo por participar cada indivíduo do poder estatal com igualdade de direitos, semelhante função não pode consistir em corrigir moralmente o indivíduo⁹³. Para Roxin papel do Estado, papel que determinará, por sua vez, a função do direito penal, é criar e garantir a um grupo reunido, interior e externamente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais⁹⁴.

Estabelecendo, os assuntos e os limites do Direito Penal, a partir da competência atribuída ao Estado, Claus Roxin conclui:

- 1) que o direito penal é de natureza subsidiária, ou seja, somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada, pois quando bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve se retirar. E que,

⁹² QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 63-64.

⁹³ Idem, Ibidem, p. 63-64.

⁹⁴ ROXIN, 1993 apud QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 64.

para a pessoa atingida, cada pena significa um dano aos seus bens jurídicos cujos efeitos atingem, não raro, o extermínio da sua existência ou, em qualquer caso, restringem fortemente a sua liberdade pessoal. Consequentemente, e por ser reação mais forte da comunidade, somente se pode recorrer a ela em último lugar. Assim, pois, o bem jurídico recebe uma dupla proteção: através e ante o direito penal⁹⁵. 2) que o direito penal não pode se ocupar de condutas meramente imorais ou não lesivas de bem jurídico (princípio da ofensividade)⁹⁶.

Em relação à individualização da pena, por meio de sentença penal condenatória, a finalidade da pena é a prevenção geral, pelo reconhecimento da intimidação da pena. “[...] Essa, aliás, e não a prevenção especial é a única razão que pode justificar, por exemplo, segundo Roxin, a punição de assassinos nacional-socialistas de pois de longo tempo, embora não sejam mais perigosos”⁹⁷. Dessa forma, o autor Paulo Queiroz prosseguiu analisando o pensamento de Roxin sobre a teoria unitária ou mista da pena:

[...] diferentemente de Feuerbach, a prevenção geral, para Roxin, não se exaure na mera intimidação ou atemorização das pessoas – prevenção negativa, apenas -, vez, que compete ao direito penal também fortalecer a consciência jurídica da generalidade dos seus destinatários⁹⁸.

No que se refere à prevenção geral, positiva e negativa, Claus Roxin, afirma que, na aplicação da pena, tem também um fim de prevenção especial, como último objetivo de prevenção geral, assim:

[...] certamente não se pode desconhecer que, na maioria dos casos de aplicação da pena, se inclui também um elemento de prevenção especial que intimidará o delinquente face a uma possível reincidência e manterá a sociedade segura deste, pelo menos durante o cumprimento da pena⁹⁹.

Além do mais, em relação à premissa kantiana de acordo com a qual considera as questões de prevenção geral para impor uma pena a alguém se constituiria em instrumentalizá-lo ou coisificá-lo, alega que:

[...] a aplicação da pena estará justificada se conseguir harmonizar a sua necessidade para a comunidade jurídica com a autonomia da personalidade do delinquente, que o

⁹⁵ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 65

⁹⁶ Idem, Ibidem, p. 65.

⁹⁷ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 65-66.

⁹⁸ Idem, Ibidem, p. 65-66.

⁹⁹ Idem, Ibidem, p. 66.

direito tem de garantir, devendo, portanto, o infrator da norma ser julgado segundo a medida de sua pessoa, e não segundo a sua mera utilidade para os fins dos outros¹⁰⁰.

Conforme Claus Roxin, o princípio da culpabilidade serve para prevenir prováveis exageros que poderiam decorrer da prevenção geral, passando aquela a ser como limite desta, não podendo a pena exceder a medida da culpa. Logo, de acordo com Roxin: “fim de prevenção geral da punição apenas se pode prosseguir na culpa individual, pois se vai além, e portanto se pretende que o autor expie as tendências criminosas de outros, atenta-se realmente contra a dignidade humana”¹⁰¹.

Dessa forma, o último estágio da efetuação do direito Penal é a execução da pena. Nela, a pena visa a ressocialização do criminoso e a reinserção na sociedade. “Adverte Roxin, porém, que, em respeito à garantia constitucional da autonomia da pessoa, é proibido um tratamento coercitivo que interfira com a estrutura da personalidade, mesmo que de eficácia ressocializante [...]”¹⁰².

O autor Paulo Queiroz, em sua obra *Funções do direito penal*, segue demonstrando a concepção da teoria mista ou unificadora na visão de Roxin: “Roxin entende que o direito penal serve também para limitar o poder de intervenção do Estado, protegendo, assim, o indivíduo de uma repressão desmensurada do Estado, isto é, protege o indivíduo simultaneamente através do direito penal e ante o direito penal”¹⁰³.

Neste momento será analisado o entendimento de Luigi Ferrajoli sobre a teoria mista ou unitária. Para esse doutrinador, o direito penal “[...] é uma técnica de definição, comprovação e repressão da desviação”¹⁰⁴. Conforme Paulo Queiroz relatando sobre o ponto de vista de Ferrajoli diz que: “o único fim que o Estado pode e deve perseguir, legitimamente, por meio da pena, é a prevenção geral negativa. Mas não apenas a prevenção de futuros delitos, como só enfatiza as doutrinas utilitárias tradicionais”¹⁰⁵. Assim, “em seu utilitarismo reformado, com efeito, Ferrajoli dá especial ênfase à prevenção de penas informais, isto é, à prevenção de possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias, que podem resultar da ausência ou omissão do sistema penal”¹⁰⁶.

¹⁰⁰QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

¹⁰¹ Idem, *Ibidem*, p. 66.

¹⁰² Idem, *Ibidem*, p. 67.

¹⁰³ Idem, *Ibidem*, p. 67-68.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Tradução por Afonso Ruiz Miguel: parágrafos 1 ao 12. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 209.

¹⁰⁵ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68.

¹⁰⁶ Idem, *Ibidem*, p. 68.

Portanto, conforme o pensamento de Luigi Ferrajoli, “a pena não serve só para prevenir os injustos delitos, senão também os castigos injustos; que não se ameaça com ela e se a impõe só *ne peccetur*, senão também *ne punietur*; que não tutela só a pessoa ofendida pelo delito, e sim também ao delinquente, frente às reações informais, públicas ou privadas”¹⁰⁷.

Assim, é concedido ao Direito Penal, uma dupla função preventiva, ambas de efeito negativo: prevenção de novos delitos e prevenção de reações abusivas parta do particular ou do próprio Estado. “Ferrajoli duvida, por um lado da efetiva idoneidade do direito penal para prevenir delitos futuros; duvida enfim, da eficácia dissuasiva da intervenção penal; e, por outro, acredita que seja a norma penal mais eficaz ou mais adequada para cumprir essa segunda tarefa (de prevenção de reações informais)”¹⁰⁸, “ainda quando com penas modestas ou pouco mais que simbólicas”¹⁰⁹, “segundo, porque só esse segundo fim é, ao seu ver, necessário e suficiente para fundamentar um modelo de direito penal mínimo e garantista; finalmente, porque só a tutela do inocente e a minimização da reação ao delito serve para distinguir o direito penal de outros sistemas de controle social [...]”¹¹⁰.

De acordo com o entendimento de Luigi Ferrajoli a respeito da teoria mista considera que, “o direito penal assume como finalidade uma dupla função preventiva uma e outra de sentido negativo: a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desproporcionais. A primeira função marca o limite mínimo e a segunda o limite máximo das penas”¹¹¹. De acordo com o doutrinador: “uma reflete os interesses da maioria não-desviada; a outra, o interesse do réu e de todo aquele de que se suspeita e é acusado como tal”¹¹². Dessa forma, segundo Ferrajoli, “os dois fins e os dois interesses entram em conflito, e são seus portadores as duas partes de um processo penal contraditório: a acusação, interessada na defesa social e por conseguinte em maximizar a prevenção e o castigo dos delitos”¹¹³; e também, “a defesa, interessada na defesa individual e por tanto em maximizar a prevenção das penas arbitrárias”¹¹⁴.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Tradução por Afonso Ruiz Miguel: parágrafos 1 ao 12. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 332.

¹⁰⁸ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Tradução por Juan Carlos Bayón Mohino: parágrafos 13 ao 31. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 334.

¹¹⁰ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

¹¹¹ FERRAJOLI, op. cit., p. 334.

¹¹² Idem, Ibidem, p. 334.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Tradução por Juan Carlos Bayón Mohino: parágrafos 13 ao 31. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 334

¹¹⁴ Idem, Ibidem, p. 334.

Portanto, o direito penal surge da necessidade política e social de tutelar esse conflito de interesses, pretendendo reprimir a violência (minimizá-la) e impedir o arbítrio. Ou seja, “[...] quando a reação bilateral parte ofendida/ofensor é substituída por uma relação trilateral em que se situa em uma posição de terceiro ou imparcial uma autoridade judicial”¹¹⁵.

Ferrajoli defende a abolição gradual das penas privativas de liberdade, bem como propõe que não ultrapassem dez anos por achar excessivas e desnecessariamente afluídas. “As penas, por conseguinte, não devem perseguir fins pedagógicos ou correccionais, senão que devem consistir em sanções taxativamente predeterminadas, e não agradáveis com tratamento diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico”¹¹⁶.

Por último, Luigi Ferrajoli, defende que o modelo Direito Penal ideal, diante dos requisitos de certeza e razão que devem regulamentar a intervenção do Estado, é, imprescindível um modelo de Direito Penal que: represente o máximo de bem-estar possível para os não-desviados (os não-delinquentes) e o mínimo de mal-estar para os desviados (os delinquentes)¹¹⁷.

1.4 A finalidade da pena adotada pelo Código Penal Brasileiro de 1984

Dentre as concepções da pena apresentadas, a que mais se aproxima do Código Penal brasileiro vigente é a teoria mista ou unificadora. Como se verificará.

O Código, principalmente, quando da cominação das penas, o que faz segundo o fundamento não apenas de prevenção geral, ou ainda, quando da aplicação da pena, busca ajustá-la à proporção e gravidade da conduta criminosa praticada, ao determinar, por exemplo, o artigo 29 “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”¹¹⁸. Analisa-se artigo 59, *caput* do Código Penal, quando dispõe como outro exemplo: “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Tradução por Juan Carlos Bayón Mohino: parágrafos 13 ao 31. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 333.

¹¹⁶ Idem, *Ibidem*, p. 223-224.

¹¹⁷ Idem, *Ibidem*, p. 332.30.

¹¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 19 mai. 2014.

ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”¹¹⁹.

Na realidade, o Código Penal Brasileiro menciona a recepção da finalidade retributiva no artigo 121, § 5º: “na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”¹²⁰; e no artigo 129, §8º: “aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do artigo 121”¹²¹. Fica evidente, ser admissível o perdão judicial quando o agente já foi punido, quando já foi castigado pelos resultados do delito por ele praticado. Já ocorreu a retribuição. Portanto, a pena é também retribuição, mas retribuição simplesmente limitadora do direito de punir. O legislador não se orienta por ela, ao estabelecer as infrações penais, mas leva em conta ao cominar penas, graduá-las e escolher os fundamentos de individualização judicial da pena.

Não são estes os únicos preceitos reguladores de uma política criminal pragmática. De fato, por ocasião da aplicação da pena e posterior execução, tem-se em vista a reintegração social do condenado, nesse sentido prevê o art. 10, *caput* da Lei 7.210/ 1984 – Lei de Execuções Penais: “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”¹²². Há também, o artigo 22 “a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”¹²³. E ainda, o artigo 28: “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”¹²⁴.

Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, introduzida no Direito Penal Brasileiro pelo Decreto 678/1992, estabelece em seu artigo 5º, item 6, no que se refere à integridade pessoal: “as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos

¹¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 19 mai. 2014.

¹²⁰ Idem, *Ibidem*.

¹²¹ Idem, *Ibidem*.

¹²² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 19 mai. 2014.

¹²³ Idem, *Ibidem*.

¹²⁴ Idem, *Ibidem*.

condenados”¹²⁵. Não há dúvida, portanto, de que o legislador se sustentou também em critérios de prevenção especial.

¹²⁵ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 mai. 2014.

CAPÍTULO 2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

2.1 A formação histórica da penitenciária como sanção penal

Segundo o doutrinador Edmundo Oliveira ao explicar sobre o assunto do início da formação histórica do sistema penitenciário leciona: “com a característica de pena, a prisão apareceu na Idade Média. Àquela época o Direito Canônico impunha a reclusão para os clérigos que incorressem em infrações eclesásticas e também para os hereges e delinquentes julgados pela jurisdição da igreja”¹²⁶. Edmundo Oliveira continua a sua explicação relatando a respeito de que:

[...] na Idade Média, castelos fortalezas e conventos mantinham espaço como prisão. A igreja, em suas leis, admitia a pena privativa de liberdade, sendo consagrado nesse período, o termo penitenciária. O criminoso (pecador) aceitava e, às vezes, suplicava, como graça, a penitência. A reabilitação vinha da adesão íntima ao sofrimento purificador¹²⁷.

Já no século XVI, foi inventado um sistema penitenciário denominado de galés ou galeras. Ou seja, navios que serviam de prisão onde os condenados a penas graves e os prisioneiros de guerra cumpriam a pena acorrentados em um banco; diante da intimidação de um chicote; sendo obrigados a remar, com dura jornada de trabalho forçado. Governos da Europa, como na Áustria, vendiam delinquentes condenados a outros países para o trabalho nas galés”¹²⁸. Esse tipo de “comércio” era bastante rentável para época. As penas de galés deixaram de existir devido aos grandes avanços no campo da navegação. Em seguida foi edificado um novo formato da prisão, os quais eram:

[...] os presídios militares em decorrência da mão de obra para os serviços de fortificações. Dessa modalidade, passou-se para os presídios de obras públicas, aos quais se destinavam os réus condenados ao trabalho forçado em canais e prédios públicos, presos a correntes, vigiados por pessoal armado, permanecendo à noite em barracas ao ar livre¹²⁹.

Esse sistema não progrediu devido a enorme concorrência e disputa, do trabalho do empregado livre com os presidiários.

¹²⁶ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002, p. 5.

¹²⁷ Idem, Ibidem, p. 5.

¹²⁸ Idem, Ibidem, p. 5.

¹²⁹ Idem, Ibidem, p. 5.

O próximo sistema penitenciário que surgiu na Inglaterra, em Londres, foi [...] “a *House of Correction*, [...] no ano de 1522, tendo por objetivo corrigir o infrator através do trabalho e do ensino religioso. Essa casa de correção era administrada mediante uma rígida disciplina”¹³⁰. Tendo como objetivo principal a reeducação dos penitenciários.

Além do mais na Inglaterra foram construídas as *Workhouses*, as quais consistiam em “estabelecimentos penitenciários onde era utilizada a mão de obra dos reclusos em trabalhos forçados, atendendo-se, destarte às exigências do capitalismo que se expandia rapidamente. Aqui, o fator reabilitação era completamente desconsiderado”¹³¹. Essa forma de trabalho surgiu na época quando a Europa deixava a estrutura feudal e foi instituído o processo de industrialização. “Em princípio a *Workhouse* [...] foi criada para abrigar essa emergente classe de miseráveis não aproveitada pela industrialização [...]”¹³².

No fim do século XVI, construíram-se em Amsterdã “casas de correção destinadas aos delinquentes de menor periculosidade – o *Rasphuis* (para homens). Em 1596, e a *Spinhuis* (para mulheres), em 1597”¹³³. Os crimes de maior periculosidade, o condenado ainda era submetido as penas como exílio, açoites, pelourinho etc. De acordo com Edmundo Oliveira, primeiramente essas duas casas de correção foram destinadas para prisões de: “[...] vadios, mendigos e prostitutas, transformaram-se depois em penitenciárias”¹³⁴. *O Rasphuis*, conforme o entendimento da doutrinadora Grecianny Carvalho Cordeiro tratava-se de:

[...] a pena aplicada poderia ser reduzida conforme o comportamento do detento. O trabalho era obrigatório, comum e remunerado. As celas eram ocupadas por vários detentos, os quais deveriam obedecer a horários rigorosos; as normas de disciplina eram severas, prevendo deveres e vedações, tudo com o objetivo de desviar o prisioneiro do caminho do mal¹³⁵.

Posteriormente conforme o doutrinador Edmundo Oliveira: “apareceram, a seguir, casas com a mesma finalidade em Bremen (1609), Lübeck (1613), Hamburgo (1622) e assim por diante, até se generalizarem”¹³⁶. Dessa forma, com o predomínio dessas penitenciárias citadas anteriormente, reforçou o ideal filosófico de ressocialização dos condenados durante a execução penal nas penitenciárias.

¹³⁰ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006, p. 31.

¹³¹ Idem, Ibidem, p. 31-32.

¹³² Idem, Ibidem, p. 32.

¹³³ Idem, Ibidem, p. 32.

¹³⁴ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002, p. 6.

¹³⁵ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006, p. 32.

¹³⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 6.

Na metade do século XVII (mais precisamente no ano de 1667), foi construído em Florença, o Hospício de San Felipe Neri, o qual teve como fundador o sacerdote Filippo Franci.

[...] A instituição destinava-se, inicialmente, à reforma de crianças errantes, embora mais tarde tenham sido admitidos jovens rebeldes e desencaminhados. Aplicava-se um regime celular estrito. A pessoa do interno era desconhecida para seus companheiros de reclusão graças a um capuz, com que se cobria a cabeça nos atos coletivos¹³⁷.

Poucos anos depois, em 1703, Clemente XI fundou a Casa de Correção de São Miguel (na capital da Itália, Roma).

[...] Abrigava para correção, jovens delinquentes e, ao mesmo tempo, servia como asilo de órfãos e anciãos. Serviu, mais tarde, para alojar menores de vinte e um anos que se mostravam renitentes à disciplina paterna. O regime era misto, já que trabalhavam durante o dia em comum e, à noite, mantinham-se isolados em cela, permanecendo todo o dia com a obrigação de guardar absoluto silêncio. O ensino religioso era um dos pilares fundamentais da instituição¹³⁸.

Durante as várias mudanças dos sistemas penitenciários, ocorreu a Revolução Francesa. A população parisiense via na Bastilha um sinal da injustiça, intolerância, entre outros. Desde o início da Revolução, o povo começou a destruir a Bastilha, pois não aceitavam as condições em que estavam sendo submetidos na época.

A Bastilha era uma antiga fortaleza construída em 1370, em Paris, pelo Rei Charles V. No século XVII, no governo de Armand Jean du Plessis, que entrou para a história como Cardeal de Richelieu, essa fortaleza foi transformada em prisão para encarcerar, inclusive os que desagradavam ao Rei ou à sua Corte¹³⁹.

No dia 17 de julho de 1789, foi a data da queda da Bastilha, a qual significava a figura do despotismo francês. Esse momento da destruição dessa fortaleza representou e ainda permanece sendo, uma das datas mais lembradas e reconhecidas até os dias atuais, como o combate constante da humanidade contra todas as formas de intolerância, prepotência, injustiça, entre outros.

Edmundo Oliveira relata em seu livro “O Futuro Alternativo das Prisões”, lecionando que, no século XVIII, foram criadas duas penitenciárias bastante relevantes:

¹³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 41.

¹³⁸ Idem, Ibidem, p. 42.

¹³⁹ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002, p. 6.

[..] o Hospício São Miguel, construído pelo Papa Clemente, em Roma, em 1703 e a Casa de Correção de Gand, na Bélgica em 1775. Eram casas de reeducação para jovens e serviam de asilo para velhos, separando homens, mulheres e culpados das infrações mais graves. De noite, o isolamento era absoluto e de dia trabalhavam em conjunto sob a regra do silêncio e rigorosa disciplina¹⁴⁰.

Assim, sendo a prisão à sanção penal imposta a partir do século XIX, inúmeros sistemas penitenciários foram planejados para comportar a progressiva população carcerária. É por intermédio do sistema penitenciário que o Estado produz a execução das sanções penais. “A revolução industrial foi elemento determinante para o aumento da massa carcerária. A radical transformação dos meios de produção provocou um êxodo da população rural para as cidades”¹⁴¹; provocando, uma abundante oferta de mão de obra, desqualificada para ser incorporada pela industrialização. Daí resultando a marginalização, a mendicância, a pobreza, o desemprego, o delito, a penitenciária.

No século XX foi projetado e instituído um dos projetos de sistema penitenciário mais monstruoso e brutal (se não foi o maior) que a história da humanidade já viu e/ou vivenciou. Qual seja,

na Europa, pelo plano nazista do Terceiro *Reich*, liderado por Adolf Hitler, em nome da horrenda política antissemita. Auschwitz, na Polónia que funcionou de 1940 a 1945, foi o mais famoso dos Campos de concentração para encarcerar e exterminar, em câmaras de gás e fornos crematórios, milhares de judeus prisioneiros. A 70 km de Cracóvia (antiga Capital da Polónia), na Vila de Oswichem, os Nazistas instalaram, em maio de 1940, o modelo de prisão de Auschwitz, o mais célebre dos Campos de Concentração¹⁴².

Com a finalidade de descobrir a mais adequada forma de lidar com os criminosos, punidos pelo direito penal, surgiu inúmeros sistemas penitenciários, ora interessados em apenas impor o castigo ao criminoso, ora motivados pelo anseio de impedir novos crimes cometidos por outros membros da sociedade e do próprio criminoso, ora com vontade de ressocializar os presos, tornando-os capazes para voltar ao convívio social. Foi por intermédio do surgimento dos sistemas penitenciários pensilvânico, auburniano e progressivo, que ocorreu um aperfeiçoamento dos métodos de execução das sanções penais.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002, p. 6.

¹⁴¹ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006, p. 30.

¹⁴² OLIVEIRA, op.cit., p. 7.

Todavia, em pleno século XXI diante do enorme avanço na tecnologia, nos projetos arquitetônicos e na ciência, tudo o que se obteve foi criar prisões em que os encarcerados se deparam com condições desumanas e degradantes. Onde o ser humano é maltratado e brutalizado. Assim, não contribuindo em nada com a sua reinserção na sociedade.

2.1 Sistema Pensilvânico ou Filadélfico

No compasso em que crescia a existência institucional como alicerce do sistema de controle social, simultaneamente, por motivos relacionados ao processo econômico, diminuiu as finalidades ressocializadoras do trabalho obrigatório e produtivo no sistema das *Workhouses*. Nesse aspecto, fatalmente, o internamento converteu-se em pena propriamente dita, cuja presença de terror e intimidação substituiu totalmente a função reeducativa inicial.

Dessa forma, na investida de solucionar este imbróglio, surgiu à penitenciária (*penitentiary system*). A deficiência grave que as administrações das *Workhouses* tinham de enfrentar na condução dessas instituições dependia principalmente, de dois fatores: descobrir um sistema de administração mais econômico, ou ampliar os benefícios do labor dos presos. No período em análise, priorizou-se a primeira opção. “As seitas quakers, foram, uma vez mais, as protagonistas desta significativa revolução no setor da política criminal”¹⁴³.

A associação anteriormente citada, fez com que as autoridades da Filadélfia começassem em 1776, a construir a prisão *Walnut Street*, a qual iniciou suas atividades somente em 1790. “Embora o isolamento ali não fosse absoluto, exceto para os presos de maior periculosidade, os demais eram mantidos em celas comuns, podendo trabalhar em conjunto durante o dia, porém, mediante completo silêncio”¹⁴⁴.

O sistema Pensilvânico ou Filadélfico é definido pelo segregamento total do encarcerado numa cela, onde não era liberado o encontro de visitas familiares ou íntimas. Além do mais, não era admitido qualquer comunicação com os outros prisioneiros ou com o mundo exterior.

Em virtude da influência dos religiosos *quacker*, a única leitura autorizada era a da Bíblia, pois segundo eles era uma das maneiras pelas quais os prisioneiros receberiam a remissão, sendo o “espírito libertado”. Assim, “o isolamento celular, a oração e a total

¹⁴³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. 2. ed. v. 11. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 187.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002, p. 33.

abstinência de bebidas alcoólicas seriam capazes de criar os meios para salvar tantas criaturas infelizes”¹⁴⁵.

Com base numa lei, foi determinada a construção de um edifício celular no jardim interno do cárcere (preventivo) de *Walnut Street*, no qual ficariam internados, em *solitary confinement*, os condenados à pena de prisão; a velha construção preexistente deveria continuar servindo de cárcere preventivo¹⁴⁶.

Esperavam os criadores desse sistema penitenciário que somente no silêncio total, sozinho com a sua consciência, o prisioneiro poderia livrar-se de sua culpa. O aprisionamento permitiria ao preso refletir sobre seu comportamento.

O sistema de emprego da força de trabalho carcerária era de caráter artesanal, sem nenhuma finalidade econômica, era interpretado puramente como instrumento terapêutico. “[...] através do *solitary confinement*, não apenas privava o mercado de força de trabalho, mas também, por meio da imposição de um trabalho antieconômico, deseducava os presos, reduzindo sua capacidade de trabalho original”¹⁴⁷.

A experiência instituída em *Walnut Street* sofreu em pouco tempo enormes estragos e transformou-se em um grande fiasco. O motivo principal desse fiasco foi o surpreendente crescimento da população carcerária de *Walnut Street*. “Ao enfrentar esses fracassos e retrocessos, a sociedade da Pensilvânia e a sociedade da Filadélfia, para o alívio das misérias das prisões públicas, ambas inspiradas nos quaqueiros, solicitaram nova oportunidade a um sistema fundado na separação”¹⁴⁸.

As pressões foram aceitas e construídas duas novas prisões, nas quais os presos foram encarcerados separadamente: a Penitenciária Ocidental – *Western Penitentiary* -, em Pittsburgh, em 1818, seguindo o desenho panótico de J. Bentham, e a Penitenciária Oriental – *Eastern Penitentiary* -, que foi concluída em 1829, seguindo o desenho de John Haviland. Na prisão ocidental (*Western*) foi utilizado o regime de isolamento absoluto, onde não se permitia sequer o trabalho nas celas. Em 1829, se concluiu que esse regime era impraticável, e por essa razão, ao inaugurar a prisão oriental (*Eastern*), no mesmo ano, decidiu-se aliviar o isolamento individual, permitindo algum trabalho na própria cela¹⁴⁹.

¹⁴⁵ BARNES, Harry Elmer. *The evolution of penology in Pennsylvania; a study in American social history*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill company, 1927.

¹⁴⁶ Idem, *Ibidem*.

¹⁴⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. 2. ed. v. 11. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 190.

¹⁴⁸ HIBBER C. *Las raíces del mal; una historia social del crimen y su represión*. Espanha: Ed. Luiz de Caralt, 1975, p. 178.

¹⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 78-79.

O esperado arrependimento do encarcerado por meio do silêncio, da oração e meditação não se tornou produtivo. A inexistência de caráter ressocializante desse sistema punitivo que, ao invés de capacitar o preso para a sua reintegração na sociedade, desta segregava-o, assim revelou-se ineficaz.

O sistema Pensilvânico ou Filadélfico passou por rígidas críticas, quais sejam, os excessivos gastos na sua administração, sem que conseguisse ter uma vigilância apropriada, e o enlouquecimento dos encarcerados devido ao isolamento absoluto do preso.

Além dos pontos de vista aduzidos, o sistema Filadélfico tornou-se inexecutável numa sociedade em pleno crescimento, não sendo competente para atender às novas necessidades surgidas devido ao crescimento da criminalidade.

2.2 Sistema Auburniano ou *Silent System*

“O Sistema Auburniano foi implementado na Penitenciária de Auburn em Nova York, a partir do ano 1818”¹⁵⁰. Segundo os ensinamentos de Julio Fernández García:

[...] o autor do regime penitenciário auburniano, tal como chegou a nós, é o capitão E. Lynds, que era um homem duro, inteligente e insensível aos sofrimentos dos presos e tinha pouca ou nenhuma fé na possibilidade de reforma dos apenados, a quem considerava selvagens, covardes e incorrigíveis¹⁵¹.

As refeições eram servidas no refeitório, em uma enorme mesa, onde os prisioneiros se sentavam, formando apenas uma fila. Para manter a norma do silêncio total, os prisioneiros entravam naquele lugar, com a cabeça abaixada, também comiam com a cabeça abaixada, além de usarem capuzes que dificultava a visão¹⁵².

Conforme preceitua Grecianny Carvalho Cordeiro sobre o funcionamento e a vivência dos presos no sistema penitenciário auburniano, o seguinte:

[...] o isolamento do preso se dava apenas no período da noite. Durante o dia, os presos exerciam um trabalho comum mediante silêncio absoluto, mantidos sob uma disciplina, com horários rígidos e atividades delimitadas, cujo descumprimento importava na aplicação de castigos corporais. A comunicação somente era permitida com os guardas e desde que houvesse a devida permissão. Os detentos jamais

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002, p. 52.

¹⁵¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. et al. *Manual de derecho penitenciario*. Salamanca: Editorial Colex, 2001, p. 114.

¹⁵² GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2 ed, rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p.123.

poderiam comunicar-se entre si, justificando a denominação recebida de *silent system*¹⁵³.

Em seguida, segundo Grecyanny Carvalho Cordeiro relata que “no sistema auburniano o trabalho era obrigatório e os prisioneiros recebiam uma pecúnia para custear as despesas da prisão, bem como, para servir de reserva para quando dela saíssem”¹⁵⁴. O trabalho dos presos não tinha a finalidade de ressocialização. Era somente para fornecer mão de obra barata, para suprir o crescente e emergente processo de industrialização nos Estados Unidos.

O trabalho prisional era uma exigência decorrente do modo de produção capitalista, numa sociedade com escassa mão de obra. Contudo, a utilização da mão de obra carcerária encontrou forte resistência por parte dos sindicatos e da sociedade norte-americana. Argumentava-se que os presos estavam sendo igualados aos operários livres, provocando uma desvalorização do trabalho destes. Além disso, com a utilização do trabalho dos presos, os custos de produção se tornavam bem menores, beneficiando algumas empresas e produtos em detrimento de outros. Portanto o homem livre estava em franca desvantagem em relação ao homem preso¹⁵⁵.

De acordo os relatos Manuel Pedro Pimentel, o qual aponta as várias falhas do sistema em análise alegando que:

o ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam, como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos d’água ou, ainda, modernamente, esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam de boca de boi. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos¹⁵⁶.

As semelhanças e diferenças do sistema pensilvânico e auburniano podem ser analisadas dessa forma: no sistema pensilvânico o isolamento do preso ocorria durante o dia e à noite. Já no sistema auburniano o isolamento era apenas à noite. Nos dois sistemas o silêncio era absoluto e também não tinham a finalidade ressocializadora do condenado. “O sistema celular fundamentou-se basicamente em inspiração mística e religiosa”¹⁵⁷, incentivado pelos

¹⁵³ CORDEIRO, Grecyanny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006, p. 34.

¹⁵⁴ Idem, *Ibidem*, p. 35.

¹⁵⁵ CORDEIRO, Grecyanny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006, p. 35.

¹⁵⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 138.

¹⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 95.

quackers, em que estimulavam a leitura da Bíblia. “O sistema auburniano, por sua vez, inspirou-se claramente em motivações econômicas”¹⁵⁸, por meio do incentivo do trabalho na prisão.

2.1.3 Sistemas Progressivos

“No decurso do século XIX impõe-se definitivamente a pena privativa de liberdade, que continua sendo a espinha dorsal do sistema penal atual”¹⁵⁹. “O predomínio da pena privativa de liberdade coincide com o progressivo abandono da pena de morte”¹⁶⁰. “Embora na Espanha esta tenha sido abolida em data recente, sob o ponto de vista penológico a mais importante nos últimos cem anos tem sido a pena privativa de liberdade. Durante o século XIX a pena de prisão coexistiu com a deportação de colônias”¹⁶¹ e também com os trabalhos forçados. Contudo, aos poucos essas sanções penais foram substituídas, para que a execução da pena de prisão fosse criada como um sistema capaz de reabilitar o recluso.

O auge da pena privativa de liberdade acontece ao mesmo tempo quando ocorre o afastamento dos regimes celular e auburniano e a adoção do regime progressivo.

Embora a Espanha tenha adotado o regime progressivo desde princípios do século XX, só depois da Primeira guerra Mundial a sua utilização generalizou-se, especialmente na Europa. A Bélgica abandonou o sistema celular, que havia seguido desde 1831, adotando o regime progressivo¹⁶².

A finalidade do regime progressivo “consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador”¹⁶³. Outro ponto relevante, é poder viabilizar a ressocialização do recluso antes do final da sua condenação.

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 95.

¹⁵⁹ JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Tradução por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. v. 2. Barcelona: Bosch, 1981, p. 1068.

¹⁶⁰ Idem, Ibidem, p. 1061.

¹⁶¹ NEUMAN, Elías. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*. Buenos Aires: Editora Panedille, 1971, p. 42 e 65.

¹⁶² CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. Barcelona: Editora Bosch, 1958 (reimpressão em 1974); BUENO AURUS, Francisco. *Panorama comparativo entre los modernos sistemas penitenciarios*, in *Problemas actuales de las ciencias penales y filosofía do derecho*, p. 385.

¹⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97.

2.1.3.1 sistema progressivo inglês ou *mark system*

Os doutrinadores, em geral, admitem que o feito executado pelo capitão da Marinha Real Alexander Maconochie, no ano de 1840, na Ilha Norfolk, na Austrália, no cargo de governador, transformaria o sistema penitenciário da época.

Maconochie comovido com as terríveis condições dos presos, principalmente com os que eram deportados pela justiça da Grã-Bretanha nos *enfes flottants* para a Austrália, decidiu criar um sistema penitenciário que substituísse os outros sistemas punitivos da época. Porém, muitos acreditam que o verdadeiro criador do sistema progressivo ou *Mark System*, foi o Coronel Manuel Montesinos e Molina, quando foi designado para ser governador do presídio de Valência em 1834.

Para essa ilha a Inglaterra enviava seus criminosos mais perversos, quer dizer, aqueles que depois de haver cumprido pena de *transportation* nas colônias penais australianas, voltavam a delinquir. A severidade do regime não era suficiente para impedir as fugas e os sangrentos motins se sucediam¹⁶⁴.

“A administração empregada por Maconochie modificaria a vida dos reclusos, que viviam em condições desumanas”¹⁶⁵. Na sua administração aplicou a substituição da rigorosidade pelo abrandamento e os castigos pelos méritos.

O *Mark System* (sistema de vales) instituiu uma maneira de não fixação da pena, que era determinada em razão do trabalho e do bom comportamento do condenado. A duração da pena significa a soma de “[...] certo número de marcas ou vales, de maneira que a quantidade de vales que cada condenado necessitava obter antes de sua liberação deveria ser proporcional à gravidade do delito”¹⁶⁶.

Diariamente, segundo a quantidade de trabalho produzido, creditava-se-lhe uma ou várias marcas, deduzidos os suplementos de alimentação ou de outros fatores. Em caso de má conduta impunha-se-lhe uma multa. Somente o excedente dessas marcas, o remanescente desses débitos-créditos, seria a pena a ser cumprida¹⁶⁷.

¹⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 98.

¹⁶⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 139.

¹⁶⁶ BITENCOURT, Op. cit., p. 98-99.

¹⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

Era o começo da execução penal indeterminada, pois o tempo decorrido da pena depende principalmente do comportamento do condenado na prisão. Assim, Maconochie:

colocava a sorte do preso em suas próprias mãos, dando-lhe uma espécie de salário, impondo-lhe uma espécie de pena pecuniária pelas faltas que cometesse na prisão, fazendo recair sobre ele o peso e a obrigação de sua manutenção e despertando-lhe hábitos que, depois de livre, dificultariam a reincidência¹⁶⁸.

O sistema inglês Progressivo, planejado por Alexandre Maconochie, dividia-se em três períodos:

“1º) Isolamento celular diurno e noturno – chamado período de provas, tinha a finalidade de fazer o apenado refletir sobre o delito. O condenado podia ser submetido a trabalho duro e obrigatório, com regime de alimentação escassa”¹⁶⁹. Como ocorria no sistema pensilvânico.

“2º) Trabalho em comum sob a regra do silêncio – durante esse período o apenado era recolhido em um estabelecimento denominado *public workhouse*, sob o regime de trabalho em comum, com a regra do silêncio absoluto durante o dia, mantendo-se a segregação noturna¹⁷⁰”. “Esse período é dividido em classes; possuindo determinado número de marcas e depois de certo tempo, o condenado passa a integrar a classe seguinte¹⁷¹”. Então acontecia “até que, finalmente mercê de sua conduta e trabalho, chega a primeira classe, onde obtinha o *ticket of leave*, que dava lugar ao terceiro período¹⁷²”. Nos moldes do sistema Auburniano.

3º) Liberdade condicional – nesse período o condenado obtinha liberdade limitada, uma vez que a recebia com restrições, às quais devia oferecer, tinha vigência determinada. Passado esse período sem nada que determinasse sua revogação, o condenado obtinha sua liberdade de forma definitiva¹⁷³.

A tarefa realizada por Maconochie teve grande êxito. A ordem e a disciplina ressurgiram. Teve como consequência na população carcerária a frequência da existência do trabalho como meio ressocializador dos condenados e corroborou com a emenda, acabando

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

¹⁶⁹ Idem, *Ibidem*.

¹⁷⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. Barcelona: Editora Bosch, 1958 (reimpressão em 1974); BUENO AURUS, Francisco. *Panorama comparativo entre los modernos sistemas penitenciários*, in *Problemas actuales de las ciencias penales y filosofía do derecho*, p. 314.

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 99.

¹⁷² NEUMAN, Elías. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*. Buenos Aires: Editora Panedille, 1971, p. 133.

¹⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

todo tipo de rebeliões e fatos cruéis na Ilha Norfolk. “A repercussão das vantagens do sistema foi tão notável que Maconochie foi designado para dirigir a penitenciária de Birmingham, onde não obteve o mesmo sucesso devido aos entraves legais e burocráticos¹⁷⁴”.

2.1.3.2 sistema progressivo irlandês

Walter Crofton, diretor das prisões da Irlanda foi o criador desse sistema. Crofton, na verdade, aperfeiçoou o sistema progressivo criado por Maconochie na Inglaterra. “Conhecendo o sistema inglês, ao ser encarregado de inspecionar as prisões irlandesas, em 1854, Crofton, querendo preparar o recluso para seu regresso à sociedade, introduziu¹⁷⁵” “uma ideia original, que foi o estabelecimento de prisões intermediárias. Na realidade, tratava-se de um período intermediário entre as prisões e a liberdade condicional, considerada como um meio de prova da aptidão do apenado para a vida em liberdade¹⁷⁶”. “A grande novidade do sistema irlandês foi a criação desse período, que, no dizer de Mapelli Caffarena¹⁷⁷”, “estabeleceu uma prisão intermediária entre o estabelecimento fechado e a liberdade condicional, com a finalidade de possibilitar o contato com o exterior e facilitar a reincorporação definitiva¹⁷⁸”.

Ou seja, o sistema progressivo irlandês ficou assim composto de quatro períodos: 1º) reclusão celular diurna e noturna (mesmas regras do sistema progressivo inglês); 2º) reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum (mesmas regras do sistema progressivo inglês); 3º) período intermediário (acrescentado por Crofton); e 4º) liberdade condicional (mesmas regras do sistema progressivo inglês).

O período intermediário foi assim classificado por Walter Crofton, pois acontecia entre a prisão comum em local fechado e a liberdade condicional. “Esse período era executado em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento, em trabalhos preferencialmente agrícolas. Nesse período – que foi a novidade criada por Crofton -

¹⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100.

¹⁷⁵ Idem, Ibidem, p. 100.

¹⁷⁶ Idem, Ibidem, p. 100.

¹⁷⁷ GARRIDO GUZMAN, Luis. *Manual de ciencia penitenciaria*. Madrid: Editora Edersa, 1983, p. 136.

¹⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

a disciplina era mais suave, e a pena era cumprida¹⁷⁹” “em prisões sem muro nem ferrolhos, mais parecidas com um asilo de beneficência do que com uma prisão¹⁸⁰”.

Muitas vezes os apenados viviam em barracas desmontáveis, como trabalhadores livres, dedicando-se ao cultivo ou à indústria. Concediam-se lhes inúmeras vantagens, como abandonar o uniforme dos presos, não receber nenhum castigo corporal, dispor de parte da remuneração de seu trabalho, escolher a atividade laboral e, especialmente, poder comunicar-se com a população livre, embora sem perder a condição de apenados.

“A finalidade altamente moralizadora e humanitária do regime ficou comprovada ao fazer o recluso compreender que a sociedade que o condenou está disposta a recebê-lo sem reticências, sempre que demonstre encontrar-se em recuperação¹⁸¹”.

2.1.3.3 sistema de montesinos

O criador desse sistema foi o espanhol Manuel Montesinos y Molina, que acreditava na força do trabalho como elemento principal para a ressocialização do condenado, sendo dispensável a execução de castigos corporais.

Em 1808, durante a Guerra da Independência, lutou nas Batalhas de andújar, Bailén, Tudela e sítio de Zaragoza, onde foi imposta a primeira derrota aos exércitos de Napoleão, na Europa, tendo, no entanto, sido gravemente ferido. Após participar de outras batalhas, voltou a ser ferido, tendo sido prisioneiro no ano de 1809 e, conseqüentemente, conduzido à França, onde passou 5 anos presos. Em 25 de junho de 1814 regressou à Espanha, tendo sido agraciado com algumas medalhas. Em 5 de setembro de 1834 foi nomeado Comandante interino do Presídio de Valencia, quando ainda ocupava o posto de tenente. Em 1845, com a sua promoção a capitão, obteve a nomeação definitiva, passando a administrar e controlar o mencionado presídio¹⁸². Seu êxito como diretor do Presídio de Valência pode ser constatado pelos seguintes dados sobre reincidência: ao assumir a direção, o número de reincidência ascendia 30% ou 35 %, mas ele conseguiu diminuir esse percentual a 1%, e em alguns períodos, a reincidência chegou a desaparecer¹⁸³.

¹⁷⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

¹⁸⁰ NEUMAN, Elías. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*. Buenos Aires: Editora Panedille, 1971, p. 134.

¹⁸¹ Idem, *Ibidem*, p. 135.

¹⁸² GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2 ed, rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 126.

¹⁸³ BOIX, Vicente. *El sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia*. Valencia: Imprenta del Presidio, 1850.

No presídio de San Agustín, em Valencia, na Espanha, administrado por Manuel Montesinos y Molina, a execução penal foi classificada em três estágios diferentes:

- a) dos ferros, em que os presos faziam, embora subjugados a correntes, serviços de limpeza e outros no interior da unidade; b) do trabalho que podiam escolher a oficina onde executariam suas tarefas e se valorizava sua capacitação profissional; c) da liberdade intermediária, com direito à visita a familiares e trabalho externo¹⁸⁴.

Tiveram inúmeras modificações impostas por montesinos, designadas à melhorar o sistema de execução penal do presídio de San Agustín, em Valencia. As mais relevantes são:

- a) a eliminação dos castigos corporais e infamantes; b) a implementação do trabalho remunerado do preso; c) a proibição do regime celular, o que impedia o preso de socializar-se com os demais, fazendo com que tivesse sérios problemas psicológicos, como decorrência de seu isolamento; d) a possibilidade da concessão de saídas temporárias dos presos, fato este até então inusitado no sistema penitenciário¹⁸⁵; e) procurou o equilíbrio entre o exercício da autoridade e a missão pedagógica, com vistas à correção do recluso; f) nenhuma sanção disciplinar deveria ter caráter infamante; g) o poder de disciplina estava em conformidade com o princípio da legalidade, por isso instituiu um Código Interno com regulamento para os presos; h) editou uma prática penitenciária que se constituiu em importante antecedente da prisão aberta, visto que o Presídio de Valência não possuía um só ferrolho que pudesse resistir ao arrombamento de qualquer apenado, os guardas eram, na maioria, pessoas idosas, pois o mais importante era criar no preso a ideia de que ele deveria ser corresponsável pela segurança do estabelecimento, em respeito aos seus hábitos de subordinação e moralidade; i) introduziu no sistema uma espécie de liberdade condicional, reduzindo um terço da condenação como recompensa à boa conduta do preso, apoiado numa interpretação do art. 303 da Ordenação Geral dos Presídios do Reino, de 1834, que lhe serviu de fundamento jurídico. Frequentemente se atribui a Manuel Montesinos e Molina o pioneirismo pela criação da concessão e licenças de saída temporária dos presos. Não se conhecia antes essa iniciativa em nenhum outro Sistema¹⁸⁶.

O labor do recluso do presídio de San Agustín, era um meio bastante produtivo para almejar a ressocialização do condenado:

[...] tanto assim que a utilização da mão de obra carcerária no presídio de Valência era responsável pela fabricação de produtos de excelente qualidade, os quais concorriam em pé de igualdade com aqueles produzidos pelo homem livre, gerando assim, um certo descontentamento por parte da indústria livre, onerada pela excessiva carga de impostos¹⁸⁷.

¹⁸⁴ LEAL, César Barros. **Prisão, crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 37.

¹⁸⁵ GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2 ed, rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 127.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002, p. 54-55.

¹⁸⁷ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006, p. 37.

Diante de tantas reclamações dos fabricantes e artesões livres, devido a suposta concorrência desleal com relação ao labor deles ter uma onerosidade excessiva dos impostos diferente do trabalho dos presos; o Governo de Valência esteve bastante pressionado e atendeu as queixas dos empresários livres, rapidamente a fabricação na prisão foi diminuindo, prejudicando a qualidade, atingindo ao ponto de não obter matéria-prima e sofrer forte campanha publicitária pondo em descrédito o labor no presídio.

Por essa razão, o trabalho do preso sofreu um desestímulo e uma grande queda na qualidade, provocados pela própria sociedade. A pressão exercida pelos fabricantes e artesões livres em relação ao trabalho desenvolvido pelos presos de Valência foi tamanha que levou o governo a deixar de incentivá-lo, o qual logo passou a perder a sua característica qualidade. Essa foi considerada uma das razões que levou Montesinos y Molina a deixar a administração do presídio de San Agustín, em 1854¹⁸⁸.

2.2 A estrutura do sistema penitenciário pátrio

Os estabelecimentos penais no Brasil são designados ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

De acordo com o artigo 5º, XLVIII, da Constituição Federal determina que a pena será cumprida em estabelecimentos penais, de acordo com a natureza do delito, a idade, e o sexo do apenado.

A mulher e o maior de sessenta anos, isoladamente, cumprirão a sua pena em estabelecimentos penitenciários próprios e adaptados à cada circunstância em particular. Conforme o que dispõe no artigo 82, § 1º, da Lei 7.210/84.

Conforme a natureza do delito, o cumprimento da pena pelo executado será no regime fechado se a pena determinada for superior a oito anos, e deve ser cumprido em prisão de segurança máxima ou média. Já o regime semiaberto, a execução penal ocorre em colônia agrícola, industrial ou similar, é designado ao condenado a pena superior a quatro anos e inferior a oito, contanto que não seja reincidente. Por último, o regime aberto é executado em casa de albergado ou estabelecimento adequado, pelo condenado não reincidente a pena igual ou inferior a quatro anos.

¹⁸⁸ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006, p. 37-38.

O artigo 83, da Lei de Execução penal de n. 7.710/84 está de acordo com os Capítulos II e III do Título II da mesma lei, sobre os assuntos “Da assistência” e “Do Trabalho” respectivamente.

Assim determina que o estabelecimento penal, segundo sua espécie, deverá ter em suas dependências com áreas e serviços designado a dar assistência aos condenados, executando de forma abrangente em consonância com os artigos: 12 e 13 (assistência material ao preso e ao internado fornecendo alimentação, vestuário, instalações higiênicas, locais de venda de produtos permitidos pela Administração e etc.); 14, que trata da assistência à saúde dos presos e internados; 15 e 16, se referem a assistência jurídica gratuita para os reclusos. Todos esses artigos mencionados anteriormente, estão inclusos na Lei de Execução Penal brasileira.

O estabelecimento penal tem que compreender uma área designada à educação; trabalho; lazer; assistência educacional com instrução escolar e formação profissional do preso e do internado (arts.17 até 21, da Lei de Execução Penal); assistência social com os objetivos de amparo ao preso e o internado preparando-os para o retorno ao convívio em sociedade (arts. 22 e 23, da Lei de Execução Penal) e também a assistência do trabalho para o condenado e o internado, com obrigação social necessária a dignidade da pessoa humana, tendo como objetivos educativo e produtivo (todo Capítulo III, da Lei de Execução Penal).

O condenado poderá diminuir o tempo do cumprimento da sua pena. A contagem se faz da seguinte maneira: diminuição de um dia da pena a cada doze horas de frequência escolar (atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional) divididas, no mínimo em três dias; e diminuição de um dia da pena a cada três dias de trabalho; conforme o art. 126, da Lei de Execução Penal.

Conforme o art. 29, da Lei 7.210/84, o trabalho do preso será remunerado não podendo ser inferior a três quintos do salário mínimo. A remuneração do condenado será destinada para: indenizar os danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente, e não reparados por outro meio; assistência a família do preso; pequenas despesas pessoais; e ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado.

O dever de existir locais reservados a estágio de estudantes universitários, segundo o § 1º do art. 83 da Lei n. 7.710/84, auxilia à indispensável habilitação do condenado no mercado de trabalho quando regressar ao convívio na sociedade; representa o cuidado com a ressocialização dos presos e internados, tornando-se uma contribuição otimista com relação ao regimento interno. Também deverão ser construídas salas de aulas reservadas ao ensino básico e profissionalizante e locais designados a Defensoria Pública conforme arts. 83, §§ 4º e 5º, da Lei n. 7.710/84.

Levando em consideração o disposto no art. 5º, L, da CFB/88, às reclusas serão garantidas condições para que possam ficar com seus filhos durante o aleitamento. O art. 83, § 2º, da Lei de Execução Penal dispõe que os estabelecimentos penais designados a mulheres deverão ter berçário, onde as reclusas possam tomar conta de seus filhos no mínimo até os seis meses de idade, resguardando a saúde da criança o que permite também a manifestação na mãe de sentimentos positivos por ela até então ignorados, corroborando para a ressocialização das condenadas.

Os estabelecimentos penais designados as presidiárias deverão contar com, somente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas. Conforme dispõe o art. 83, § 3º, Lei n. 7.210/84.

Nos arts. 317 e 318, da Lei n. 12.403/11, foi estabelecido a viabilidade da prisão cautelar domiciliar alternada para a prisão preventiva para a reclusa grávida a partir do 7º mês de gestação ou se a gravidez for de elevado risco (art. 318, IV).

As instituições penais devem ter acomodações diversas para as diferentes espécies de encarcerados, para que os presos provisórios fiquem afastados dos reclusos definitivos e os condenados primários permaneçam em setor diferente do reservado aos reincidentes.

Denomina-se presos provisórios os condenados recolhidos à instituição penal devido a uma prisão em flagrante (arts. 301 e s. do CPP), prisão temporária (Lei n. 7.960/89) ou prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP; art. 413, § 3º, do CPP; arts. 387, parágrafo único, do CPP; art. 9º da Lei n. 9.034/95; e art. 59 da Lei n. 11.343/06). Já os condenados definitivos, são os que dispõem contra eles uma sentença penal condenatória transitada em julgado da qual não caiba recurso.

Por motivo de segurança, o recluso que, durante a ocorrência do fato criminoso, era funcionário da Administração da Justiça Criminal permanecerá em cela separada, de acordo com o art. 84, da Lei n. 7.210/84. Essa medida visa resguardar a integridade física e moral desses profissionais, pois há pouco tempo atrás suas atividades laborativas cotidianas eram combatendo a criminalidade, e agora se encontram do lado contrário, presos. Assim, por todos esses motivos, resta claro que funcionários da Administração da Justiça Criminal encarcerados, não podem compartilhar o mesmo ambiente que outros reclusos das mais variadas periculosidades.

Com a finalidade de confirmar a indispensabilidade do cumprimento dos princípios constitucionais contemporâneos e que têm correlação com a execução penal, a Lei n. 12313/10, adicionou um § 5º ao art. 83 da Lei de Execução Penal, o qual dispõe que nos estabelecimentos

penais haverá instalação destinada à Defensoria Pública, com objetivo de resguardar aos presidiários o acesso à justiça gratuita.

A Lei de Execução Penal brasileira de n. 7.210/84, a qual regulamenta o sistema penitenciário brasileiro, trata das transferências durante o percurso do cumprimento da pena, compreendendo-se na transferência do condenado do regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, ou compreendendo-se na regressão, a qual significa a transferência do preso do regime menos rigoroso para outro mais rigoroso.

A progressão, de acordo com o art. 112, da Lei de Execução Penal, tem que ser uma conquista do preso pelo seu merecimento e a transferência para regime menos rigoroso só será estabelecida pelo juiz, quando o preso cumprir pelo menos um sexto da pena no regime anterior.

A regressão, segundo o art. 118, da Lei de Execução Penal, pressupõe na transferência do preso do regime menos rigoroso para outro mais rigoroso, será estabelecido pelo juiz em uma dessas três possibilidades: quando o condenado cometer fato definido como crime doloso ou falta grave; quando o condenado tiver condenação por crime anterior, cuja pena, acrescentada ao restante do período de execução, torne inadmissível o regime; quando o condenado, em regime aberto, frustrar os objetivos da execução ou, podendo, não pagar a multa cumulativamente imposta.

Preceitua o art. 33 do Código Penal, duas espécies de pena privativa de liberdade: pena de reclusão e de detenção. A pena de reclusão o condenado cumpre a sua pena em regime fechado, ou regime semiaberto, ou regime aberto. Já a execução da pena de detenção se inicia pelo regime semiaberto, ou regime salvo a necessidade de transferência para o regime fechado.

Segundo o art. 33, §2º do Código Penal, juntamente com a Lei de Execução Penal, dispõe que, em consideração à forma progressiva de execução e ao merecimento do condenado, o começo da pena se dará da seguinte forma: o condenado a pena acima de oito anos deverá iniciar o cumprimento em regime fechado; o condenado não-reincidente (art. 63, do CP), cuja pena seja igual ou acima de quatro anos e não ultrapasse a oito anos, poderá, desde o começo, cumpri-la em regime semiaberto; o condenado não-reincidente, cuja pena seja igual ou abaixo de quatro anos, poderá, desde o começo, cumpri-la em regime aberto.

Explica ainda o Código Penal, no art. 33, § 3º, que a decisão do regime inicial de cumprimento da pena na sentença condenatória de reclusão ou detenção será feita com o cumprimento dos requisitos determinados no art. 59, do Código Penal, que trata da fixação da pena.

Dessa forma, o sistema prisional brasileiro é constituído por mais de mil instituições penais, sendo separado em categorias, que abrangem: a penitenciária, designada ao condenado

à reclusão, a ser cumprida em regime fechado (prisão de segurança máxima ou média); a colônia agrícola, industrial ou similar, destinada ao cumprimento da pena de reclusão ou detenção em regime semiaberto (prisão de segurança média); a casa de albergado, destinada para receber os condenados à pena privativa de liberdade em regime aberto (prisão de segurança mínima) e à pena de limitação de final de semana; o centro de observação, onde ocorrerão os exames criminológicos; o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que se destina aos doentes mentais, aos portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado e aos que manifestam perturbação das faculdades mentais; e a cadeia pública, local onde são enviados os presos provisórios (prisão em flagrante, prisão temporária ou prisão preventiva), segundo os artigos 87 e seguintes da Lei 7.210/84. Cada formato de estabelecimento penal será analisado a seguir com mais detalhes.

A prisão especial sendo uma espécie do gênero prisão provisória, trata-se de um privilégio aos presos, os quais usufruem dessa condição devido: a prerrogativa de função, pela formação em curso de nível superior, e por serviços prestados ao público, são separados dos presos comuns até o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 84, *caput*, da Lei n. 7.210/84). Mas se a prisão for decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível não cabe a prisão especial.

A não existência de cela especial na cadeia pública ou alojamento adequado em quartel do comando da Polícia Militar, deve o presidiário com direito a prisão especial ser posto em cela comum.

São questões legais de prisão especial: prisão para os dirigentes de entidades sindicais e para o emprego no exercício de representação profissional ou no cargo de administração sindical (Lei n. 2860/56); prisão especial aos servidores do Departamento Federal de Segurança Pública, com a atividade estritamente policial (Lei n. 3.313/57); prisão especial de pilotos de aeronaves mercantes nacionais (Lei n. 3.988/61); prisão especial de funcionários policiais civis da União e do distrito Federal (Lei n. 48.878/65); prisão especial dos funcionários de Polícia Civil dos Estados e dos territórios (Lei n. 5.350/67); prisão especial dos oficiais da Marinha Mercante (Lei n. 5.606/70); prisão especial dos juizes de paz (Lei Complementar n. 35/79 – LOMN); prisão especial para agentes de segurança privada (Lei n. 7.102/83); prisão especial dos professores do ensino de 1º e 2º graus Lei n. 7.212/83); prisão especial dos promotores e procuradores de justiça (Lei n. 8.625/93 – LONMP); prisão especial dos advogados (Lei n. 8.906/94); aos que tenham exercido efetivamente a função de jurado no julgamento de processo submetido ao Tribunal do Júri (art.295, X, CPP).

De acordo com a Súmula 717 do Supremo Tribunal Federal: não impede a progressão de regime de execução de pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

A penitenciária é designada ao condenado à pena de reclusão em regime fechado. O art. 88 da Lei de Execução Penal dispõe que o condenado, na execução da sua pena no regime fechado, será acomodado em cela individual, que inclua dormitório, aparelho sanitário e lavatório, considerando como as necessidades básicas de cada cela a salubridade do local pela junção dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico apropriado a existência humana, e também área mínima de seis metros quadrados (art. 88, da Lei n. 7.210/84).

Objetivando a ressocialização e a conquista de uma aplicação justa da pena determinada, e tendo em vista os princípios da personalidade ou intranscendência, a partir do qual o processo e a pena não podem ir além da pessoa que praticou o crime (art. 5º, XLV, da CF), a Lei 7.210/84 dispõe que a penitenciária de mulheres será atribuído um departamento para gestante e parturiente e de creches para acolher crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com o intuito de atender a criança desamparada devido a sua responsável estar presa.

O artigo 89, parágrafo único, da Lei de Execução Penal de n. 7.210/84, prescreve que são condições básicas da seção e da creche que a ela se atribui: atendimento por pessoal qualificado de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. Tais normas estão de acordo com as disposições dos artigos 5º, I, XLVII e 208, IV, da Constituição Federal; artigos 83, §2º, e 117, III e IV, da Lei de Execução Penal, e artigo 37 do Código Penal, viabilizando a efetivação da amamentação materna à criança cuja mãe permanece presa.

Determina o artigo 86, § 1º, da Lei 7.210/84 que: a União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interior da segurança pública ou do próprio condenado.

Regulamenta também o artigo 87, parágrafo único, da Lei de Execução Penal que: a União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado. A penitenciária será erguida em local afastado do centro urbano, contanto que a distância não prejudique a visitação.

Por fim, a transferência e inclusão, de presos, condenados ou provisórios, em instituições penais federais de segurança máxima, está regida na Lei n. 11.671/08, a qual foi regulamentada pelo Decreto n. 6.877/09.

A colônia agrícola, industrial ou similar, é uma instituição penal designada a execução da pena na modalidade semiaberta os condenados provenientes do regime fechado, por progressão, desempenhando dessa forma um papel de transição, vem daí o chamado regime intermediário, tal como aqueles a quem se determina, desde o começo, a execução da pena privativa de liberdade a ser cumprida no regime semiaberto, levando em consideração as regulamentações dos arts. 33 e 59 do CP.

Assim, o condenado deverá cumprir a sua pena na colônia agrícola, industrial ou similar, em seção coletiva, verificado os requisitos do art. 88, letra *a* do parágrafo único da Lei de Execução Penal, de acordo com o art. 92 da mesma Lei. Continuando, também irão cumprir pena no regime semiaberto os condenados que, encontrando-se no regime aberto, conquistarem a regressão.

Por fim, na ausência de vagas na colônia agrícola, industrial ou similar, a alternativa para o preso que inicia o cumprimento de sua pena no regime semiaberto, será recolhê-lo em estabelecimento destinado ao regime fechado. Distorcendo o que dispõe na Lei de Execução Penal Também não existindo estabelecimento penal para o condenado que principia a execução de sua pena no regime aberto, a alternativa será a concessão do regime aberto na modalidade domiciliar. Contradizendo as disposições do art. 117, da Lei n. 7.210/84.

A casa de albergado, conforme art. 93 da Lei de Execução Penal, designa-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. Cabendo ao juiz da execução estabelecer a intimação do condenado, cientificando-o do local, dia e horário em que deverá cumprir a pena (art. 151, da Lei n. 7.210/84).

Na ausência de estabelecimentos penais adequados, o preso condenado a cumprir sua pena em casa de albergado deverá cumpri-la em regime domiciliar. Quando existente, normalmente, de acordo com o que prescreve o art. 94 da Lei de Execução Penal, o prédio designado a casa de albergado deverá ser situado em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracteriza-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Estabelece o art. 95, da Lei n. 7.210/84 que em cada região haverá, pelo menos uma Casa de Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e também deverá ter instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados, conforme decorre do parágrafo único do artigo anteriormente citado.

O centro de observação é designado para a efetuação dos exames gerais e do criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de classificação, esse local também poderá ser utilizado para a realização de pesquisas criminológicas (art. 96, da Lei n. 7.210/84). Na falta do centro de observação, os exames criminológicos poderão ser feitos pela Comissão Técnica de Classificação (art. 98, da Lei de Execução Penal).

Regulamenta o art. 99 e seu parágrafo único da Lei n. 7.210/84, o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico é designada aos inimputáveis e semi-imputáveis mencionados no art.26 e seu parágrafo único do Código Penal, adotando-se ao hospital, no que compete, o parágrafo único do art. 88 da Lei n. 7.210/84.

O item 99 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal determina que a respeito do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não há previsão de cela individual, já que a constituição e as divisões de tal unidade estão na dependência de planificação especializada, gerenciada de acordo com os padrões da medicina psiquiátrica. Resguardando-se as condições mínimas de salubridade do local e área física de cada dormitório.

A execução penal da medida de segurança consistente no tratamento ambulatorial (art. 97, segunda parte, do CP) será cumprida no hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em outro ambiente com dependência médica apropriada, segundo o art. 101, da Lei 7.210/84.

A cadeia pública é designada ao recolhimento de presos provisórios, que são aqueles recolhidos em instituição prisional em razão de prisão em flagrante (arts. 301 e s. do CPP), prisão temporária (Lei n. 7.960/89) e prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP; art. 413, § 3º, do CPP; art. 387, parágrafo único, do CPP); art. 9º, da Lei n. 9.034/95 – Lei de combate às Organizações Criminosas; e art. 59, da Lei n. 11.343/06 – Lei de Drogas).

Por último, dispõe o art.103, da Lei de Execução Penal, que cada comarca deverá dispor de pelo menos uma cadeia pública, com a finalidade de resguardar o interesse da justiça criminal, objetivando, ainda, a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar como motivo para a sua ressocialização e amparo.

CAPÍTULO 3 A PRIVATIZAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO PARA SOLUCIONAR A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

3.1 A crise no sistema penitenciário brasileiro

A crise do sistema penitenciário brasileiro é a consequência, principalmente, da não consideração, pelo Estado, de algumas condições fundamentais à execução da pena privativa de liberdade. Vários motivos favorecem essa situação caótica no sistema penitenciário, dentre eles: maus-tratos verbais e físicos contra os presidiários; superpopulação carcerária; falta de higiene; condições deficientes de trabalho dos condenados; deficiência dos serviços médicos; regime alimentar deficiente para os presos; frequentes abusos sexuais entre os reclusos, deficiência no auxílio jurídico e etc. Manifestando-se um movimento com o objetivo de repensar o modelo estatal.

As mazelas encontradas no sistema penitenciário brasileiro nunca foi pauta de cuidados administrativos do governo. O surgimento do assunto, geralmente acontece quando existe alguma rebelião, quando organizações não governamentais revelam para a sociedade as dificuldades presentes nas penitenciárias, em suma, não se trata de uma preocupação frequente dos governos manutenção dos sistemas penitenciários que deveriam realizar com eficiência os objetivos para os quais foram erguidos.

Há também outro fator preocupante é o baixo orçamento destinado ao sistema penitenciário. Na maioria das vezes não é satisfatório para as necessidades fundamentais dos presos, para que eles possam ter uma alimentação digna; uma boa higiene pessoal; uma boa assistência médica e jurídica; mais oportunidades de trabalhos nas penitenciárias para facilitar a ressocialização e etc. Trata-se de alguns dos direitos dos presos e não regalias! Ocorre que, os condenados se encontram em um cenário de completo desprezo, onde o sistema penitenciário mais se assemelhe aos calabouços e as penas do período medieval.

Para o Estado, dessa maneira, não existe muita relevância em cumprir com eficiência o que já dispõe em sua própria legislação, no Código Penal Brasileiro, na Lei de Execução Penal, e também nos tratados e convenções internacionais de que foi signatário. A causa dos encarcerados, absolutamente, não ganha a atenção dos governantes, pois pessoalmente, no fundo, acreditam que isso seja como uma maneira de punição para aquele que cometeu o delito. Verdade seja dita, as atitudes dos governantes é uma consequência daquilo que a população entende a respeito do tratamento aplicado aos presos.

Porém, a razão da incompetência na administração dos sistemas penitenciários não deve ser totalmente responsável o Poder Executivo. O qual é incumbido de efetuar os recursos indispensáveis para o sistema penitenciário. A corrupção, o desencaminhamento do dinheiro público, o péssimo gerenciamento das verbas, em suma, todos esses fatores podem acontecer se, não existir permanentemente uma supervisão conjunta por parte dos órgãos competentes.

Entende-se por órgãos competentes, se bem que não unicamente, o Ministério Público, o Poder Judiciário e a Defensoria Pública. A fiscalização deve ser cotidiana por parte do Ministério Público, o qual é responsável, em regra, pelo início de uma ação penal, que resulta em uma privação de liberdade do condenado, e também pelo Poder Judiciário, o qual, em última instância, determina a privação de liberdade.

Competirá, aos Promotores de Justiça, aos Defensores Públicos e aos Juízes incumbidos da execução penal a supervisão constante do sistema penitenciário, analisando as razões pelas quais a Lei de Execução Penal de nº 7.210/1984, não vem sendo cumprida com eficiência, os direitos básicos dos presidiários, desprezados, para que haja uma punição eficaz para os responsáveis pelo descumprimento da lei.

Caso as dificuldades forem orçamentárias, deve-se acionar as Casas Legislativas responsáveis, com o objetivo de que possa aumentar as verbas necessárias para o bom funcionamento das penitenciárias e do tratamento para com os penitenciários. Eventualmente possa ser relevante, propor em Juízo a indispensável ação de interdição da instituição prisional, com a finalidade do seu fechamento por não ter as mínimas condições para alojar uma pessoa ou a sua reforma para que possa ser resguardado o mínimo essencial do encarcerado, sem desrespeito à sua dignidade.

Com relação à superlotação carcerária se justifica pelos motivos apresentados a seguir. O enorme aumento legislativo, devido a um Direito Penal simbólico sendo aquele que é conhecido por ser bastante rigoroso na criação das suas normas elaboradas geralmente no clamor da sociedade ou envolvendo casos de famosos ou casos de grande repercussão midiática, mas na prática tornam-se normas ineficientes que representam apenas símbolos que caem no vazio.

De acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, apresentado pelo Departamento Penitenciário Nacional, até junho de 2014 a população prisional do país era de 607.731 presos. Correspondendo a: 250.213 sem condenação; 250.094 submetidos ao regime fechado; 89.639 submetidos ao regime semiaberto; 15.036 submetidos ao regime aberto; 2.497 submetidos a alguma medida de segurança de internação; 360 submetidos a alguma medida de segurança de tratamento ambulatorial. Dessa forma, a

capacidade de lotação existente nos estabelecimentos penais brasileiros na época era de 376.669 vagas, resultando em um déficit de vagas de 231.062¹⁸⁹. Nesse mesmo relatório também foi realizado um ranking com os vinte países que têm a maior população prisional do mundo. Em 2014 o Brasil ocupou o 4º lugar, ficando atrás: 1º lugar - Estados Unidos (2.228.424 presos); 2º lugar – China (1.657.812 presos); 3º lugar – Rússia (673.818 presos)¹⁹⁰.

Portanto, esse Direito Penal simbólico faz com que fatos de pequena ou nenhuma relevância sejam julgados pela Justiça Criminal, tornando as penitenciárias com uma elevada aglomeração de presos por cela, os quais deveriam ser condenados pelos outros ramos do ordenamento jurídico pátrio, como exemplos o Direito Civil, Direito Administrativo e etc. E também se eleva os custos com o sistema penitenciário, sujeitando inúmeros indivíduos aos efeitos do aprisionamento.

Esses dados apresentados anteriormente conclui-se que o problema do déficit de vagas, resultante da superlotação dos presídios, é endêmico e histórico no país. Onde a população carcerária aumenta ano após ano e nada é investido nos estabelecimentos penais para melhorar as condições dos presos. A respeito da matéria Guilherme de Souza Nucci leciona que:

se não houver investimento efetivo para o aumento do número de vagas, respeitadas as condições estabelecidas na Lei de Execução Penal para os regimes fechados, semiaberto e aberto, nada de útil se poderá esperar do processo de recuperação do condenado. Na verdade, quando o presídio está superlotado a ressocialização torna-se muito mais difícil, dependente quase que exclusivamente da boa vontade individual de cada sentenciado¹⁹¹.

Além do mais, a utilização descontrolada da pena de privação cautelar de liberdade, são aquelas onde os condenados esperam seus julgamentos presos, tem uma contribuição determinante para a condição contemporânea da superlotação nos estabelecimentos penitenciários. Na maioria das vezes, esses condenados, que esperaram seus julgamentos presos, foram absolvidos, isto é, continuam privados ilegalmente do seu direito de liberdade.

É muito frequente a hipótese em que os presidiários cumprem suas penas por um lapso temporal superior àquele determinado na decisão condenatória. Geralmente são

¹⁸⁹ CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – JUNHO 2014**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

¹⁹⁰ Idem, Ibidem.

¹⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1051.

indivíduos de baixa-renda, desprovidos de um auxílio eficiente por parte do Estado, o qual ignora os encarcerados depois da sua condenação. Há casos também, em que indivíduos condenados e presos cautelarmente durante toda a execução penal, somente no final a sua pena é substituída por uma de privação de liberdade ou restritiva de direitos ou de prestação pecuniária. Todos esses elementos tornam um sistema penitenciário brasileiro como uma bomba prestes a explodir a qualquer instante.

O péssimo gerenciamento dos estabelecimentos penais, carece de políticas públicas designadas a ressocialização dos condenados. Há poucas ou nenhuma oportunidade de trabalho e ensino de qualidade dentro das penitenciárias. Dessa forma, os presos têm a sua personalidade desviada muito mais, em decorrência da ociosidade e da mistura indevida (ineficiência na classificação dos encarcerados) entre delinquentes habituais (os quais geralmente participam de facções criminosas) e aqueles primários, que acabam iniciando estes nas atividades de crimes cujas penas são ainda mais graves. Um exemplo desse fato, foi o ocorrido em 2014 no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, onde mais de 60 presos foram assassinados dentro do estabelecimento penal devido a rivalidade entre facções criminosas que controlam o local¹⁹².

Quando chegam a Pedrinhas, os novos presos são forçados a aderir a uma das facções e informados da principal lei vigente no presídio: quem não obedecer aos líderes dos pavilhões será sentenciado à morte. Além de conseguir levar drogas e dinheiro para o presídio por meio de familiares, alguns são obrigados a entregar a mulher, namorada ou familiares para serem abusadas pelos líderes das facções¹⁹³.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988, dispõe em seu art. 5º, XLIX, que: “é assegurado ao presos o respeito à integridade física e moral”¹⁹⁴. O Brasil, ratificou também no dia 25 de setembro de 1992, o Pacto de San José da Costa Rica; o qual foi elaborado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. No art. 5º dispõe que: “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”¹⁹⁵.

¹⁹² GONÇALVES, Eduardo. **Pedrinhas: a barbárie em um presídio fora do controle**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/barbarie-em-pedrinhas/>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

¹⁹³ Idem, *Ibidem*.

¹⁹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 out. 2015.

¹⁹⁵ BRASIL. Pacto de San José da Costa Rica. **Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 (ratificado pelo Brasil no dia 22 de setembro de 1992)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 6 out. 2015.

O caos estabelecido no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, é somente um dos inúmeros exemplos constatados da negligência da Administração Pública do Estado no gerenciamento dos estabelecimentos penais, tendo como consequências essas situações de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dos condenados.

Assim, o sistema penitenciário brasileiro, tendo como parte a Administração Pública, deveria ter por obrigação a execução efetiva da função ressocializadora da pena, isto é, colaborando para o que o retorno do ex-condenado à sociedade tenha ele pelo menos o mínimo de capacitação possível. O Estado deveria estar cumprindo com o seu papel, pois ratificou o Pacto de San José da Costa Rica. O qual prevê, em seu art. 5º: “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”¹⁹⁶.

O cenário da superlotação do sistema penitenciário, também faz com que a frequência de doenças infectocontagiosas tais como: AIDS, tuberculose, doenças de pele, hepatite entre outras. Estando os encarcerados submetidos a qualquer tipo de doença que inevitavelmente enfraquecerá a sua saúde.

Fatidicamente, na maioria dos estabelecimentos penais, existe uma enorme falta de profissionais da área de saúde ou remédios designados aos presos. Dessa forma, a realidade dos sistemas penitenciários acarreta uma situação de extrema apreensão, devido ao descontrole das doenças relacionadas à superlotação, tornando elevados os gastos do próprio governo. Dentro de muitas penitenciárias, não existe ambiente apropriado, para que os profissionais da área de saúde possam atender os presos. Assim, eles são encaminhados para hospitais próximos onde eles se encontram encarcerados, acarretando tensão nas pessoas ali presentes, e também gerando grandes aborrecimentos naqueles que chegaram ali muito cedo para pegar a senha de atendimento (pois os presos têm a preferência).

Por fim, existe também outro argumento para a crise no sistema penitenciário brasileiro, a incompetência dos funcionários que trabalham no sistema prisional. Ocorre uma falta de qualificação dos servidores em cursos específicos, sem atualização e também há a causa dos baixos salários. Assim, torna-se propício a ligação perigosa entre os condenados e os funcionários, estabelecendo uma rede de corrupção, onde muitas coisas antes proibidas passam a ser permitidas. Como: a entrada de armas; a entrada de drogas, a entrada de telefones

¹⁹⁶ BRASIL. Pacto de San José da Costa Rica. **Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 (ratificado pelo Brasil no dia 22 de setembro de 1992).** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 6 out. 2015.

celulares; saídas proibidas de presos; que fazem parte da ineficiência dos funcionários, que se aproveitam da circunstância de autoridade para tirar proveito dos reclusos. Infelizmente, também não é incomum os abusos sexuais por parte dos funcionários dos estabelecimentos penais, contra os presos e seus familiares em troca de alguns benefícios como a entrada de: armas, drogas, telefones celulares, entre outros.

3.2 Privatização dos presídios: problema ou solução?

Há três modelos de estabelecimentos prisionais: estatal, privado, e o comunitário. O sistema prisional estatal, estabelecido na maior parte dos países, a execução da pena é de responsabilidade totalmente do Estado, não havendo qualquer interferência de iniciativa privada. No sistema prisional privado, existe a participação privada na execução da pena, podendo esta suceder em menor ou maior nível. Por último, o sistema comunitário é aquele onde a população fica responsável pelo cumprimento da execução penal; por meio de associações sem fins lucrativos, organizações não-governamentais e etc. Um exemplo disso, é o modelo apaqueano, o qual caracteriza-se pelos seguintes aspectos: ausência de armas; não há policiais nem agentes penitenciários (as chaves do presídio ficam com os recuperandos); participação da comunidade como voluntariado; um recuperando ajudando o outro; assistência médica e jurídica; capacitação profissional; apoio ao egresso; valorização humana; trabalho; religião como fator de recuperação; assistência a família do recuperando e a família da vítima, entre outros.

Dessa forma, segundo o nível de participação do empreendimento privado, a privatização dos presídios pode ocorrer da seguinte maneira: em sentido amplo (onde o Estado contrata uma empresa privada fica responsável pela construção do estabelecimento penal, pela administração do presídio, pelo trabalho do preso e também realizando os chamados serviços de hotelaria do condenado); em sentido estrito (por intermédio desse modelo, o governo contrata uma empresa privada para administrar o estabelecimento penal por um certo período de tempo, a qual ficará responsável somente pelos serviços de: trabalho do preso, alimentação, educação e profissionalização, lazer, assistência médica e jurídica, etc.), sempre recebendo o pagamento pelos serviços prestados; e também pode ocorrer pelo contrato de *leasing*, segundo esse modelo a empresa privada constrói o estabelecimento penal as suas próprias custas, e arrenda o imóvel para o Estado, o qual ficará totalmente responsável pela execução penal. Depois de certo período de tempo, o imóvel passa a ser de propriedade do Estado.

O sistema de privatização aplicado no Brasil é o de cogestão. O Estado contrata a empresa privada para ela realizar os serviços chamados de hotelaria (roupa de cama, alimentação e uniforme) e os de assistência médica, odontológica, educacional, psicológica, profissional e jurídica nos estabelecimentos penais. Ou essa empresa privada fica responsável pela construção do presídio, pelos serviços de hotelaria e as assistências para os presos.

Essa contratação é regida pela Lei nº 11.079/04 (institui normas para licitação e contratos feitos pela Administração Pública). Mas, não existe ainda uma lei que estabeleça as normas gerais para a contratação de parceria público-privada, para a construção e administração de estabelecimentos penais.

Está em tramitação, o Projeto de Lei do Senado nº 513/2011, de autoria do senador Vicentinho Alves. O qual estabelece, normas gerais para a contratação de parceria público-privada (no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios); para a construção e administração dos estabelecimentos penais.

O mencionado Projeto de Lei determina que: a privatização dos estabelecimentos penais deverá abranger os condenados e provisórios, sujeitos a qualquer regime de pena; a parceria público-privada para a privatização dos estabelecimentos penais, será realizada por meio de um contrato de concessão administrativa que deverá ser precedida de licitação; as normas para a contratação da empresa concessionária; os cargos de diretor e vice-diretor do estabelecimento penal serão exercidos por servidores públicos de carreira; a empresa concessionária ficará responsável pela: assistência (médica, jurídica, nutricional e odontológica dos presos), programas de ensino fundamental e capacitação profissional, de esporte e lazer, equipe técnica para realizar a execução dos programas de individualização da pena e das atividades laborais; prevê a respeito da possibilidade da empresa concessionária subcontratar serviços ou partes da obra da edificação do presídio; a maneira que a empresa concessionária será remunerada; e liberdade para a empresa concessionária utilizar o trabalho dos presos e também usar os ambientes do estabelecimento penal para a comercialização de produtos e serviços provenientes desse trabalho; prevê que a mão-de-obra do preso poderá ser utilizada diretamente pela empresa concessionária ou ser subcontratada; prevê que a empresa concessionária poderá entregar ao juiz da execução proposta mais benéfica da remição da pena ao invés da que está disposta no art. 126 da Lei 7.210/84; institui as responsabilidades do Poder Público (transferência dos presos, fazer escoltas, traslado dos presos para o tribunal etc.); o contrato poderá ser rescindido se não for respeitado os critérios de avaliação que estão dispostos no mesmo; será permitido a participação de empresas ou grupos de capital estrangeiro nos contratos da parceria público privada; os estabelecimentos penais serão supervisionados (pelo

juízo da execução penal, Ministério Público, Conselho Penitenciário e pelo Departamento Penitenciário local); estabelece que os arts. 29, 32, 33, 36, 37, 76, 77 e caput do art. 88 da Lei nº 7.210/84 não se aplicam para o caso da privatização dos estabelecimentos penais e que as normas referidas ficarão decididas no que foi acordado no contrato; se aplicam subsidiariamente a Lei 11.079/04 e a Lei 7.210/84¹⁹⁷.

O fator da legalidade da contratação da Administração Pública com empresas privadas, para a construção e administração dos estabelecimentos penais, é bastante questionada entre os doutrinadores. João Marcello de Araújo Júnior, por exemplo, apresenta argumentos contrários a respeito da privatização dos presídios ao afirmar que:

[...] a administração penitenciária participa da atividade jurisdicional. O pessoal penitenciário, de qualquer nível, embora vinculado ao Poder Executivo para fins de gestão financeira e disciplinar, ao praticar os atos de execução são a longa manus do juiz da execução. Estão para este, assim como estão o Oficial de Justiça e o Escrivão. A Administração Penitenciária participa, portanto, da execução de decisões judiciais. Sendo, assim, a execução penal uma atividade jurisdicional e sendo, como se sabe, a atividade jurisdicional indelegável, devemos concluir que a administração penitenciária é, também, indelegável e, por isso, somente poderá ser exercida pelo Estado. A violação da inelegibilidade da atividade jurisdicional importa em inconstitucionalidade¹⁹⁸.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) em sua Resolução nº 08, de 9 de dezembro de 2002, declarou que as funções de ordem jurisdicional e relacionadas à segurança pública são de competência do Estado indelegáveis por imposição Constitucional. Ou seja, os serviços penitenciários que não se referem a segurança, à administração e ao gerenciamento, e à avaliação da individualização da execução penal, podem ser realizados por empresas privadas. Mas, os serviços de assistência: jurídica; médica; psicológica; e social; por tratar-se de atividades administrativas, designadas para esclarecimento de decisões judiciais, não podem ser prestadas por empresas privadas. Pois, consistem em requisitos da avaliação do mérito dos condenados. Por fim o CNPCCP, acredita ser incompatíveis entre de um lado os propósitos pretendidos pela política penitenciária, os quais são as finalidades da pena (retribuição, prevenção e ressocialização) e, de outro lado, os objetivos das empresas privadas, a qual não se preocupa com a ressocialização dos presos ou a progressão do regime, mas somente em manter o preso por mais tempo para dar mais lucro¹⁹⁹.

¹⁹⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 513/2011**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101752>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

¹⁹⁸ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Privatização das prisões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 15.

¹⁹⁹ CNPCCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária). **Resolução nº 08, de 9 de dezembro de 2002**. Disponível em:

Júlio Fabbrini Mirabete, disserta sobre o tema apresentando seus argumentos favoráveis, estabelecendo uma diferenciação entre os serviços administrados ao condenado. Separando em três atividades: a atividade de execução da pena, a atividade de supervisão da execução da pena e por último, a atividade que realiza os serviços fornecidos ao condenado, dividindo essas atividades em jurisdicionais, administrativo-jurisdicionais e administrativas.

A justiça penal não termina com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas se realiza, principalmente na execução penal. É ela ainda o poder de decidir o conflito entre o direito público subjetivo de punir (pretensão punitiva ou executória) e os direitos subjetivos concernentes à liberdade do cidadão. Esse conflito não se resume aos clássicos incidentes da execução, mas se estabelece também em qualquer situação do processo executório, e que se contraponham, de um lado os direitos e os deveres, componentes do status do condenado, delineados concretamente na sentença condenatória e, de outro, o direito de punir do Estado, ou seja, de fazer com que se execute a sanção aplicada na sentença. Nessa ordem de ideias, fala-se na jurisdicionalização da execução penal, o que significa que a intervenção do juiz, na execução da pena, é eminentemente jurisdicional, sem se excluírem aqueles atos acessórios, de ordem administrativa, que acompanham as atividades do magistrado. É preciso que o processo de execução possibilite efetivamente ao condenado e ao Estado a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas. A oportunidade de defesa deve ser realmente plena, e o processo deve desenvolver-se com aquelas garantias sem as quais não pode caracterizar-se o devido processo legal, princípio inserido na Constituição Federal (art. 5º, LIV). Daí a necessidade de um juiz da execução penal, ou, nos termos da exposição de motivos do exercício de uma jurisdição especializada na execução. Compete ao juiz da execução, portanto, intervir sempre que se verifiquem fatos que determinem o início da execução ou a redução, substituição, modificação ou extinção da sanção penal. Nessas oportunidades, o órgão imparcial que é o Juiz, substitui a atividade das partes: em conflito pela sua, tutelando o direito subjetivo ameaçado ou atingido, de caráter público (jus puniend) ou privado (direitos subjetivos do condenado), exercendo função jurisdicional. Essa atividade jurisdicional elencada no art. 66, incs. I a V, da Lei de Execução Penal, que prevê a competência do juiz da execução para aplicar aos casos julgados em lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado, declarar extinta a punibilidade; decidir sobre soma ou unificação de penas, progressão ou regressão de regimes, detração ou remição da pena, livramento condicional e incidentes da execução, autorizar saídas temporárias e determinar outras atividades de caráter jurisdicional. Excetuadas essas atividades, as demais que se realizam na execução da pena revestem-se de caráter administrativo em seu sentido estrito, de natureza judiciária e são exercidas por órgãos oficiais, ou de simples execução material, não judiciária, a cargo de órgãos oficiais ou de organismos sociais ou entidades particulares conforme disponha a lei regulamentadora²⁰⁰.

De acordo com Mirabete, o qual continua discorrendo sobre as atividades administrativo-judiciárias:

<<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/n8de9dez2002.pdf> >. Acesso em: 11 ago. 2015.

²⁰⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **A privatização dos estabelecimentos penais diante da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)**. São Paulo: Revista Justitia, v. 54, n. 158, abr./jun. 1992, p. 12-13. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/971zz4.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

certas atividades, de caráter administrativo, só podem ser executadas por órgão ou entidades oficiais, razão por que são aqui denominadas atividades administrativas em sentido estrito ou administrativo-judiciárias. Na Lei de Execução Penal estão, em primeiro lugar, as atividades administrativas do juiz da execução, mencionadas no art. 66, VI a IX, como as de zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança, inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, etc. São atividades também administrativo-judiciárias aquelas previstas como atribuições do Ministério Público (arts. 67 e 68), do Conselho Penitenciário (arts. 69 e 70). Também pertence a esse rol a aplicação das sanções disciplinares que, por influírem diretamente na execução da pena, implicando alterações na execução da pena (suspensão ou restrição de direitos, isolamento, conversões, impedimento de benefícios, etc.) são administrativo-judiciárias e não podem ficar a cargo de particulares²⁰¹.

A respeito das demais atividades administrativas, leciona Mirabete:

as demais atividades administrativas, ou seja, não jurisdicionais, que são de ordem administrativa mas apenas de execução material, podem ficar a cargo de órgãos oficiais ou de particulares. Por força da própria Lei de Execução Penal, aliás cabe ao Patronato Particular não só orientar os condenados à pena restritiva de direitos, como fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviços às comunidades e de limitação de fim de semana e colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional, atividades marcadamente administrativas. Cabe ao Conselho da Comunidade visitar os estabelecimentos penais, entrevistar presos, apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário, diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para assistência ao preso e ao internado etc., como já foi visto, a iniciativa particular é admitida tanto no trabalho interno como no trabalho externo do condenado à pena privativa de liberdade, no tratamento médico, farmacêutico e odontológico, nas execuções das penas de interdição temporária de direitos etc. Pode-se, porém, estender a participação de entidades privadas a outras atividades administrativas, de natureza meramente material, que hoje estão a cargo de órgãos oficiais e que, muitas vezes não são executados por dificuldades de ordem material ou humana. Nada impede que lei federal ou estadual, por instrumento hábil (delegação, concessão, permissão ou privatização) encarregue uma pessoa jurídica de direito privado de exercê-las para promover a execução material das penas. Sem qualquer alteração da Lei de Execução Penal federal, podem ser exercidas por entidades privadas atividades como a classificação dos condenados (art. 5º a 9º), a assistência material, de saúde, jurídica, educacional, social e religiosa ao preso e o egresso (arts. 10 a 27); o trabalho externo e interno (arts. 26 a 150) e limitação de final de semana (arts. 151 a 153) etc. Mas em caráter geral, por força de norma complementar estadual, nada impede que os estabelecimentos penais e operados por empresa privada, ressalvadas as atividades jurisdicionais e administrativo-judiciárias²⁰².

Portanto, pode-se constatar que a atividade jurisdicional e a atividade administrativo-judiciária são exclusivas e indelegáveis do Estado, não sendo permitido a sua privatização, incumbência que permanecerá sendo do juiz da execução. Como exemplos: fiscalização dos presos, traslado dos presos, aplicação da Lei de Execução Penal, etc. Somente

²⁰¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **A privatização dos estabelecimentos penais diante da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)**. São Paulo: Revista Justitia, v. 54, n. 158, abr./jun. 1992, p. 13. Disponível em: < <http://www.justitia.com.br/revistas/971zz4.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

²⁰² Idem, Ibidem, p. 13-14.

a atividade administrativa extrajudicial, poderá ser realizada por um ente jurídico de iniciativa privada, o qual ficará responsável pela educação, profissionalização, lazer e todos os serviços de assistência aos presos como está estabelecido na Lei 7.210/84.

Mas a questão da privatização dos estabelecimentos penais, acaba tornando-se um fator de ilegalidade. Pois, os serviços de custódia, segurança e vigilância interna dos estabelecimentos penais, violam a indelegabilidade do exercício de poder de polícia do Estado, como o direito de punir (*jus puniendi*), de acordo com o art. 4º, III, da Lei 11.079/84. Além do mais, ultrapassa os limites legais dispostos na Lei 7.102/83 (dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências) em seu art. 10 o qual dispõe que:

são considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I- proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; II- realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga²⁰³.

Conforme o que vem sendo apresentado neste presente trabalho, existe ainda mais vantagens e desvantagens relacionadas a proposta da privatização para os estabelecimentos penais brasileiros. Os argumentos favoráveis são: a) está comprovado que o Estado é ineficiente no gerenciamento dos estabelecimentos penais, há bastante tempo finge importar-se com as dificuldades encontradas no sistema penitenciário brasileiro, e ultimamente não está tomando muitas atitudes eficazes; b) a empresa privada possui maior capacidade para gerenciar os estabelecimentos penais, pois está livre da lenta e dificultosa burocracia do setor público; c) os diretores das empresas privadas têm maior preocupação em melhorar os serviços prestados aos presos, diminuindo as despesas desnecessárias, pois os prejuízos financeiros lhes atingem diretamente; d) porque reprovar a administração de um estabelecimento penal por uma empresa privada, se o Estado estará fiscalizando constantemente o desempenho da mesma, para impedir descumprimentos das obrigações contratuais e o desrespeito dos direitos humanos dos presos? e) porque se preocupar com a presença de empresas privadas relacionadas ao crime organizado, se o Estado, por meio das normas estabelecidas pelo edital da licitação, tem totais condições para realizar a escolha das empresas adequadamente competentes e de boa reputação? f) a

²⁰³BRASIL. Lei 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7102.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

empresa privada terá a preocupação em mostrar zelo e competência pois, investindo no estabelecimento penal, assegurará a confiança da Administração Pública (Estado) e a possibilidade para que seja permitido a renovação do contrato. Os argumentos contrários são: a) a empresa concessionária contratada só irá se importar com o lucro e não com a ressocialização dos presos (ocorre que em experiências de estabelecimentos privados existentes no Brasil, no contrato há uma cláusula de pagamento mínimo à empresa privada contratada, referente a certo número de vagas, independentemente do número de presos existentes que atendessem os critérios contratados). Assim, é notório a ameaça de aumentar o número de presos nos estabelecimentos penais, para que a empresa possa ter ainda mais lucro; b) nos estabelecimentos penais privados que existem no Brasil, há uma busca, por parte da empresa contratada, por detentos de determinado perfil, de baixa periculosidade, com bom comportamento, capacidade e satisfação dos requisitos para o trabalho. Os condenados que venham a se tornar indisciplinados, sofreriam as consequências de serem transferidos para os estabelecimentos penais públicos (essa norma estaria estabelecida em uma cláusula contratual da empresa concessionária com o Estado); c) risco de o presídio ser administrado por empresas privadas que tenham relações com o crime organizado; d) dando prioridade a questão econômico-financeira, a empresa privada não está preocupada em contratar funcionários qualificados e bem treinados para trabalhar nos estabelecimentos penais; e) ainda que haja um diretor prisional subordinado ao serviço público, como ele poderá ser responsável pelos atos dos funcionários da empresa privada que trabalham nos estabelecimentos penais? f) de que maneira a empresa privada poderá aplicar uma sanção disciplinar a um preso, se estava determinado entre ele e o Estado uma relação jurídica de direitos e deveres no momento em que foi condenado na sentença criminal? g) com a existência das prisões privadas, o Estado passa a ter duas responsabilidades: com o preso e com os funcionários da empresa privada, para impedir abusos e descumprimentos dos direitos humanos.

A experiência brasileira com a privatização dos presídios existe em pelo menos 23 estabelecimentos penais espalhados pelo Estados: Bahia; Tocantins; Espírito Santo; Alagoas; Minas Gerais; Santa Catarina; Amazonas etc. A seguir, será demonstrado dois exemplos existentes no país. São eles: a Penitenciária Industrial Jucemar Cesconetto (Joinville/ Santa Catarina) e a Penitenciária de Ribeirão das Neves (Minas Gerais). A primeira penitenciária já estava em funcionamento há algum tempo, e o Estado de Minas Gerais resolveu contratar (inicialmente por motivos de emergência) a empresa para que ela realizasse somente os serviços de hotelaria do preso e os serviços de: assistência médica, de trabalho, educação,

profissionalização, lazer, alimentação, etc. Já a segunda, foi contratada para construir a penitenciária e para prestar os serviços e assistências aos presos de Ribeirão das Neves.

A Penitenciária Jucemar Cesconetto é administrada pelo sistema de co-gestão, onde a empresa contratada pelo Estado somente se responsabiliza pela segurança, limpeza e manutenção, além da disciplina, alimentação, material de higiene pessoal, uniformes e roupas de cama e de banho dos presos. Também fornece remédios e cuida do atendimento médico, dentário e psicológico. O comando está nas mãos do diretor. Ele responde pela fiscalização dos serviços da concessionária e faz a ligação com a Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado. A qual é a responsável pela execução penal do condenado. Esse estabelecimento penal foi inaugurado em 21 de agosto de 2005, atualmente conta:

com 646 detentos, dos quais 156 do regime semiaberto e 494 do fechado. Os 12 mil metros quadrados são administrados em cogestão. A unidade foi construída, equipada e é mantida pelo Governo do Estado ao custo de R\$ 2,2 milhões por mês, mas é gerida no dia a dia pela iniciativa privada²⁰⁴.

A Penitenciária de Ribeirão das Neves está localizada em Minas Gerais, foi inaugurada no dia 28 de janeiro de 2013, o consórcio Gestores Prisionais Associados foi que ganhou a licitação para construir e administrar a unidade penal:

a capacidade do complexo é de 3336 vagas. O consórcio de empresas tem 27 anos da concessão do complexo, sendo dois para construção e 25 para operação. Já foram gastos 280 milhões de reais na construção do complexo até agora. O GPA estima que no total serão gastos 380 milhões. O Estado repassa R\$2.700 por preso mensalmente; nas penitenciárias públicas o custo é de R\$ 1.300,00 a R\$ 1.700,00 por mês. As celas têm capacidade máxima para quatro presos. [...] No complexo de Neves, os presos têm 3 minutos para tomar banho e os que trabalham, 3 minutos e meio. Detentos denunciaram que a água de dentro das celas chega a ser cortada durante algumas horas do dia²⁰⁵.

Por fim, de acordo com um levantamento de estudo da Pastoral Carcerária Nacional, realizado em 2013 em alguns estabelecimentos penais privatizados, obteve-se estas principais conclusões: para ser atendidas as necessidades imediatas dos estabelecimentos penais privatizados, não é necessário passar pelo longo processo de licitação; na maioria dos

²⁰⁴ KELLER, Ana Paula. **Penitenciária que é modelo no sistema prisional brasileiro completa dez anos.**

Disponível em: <<http://www.sdrs.sc.gov.br/sdrjoinville/16110-penitenciaria-modelo-no-sistema-prisional-brasileiro-completa-dez-anos>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

²⁰⁵ SACHETTA, Paula. **Quanto mais presos, maior o lucro.** Disponível em: <<http://apublica.org/2014/05/quanto-mais-presos-maior-o-lucro/>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

estabelecimentos penais privatizados visitados, as assistências médica, jurídica, alimentação, educacional e social, poucas vezes são motivos de reclamações; os agentes penitenciários contratados pelas empresas não estão bem preparados para desempenhar suas funções, há uma grande taxa de rotatividade desses funcionários (o que causa um desconhecimento da verdadeira situação das unidades prisionais) e baixos salários (são até quatro vezes mais baixos em comparação com as remunerações dos agentes públicos); os agentes penitenciários não desempenham totalmente suas funções pois não detêm o poder de disciplinar, dessa forma, prejudica a eficiência no gerenciamento dos estabelecimentos penais privatizados; o tempo reduzido do banho de sol, as atividades físicas e de lazer não estão adequadas ao que é de direito dos presos; a não permissão do acesso a revistas e jornais atualizados, e também programas televisivos como noticiários e etc., infringi o direito do preso ao contato com o mundo exterior, disposto na Lei 7. 210/84 (art. 41, inciso XV) e representa crime de abuso de autoridade por atentar contra a liberdade de consciência e crença (Lei 4898/1965, art. 3º, d)²⁰⁶.

²⁰⁶ JESUS FILHO, José de; OI, Amanda Hildebrand. **Prisões privatizadas no Brasil em debate/ Pastoral Carcerária Nacional**. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Relato%CC%81rio-sobre-privatizac%CC%A7o%CC%83es.pdf>>. Acesso em 21 ago. 2015.

CONCLUSÃO

Averigua-se no presente trabalho o assunto sobre o sistema penitenciário brasileiro, o qual sempre foi mantido com negligência por parte do Estado. A pesquisa monográfica, traz como tema central a privatização dos presídios brasileiros como alternativa para enfrentar a atual crise estabelecida.

O primeiro capítulo abordou a evolução histórica da pena como sanção, o conceito e as teorias que explicavam as suas finalidades. Dessa forma, está verificado a colaboração do Direito Penal para o aprimoramento da Execução Penal, aperfeiçoando o sistema penitenciário brasileiro ao longo dos anos (criando novos meios e Legislações específicas), na tentativa de fazer a Execução Penal mais humana, concedendo um certo nível de dignidade ao indivíduo que cumprem pena no Brasil.

Já o segundo capítulo, tratou da evolução histórica sistema penitenciário, principalmente o caso do Brasil. Apresentando a forma como é estabelecida a execução penal a qual é regida pelas normas previstas: no Código Penal, Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

No terceiro capítulo, foi analisado e discutido a verdadeira situação atual em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro. Apresentando como proposta para a crise estabelecida, o modelo de privatização. Demonstrando a legalidades desse projeto, as vantagens e desvantagens, o posicionamento dos doutrinadores a respeito do tema, e por fim a experiência brasileira.

A ressocialização, declarada como uma das funções da pena, é um completo fracasso. Devido a: superlotação nas celas; maus tratos verbais e físicos aos presos, péssimas condições de higiene e alimentação; deficiência na prestação dos serviços: médicos, de assistência jurídica e psicológica, de capacitação educacional e profissional; deficiência de vagas de trabalho para ocupar a ociosidade dos presos e capacitá-los para reintegrar na sociedade; frequentes abusos sexuais entre os reclusos, entre outros. Assim, os estabelecimentos penais públicos são incompetentes para reintegrar o preso, na verdade, faz com que o indivíduo se torne ainda mais degenerado, estigmatizado e desadaptado ao retorno para o convívio social.

A proposta da privatização dos estabelecimentos penais, colaborando com o sistema penitenciário brasileiro, apenas será possível se for feita uma Lei específica, não pode ser delegada qualquer atividade jurisdicional para a empresa privada. Somente poderão ser privatizadas: a alimentação, assistência jurídica, assistência médica, assistência odontológica,

limpeza e vestuário, assistência psicológica, o trabalho dos presos, a educação. Pois se referem a atividades administrativas extrajudiciais.

O Estado possui o poder do cumprimento da execução penal, por tratar-se de uma atividade jurisdicional, sendo assim, indelegável. Mas os estabelecimentos penais privatizados existentes no Brasil, possuem guardas que fazem a segurança interna que são contratados pelas empresas privadas. Portanto, constata-se uma ilegalidade pois os serviços de custódia, segurança e vigilância interna dos estabelecimentos penais violam a indelegabilidade do poder de polícia pertencente ao Estado, como é o caso do direito de punir (*jus puniendi*), de acordo com o art. 4º, III, da Lei 11.079/84. Além do mais, ultrapassa os limites legais dispostos no art. 10, da Lei 7.102/83.

Conforme o art. 5º, XXXIII, da CF/88:

todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado²⁰⁷.

Porém, ficou constatado que a privatização dos estabelecimentos penais está determinada pela falta de transparência. Apesar da existência da Lei de Acesso à Informação (12.527/11), segundo a qual dispõe no art. 6º “cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação”²⁰⁸. Essa lei foi pouco útil para acessar os dados concernentes à privatização dos estabelecimentos penais.

Os processos de licitação e os contratos entre os governos e as empresas privadas para administração dos estabelecimentos penais devem ser tornados públicos (por se tratar de um direito da sociedade: a publicidade e a transparência das ações que utilizam os recursos públicos, devem ser resguardados). Além do mais, os meios de controle externo, constituído por entidades da sociedade civil, devem fazer visitas frequentes a esses estabelecimentos penais privatizados (com a fiscalização constante para evitar qualquer irregularidade). É necessário romper a cultura do sigilo, presente no âmbito público, mas que se apresenta ainda mais resistente no âmbito privado.

²⁰⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Acesso em: 11 nov. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

²⁰⁸ BRASIL. **Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Acesso em: 11 nov. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>.

Vale ressaltar por fim, que o estudo do tema da presente monografia, foi respaldado na investigação científica, portanto não se encerra por aqui. Pois, faz-se necessário atualizações permanentes na pesquisa, para colaborar ainda mais com a ciência do Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Privatização das prisões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BARATTA, Alessandro. **Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica**. Revista de Doctrina Penal, v. 8. Buenos Aires, Argentina, 1985.

BARNES, Harry Elmer. **The evolution of penology in Pensylvania; A study in american social history**. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1927.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOIX, Vicente. **El sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia**. Valencia: Imprenta del Presidio, 1850.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Código Criminal do Império do Brazil, de 16 de dez. de 1830. **Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça**, Rio de Janeiro, RJ, 7 jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

_____. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de mar. de 1824. **Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brazil**, Rio de Janeiro, RJ, 22 abr. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

_____. Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890. **Sala das sessões do Governo Provisório**, Rio de Janeiro, RJ, 20 set. 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=774&tipo_norma=DEC&data=18900920&link=s>.

_____. **Lei 7.102, de 20 de junho de 1983**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7102.htm>.

_____. **Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>.

_____. Pacto de San José da Costa Rica. **Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 (ratificado pelo Brasil no dia 22 de setembro de 1992)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 513/2011**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101752>>.

BUSTOS, Ramirez; MALARÉE, Hormazábal. **Pena y Estado in Bases críticas de un Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1982.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Estrutura do direito penal**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1970.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – JUNHO 2014**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>>.

CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária). **Resolução nº 08, de 9 de dezembro de 2002**. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/n8de9dez2002.pdf>>.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006.

CUELLO CALÓN, Eugenio; BUENO AURUS, Francisco. La moderna penología. Panorama comparativo entre los modernos sistemas penitenciarios, in **Problemas actuales de las ciencias penales y filosofía do derecho**. Barcelone: Editora Bosch, 1958 (reimpressão em 1974);
DOTTI, René Ariel, **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. et al. **Manual de derecho penitenciario**. Salamanca: Editorial Colex, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** Tradução por Afonso Ruiz Miguel: parágrafos 1 ao 12. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal.** 1ed. 14 ed. alemã. Tradução por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral.** 10. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal.** 7. ed. v. 1. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARRIDO GUZMAN, Luis. **Manual de ciencia penitenciaria.** Madrid: Editora Edersa, 1983.

GONÇALVES, Eduardo. **Pedrinhas: a barbárie em um presídio fora do controle.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/barbarie-em-pedrinhas/>>.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas.** 2 ed, rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de Derecho Penal.** Barcelona: Bosch, 1984.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Princípios de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HIBBER C. **Las raíces del mal; una historia social del crimen y su represión.** Espanha: Ed. Luiz de Caralt, 1975.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.** trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK. Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal.** Tradução por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. v. 2. Barcelona: Bosch, 1981.

JESHECK, Hans- Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: Parte General.** 5 ed. ren. ampl. Granada: Editora Comares, 2002.

JESUS FILHO, José de; OI, Amanda Hildebrand. **Prisões privatizadas no Brasil em debate/ Pastoral Carcerária Nacional.** Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Relato%CC%81rio-sobre-privatizac%CC%A7o%CC%83es.pdf>>.

KANT, Immanuel. **Fundamentación metafísica de las costumbres.** trad. Garcia Morent, 8. ed. Madrid, 1983.

_____. **La metafísica dei costumi: parte 1ª. La domina del diritto.** trad. Di Giovanni Vidari. Milano: Studio Editorial Lombardo, 1916.

KELLER, Ana Paula. **Penitenciária que é modelo no sistema prisional brasileiro completa dez anos**. Disponível em: <<http://www.sdrs.sc.gov.br/sdrjoinville/16110-penitenciaria-modelo-no-sistema-prisional-brasileiro-completa-dez-anos>>.

KERM, Fritz. **Derechos del rey, derechos del pueblo**. trad. Angel Lopez-Arno, Madrid, 1955.

LEAL, César Barros. **Prisão, crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. tomo I. Tradução por José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. 2. ed. v. 11. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **A privatização dos estabelecimentos penais diante da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)**. São Paulo: Revista Justitia, v. 54, n. 158, abr./jun. 1992, p. 12-13. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/971zz4.pdf>>.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 29. ed. v. 1. rev. e atual. São Paulo: Altas, 2013.

NEUMAN, Elías. **Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios**. Buenos Aires: Editora Panedille, 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manuel de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002.

ORDENAÇÕES AFONSINAS. **Livro V Título XXXII: Do que mata ou fere alguém sem porquê**. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg126.htm>>.

Ordenações Filipinas. **Livro 5 Tit. 8: Dos que abrem as cartas do Rei, ou da Rainha, ou de outras pessoas**. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1158.htm>>.

PIERANGELI, José Henrique. De las penas: tiempos primitivos y legislaciones antiguas. Tradução Silvia Cristina Bianchi. In: BAIGÚN, David, et. al. (Cord.). **De las penas. Homenaje al profesor ISIDORO DE BENEDETTI**. Buenos Aires: Depalma, 1997.

PIMENTEL. Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PLATÃO. Protogoras de los sofistas. **Diálogos**. México: Porrúa, 1993.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts 1º a 120**. 11. ed. v. 1. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Vega, 1993.

SACHETTA, Paula. **Quanto mais presos, maior o lucro**. Disponível em: <<http://apublica.org/2014/05/quanto-mais-presos-maior-o-lucro/>>.

SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino: parte general**. 2. ed. tomo II. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1963.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal - parte geral - arts. 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais da lei penal, teoria geral do crime**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1998.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman: parte general**. 11 ed. 4 ed. castelhana. Tradução por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Perez. Santiago de Chile: Editoria Jurídica do Chile, 1997.