XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

MAGNO FEDERICI GOMES

CLAUDIA LUIZ LOURENCO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Magno Federici Gomes

Claudia Luiz Lourenco – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-792-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Goiânia/GO, nos dias 19 a 21 de junho de 2019, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP) da Universidade Federal de Goiás (UFG), tendo como tema geral: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, o PPGDP/UFG e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezenove trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal; prisão provisória e colaboração premiada; presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena; sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena; e gênero e Direito Penal.

No primeiro bloco, denominado garantismo e novas perspectivas do Direito e Processo Penal, iniciaram-se os trabalhos com textos de análise sobre a formulação do novo Código de Processo Penal brasileiro através de racionalidades (não)garantistas e a teoria de Luigi Ferrajoli; adoção da justiça restaurativa nos Juizados Especiais Criminais como caminho para um Direito Penal mínimo; realidade e perspectivas garantistas da audiência de custódia; análise econômica da perda alargada; a discussão da caracterização do tipo penal assédio sexual comparativamente a outras figuras típicas ofensivas à dignidade sexual; e a análise do "efeito censura" no caso Góes.

No segundo eixo, chamado prisão provisória e colaboração premiada, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com a (in)compatibilidade da prisão temporária com o direito fundamental que veda a autoincriminação compulsória; passando-se à teoria dos jogos aplicada ao processo penal, que abordou a colaboração premiada como mecanismo de barganha; analisou-se o papel da delação premiada na reconstrução de um novo Estado

Democrático de Direito e sua vinculação aos Direitos Humanos; e abordaram-se críticas acerca da efetividade do instituto da colaboração premiada a partir do neoliberalismo.

Na terceira fase temática, presunção de não culpabilidade e execução provisória de pena, o primeiro trabalho estudou as semelhanças e diferenças da presunção de inocência no Brasil e nos Estados Unidos da América; a seguir analisou-se a garantia convencional da presunção de inocência e a execução antecipada da pena; e o terceiro trabalho, por sua vez, tratou da prisão após condenação em segunda instância como violação de direito fundamental.

No quarto conjunto, sistema carcerário brasileiro e execução definitiva de pena, examinou-se o sistema carcerário brasileiro: o estado de coisas inconstitucional e a responsabilidade civil do Estado frente as violações de direitos humanos; indagou-se sobre a privatização das penitenciárias públicas, à luz dos conceitos de Estado em Michel Foucault; encerrando-se com a discussão sobre a data-base para progressão de regime com o advento de nova condenação no curso da execução penal.

No derradeiro bloco, que versou sobre e gênero e Direito Penal, discutiu-se o novo cenário da prisão domiciliar da mulher no ordenamento jurídico processual brasileiro após decisão do Supremo Tribunal Federal e da Lei n. 13.769/2018; mulheres em situação de cárcere e a importância da aplicação de um paradigma feminista; e, por fim, a descriminalização do aborto e o ativismo judicial: a proteção dos direitos fundamentais da mulher.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à cidadania, à segurança jurídica, ao Direito e Processo Penal, e ao Direito Constitucional, nos quais a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - ESDHC e PUC Minas

Profa. Dra. Claudia Luiz Lourenço - UFG e PUC Goiás

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PRIVATIZAÇÃO DAS PENITENCIÁRIAS PÚBLICAS, À LUZ DOS CONCEITOS DE ESTADO EM MICHEL FOUCAULT

THE PRIVATIZATION OF PUBLIC PRISONS , ACCORDING TO THE CONCEPTS OF STATE MICHEL FOUCAULT

Marcos Vinicius Rodrigues
Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos

Resumo

O trabalho buscou aferir se há eficácia no Brasil na aplicação da punição nas penitenciárias públicas superlotadas. Nos Estados, o índice de criminalidade e reincidência aumenta, demonstrando a inoperância estatal em ressocializar o indivíduo. O trabalho aborda, na perspectiva de Foucault em relação ao indivíduo, as formas de adestrar o condenado, tornando-o útil à sociedade. A parceria público privada surge nesse contexto, onde o Poder Público rege o poder de punição. Nomeações e segurança interna, o parceiro privado, o investimento para a edificação do sistema penitenciário, a operação e manutenção desse sistema também são questões aqui tratadas.

Palavras-chave: Assujeitamento, Indivíduo, Parceria público-privada, Prisão

Abstract/Resumen/Résumé

The study sought to verify if there is effectiveness in Brazil in the application of punishment in overcrowded public penitentiaries. In the states, crime and recidivism rates increase, demonstrating the state's inoperability in resocializing the individual. The work approaches, from Foucault's perspective on the individual, the ways of training the condemned person, making it useful to society. The private public partnership arises in this context, where the Public Power governs the punishment. Nominations and internal security, the private partner, the investment for the construction of the penitentiary system, the operation and maintenance of this system are also issues addressed here.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Subjection, Individual, Public-private-partnership, Prison

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como principal escopo trazer à baila a discussão referente à aplicação de pena, como sanção aplicada para punir, bem como sua utilidade, partindo da perspectiva do pensador contemporâneo Michel Foucault.

Para tanto, percorreu-se um caminho histórico, destacando, nas primeiras sociedades, para se chegar aos dias atuais, traçando, brevemente, a evolução no tocante à finalidade da aplicação da pena para, ao final, aferir se há eficácia em nosso ordenamento jurídico.

A priori, necessário se faz compreender, no contexto histórico, as formas de poder punitivo, nos diferentes modelos de Estado, para a compreensão dos seus atuais propósitos de ressocialização, segundo modelo adotado no Brasil.

Porém, em que pese os objetivos da lei, muitas vezes, vislumbra-se certa descaracterização das ações estatais voltadas à aplicação da pena em razão da deficiência do próprio Estado em exercer seu poder de punição.

É sabido, entretanto, que o sistema carcerário no Brasil padece de muitos males, a exemplo da superlotação, incidência de doenças entre os presos, dentre outros.

Ante aos enormes problemas do sistema prisional, que serão mais detalhados no decorrer deste estudo, vislumbra-se, também, a possibilidade de privatização das prisões como forma de propiciar que certos serviços fiquem a cargo do setor privado, desafogando, assim, parte do trabalho estatal na condução dos presídios, melhorando o sistema.

Contudo, sendo o Estado o titular exclusivo do poder punitivo, cabe a ele zelar pela integridade do complexo prisional.

Desse modo, considerando que cada ente estatal deve gerir, com independência, um conjunto separado de estabelecimentos penais, com uma estrutura organizacional distinta, forçoso delinear o panorama do sistema nacional, com base nesse conjunto de informações para, ao final, compreender, na perspectiva adotada no início, a coerência do sistema com o pensamento de Michel Foucault, enquanto objeto de punição.

2 A EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DA PENA E O PENSAMENTO DE FOUCAULT

A partir da compreensão moderna da objetividade da pena/punição, o caminho seguido para a compreensão desta abordagem será guiado à luz do pensamento de Michel Foucault.

Foucault (2013) faz uma genealogia do indivíduo moderno que tem como objetivo,

revelar o indivíduo. Pois a genealogia procura despontar “o segredo que as coisas não têm essência, ou que sua essência foi construída peça por peça a partir de figuras que lhe eram estranhas.” (DREYFUS *et* ROBINOW, 1995 p. 119). Tal concepção para Foucault trata-se de uma tarefa do genealogista, traduzindo em destruir a primazia das origens, das verdades imutáveis.

Então, o filosofo irá tentar derrubar as doutrinas do desenvolvimento e do progresso, proporcionando uma ruptura com a tradição. E, uma vez conseguido fazer isto, há de destruir as significações ideais e as verdades originais, Foucault (1980) se voltará para os jogos de vontade que são: a sujeição, a dominação e a luta que podem ser encontradas em toda parte. Assim, onde pode se falar de virtude e divindade, significado de valor, o pensador procura estratégias de dominação. O filósofo não procurará origens, significados escondidos ou intencionalidade explícita, mas ao invés disto, o genealogista, se ocupa de ver relações de força funcionando em acontecimentos particulares, movimentos históricos e na história, propriamente dita.

Como diria o filósofo Foucault (1980), “não se deve tentar se apropriar de uma verdade estável e do poder ele mesmo”, tomando como se fosse resultado de motivações psicológicas. A melhor forma de concebê-lo, seria como uma estratégia, onde não leve a uma apropriação, mas as disposições, manobras, táticas, técnicas, funcionamentos, que melhor serviriam para que se decifre nele uma rede de relações sempre tensas, sempre em atividades, mais do que um privilégio que se pode deter.

Em *Vigiar e Punir*, como foi citado no livro *Michel Foucault, em uma trajetória filosófica*, Foucault (2013) proporciona uma genealogia do indivíduo como corpo útil e mudo que se apresenta uma inter-relação entre a tecnologia disciplinar com uma ciência social normativa. Esta inter-relação da tecnologia disciplinar e a ciência social normativa representam uma genealogia do complexo científico-judiciário, onde o poder de punir se apoia, recebendo suas justificativas e regras e, com isto, ele estende seus efeitos e mascara sua singularidade exorbitante. Aqui surge uma nova proposta, não mais abordar as prisões ou as práticas punitivas como um conjunto de mecanismo de repressão e sim como uma função social complexa. Dessa maneira, as prisões ou as práticas punitivas irão adestrar o indivíduo, objetivando-o, tornando- o útil e dócil, para que o indivíduo produza no complexo social.

O objeto de estudo de Foucault sãos as práticas de objetivação de cultura vigente, segundo incorporadas a uma tecnologia disciplinar. Como consequência dessa observação, Foucault (1980) apresenta o indivíduo na modernidade que surge como objeto, que é alvo do poder.

As práticas disciplinares incidem sobre o corpo como dispositivo que tornam o corpo silencioso e favorável. Pode-se entender melhor estes dispositivos disciplinares ilustrando-os em três figuras de punição. A primeira figura corresponde à tortura pública que era um ritual político. Esta tortura correspondia ao desejo do soberano, ou seja, aquele que violasse a vontade do soberano, prescrita nas leis, deveria responder à fúria do rei. Neste ritual político prevalecia a violência, o criminoso era atacado fisicamente, para que as marcas no corpo do criminoso servissem de inibição para os demais.

A segunda figura de punição é encontrada na reforma humanista, que concede a "expiação da atrocidade da tortura" como um mal a ser curado dando origem a uma nova interpretação da punição. Enquanto a primeira figura representava o poder do soberano que era inscrito diretamente no corpo do criminoso, na segunda, prevalecia uma técnica de correta manipulação das representações que eram aplicadas à mente do criminoso.

E, por fim, a terceira e última figura é a detenção normalizadora que, observando que a manutenção dos prisioneiros era muito elevada, fazia que os mesmos pagassem por sua correção, com se vislumbra nas prisões modernas, ou seja, "As prisões eram caras; por isso, os prisioneiros deveriam ser forçados a trabalha para pagar sua correção. Não apenas seria econômico a curto prazo, mas também, destas prisões, surgiriam novos trabalhadores, prontos a contribuir com a produtividade e o bem-estar da sociedade" (DREYFUS *et* ROBINOW, 1995, p.167).

Não só havia o imperativo econômico, ou seja, o objetivo, nesta figura havia também o imperativo moral. Como a prisão era mantida pelo trabalho dos prisioneiros, diminuindo assim os gastos e, além disso, havia um trabalho oferecido pela instituição, neste caso a prisão, oferecia direção espiritual, que era dada a cada um dos presos.

A primeira figura de punição tinha como objetivo inscrever no corpo do criminoso a verdade "confessada", o motivo pelo qual estaria sendo castigado. Esta verdade "confessa" não passava de uma coerção. O criminoso era coagido pelos seus confessores a admitir ter cometido um crime que, na verdade não cometera. Neste caso, o indivíduo primeiro era torturado para que depois confessasse seu "crime", sendo que, se a população soubesse que o criminoso foi castigado inutilmente, isto poderia ocasionar numa revolta contra o soberano por parte da população. Nesta hipótese, haveria uma inversão de papéis, pois o soberano passaria a ser o criminoso e o criminoso seria um "herói" que revelaria a tirania daquele que governava.

As outras duas figuras tinham um objetivo diferente da primeira. A segunda figura tinha como foco uma punição mais humana do indivíduo buscando a sua reabilitação no meio social. Não perpetrar a vontade arbitrária do soberano, mas a partir de então, corresponde à

verdadeira ordem da sociedade. E o secundário objetivo desta nova tecnologia de punição seria o de diminuir a possibilidade de se repetir o crime, como relatam os comentadores Dreyfus et Robinow (1995, p. 164) "A punição funcionaria com eficácia, atacando a fonte do crime propriamente, fazendo- o parecer menos desejável ao criminoso através de um cálculo do prazer e da dor, ou fazendo a força que motivou o crime voltar-se mecanicamente contra ele".

E, por fim, a terceira figura de punição, caracterizada pela detenção normalizadora, tinha também como foco reabilitar o criminoso, transformando em um corpo trabalhador, pronto a contribuir com a produtividade e o bem-estar da sociedade. "O objetivo de tais técnicas, pelo menos nestes lugares, não era primariamente 'subjetivo'. Elas eram consideradas um modo eficaz de trazer o prisioneiro a um estado em que ele assumiria o trabalho reformador de seu próprio comportamento" (DREYFUS *et* ROBINOW, 1995, p.167).

Após este esboço da figura de punição formulada por Foucault, se torna mais simples um paralelo entre a compreensão do pensador contemporâneo, em contraposição ao sistema penal brasileiro. Porém, é necessário que dissocie-se duas questões básicas em Direito Penal, quanto infração penal e suas espécies, crime ou delito e contravenção penal, como previsto no artigo 1º do Decreto-Lei n.3.914, de dezembro de 1941:

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

Diante deste panorama filosófico jurídico, há definição bem delimitada do que é punição ou penalidade, assim como sua finalidade precípua, é de crime. A grande incógnita que se vislumbra e, se mantém, é em relação a sua aplicação destes conceitos no exercício do Estado no adestramento do indivíduo que comete infrações penais, mais especificamente àqueles praticantes de crimes (sejam primários ou reincidentes).

3 DA PUNIÇÃO NA MODERNIDADE

3.1 Sujeito Moderno

Não se fala em constituição de um sujeito na Antiguidade Clássica, pois não houveram mecanismos de subjetivação que identificaram o sujeito com identidade própria. Diante desta concepção, Foucault afirma que, entre os gregos, percebe-se a busca do indivíduo em constituir enquanto mestre de si, não havendo assim algo que se aproximasse à constituição de um sujeito como ocorre na atualidade.

Entender-se-á o sujeito como indivíduo preso a uma identidade que reconhece como sua, assim constituído, a partir dos processos de subjetivação. O sujeito do qual vamos tratar é um sujeito "dócil, útil e produtivo", e, de acordo com o entendimento de Foucault, sua constituição se dá por três vias: a disciplina, a confissão e o dispositivo da sexualidade.

> O primeiro é o modo de investigação, que tenta atingir o estatuto de ciência, como, por exemplo, a objetivação do sujeito do discurso na *gramairegénérale*, na filologia e na linguística. Ou, ainda a objetivação do sujeito produtivo, do sujeito que trabalha, na análise das riquezas e na economia. Ou, um terceiro exemplo, a objetivação do simples fata de estar vivo na história natural ou na biologia. Na segunda parte do meu trabalho, estudei a objetivação do sujeito naquilo que eu chamaria de "práticas divisoras". O sujeito é dividido no seu interior e em relação aos outros. Este processo o objetiva. Exemplos: o louco e o são, o doente e o sadio, o criminoso e os "bons meninos". Finalmente, tentei estudar – meu trabalho atual – o modo pelo qual um ser humano torna-se um sujeito. Por exemplo, eu escolhi o domínio da sexualidade – como os homens aprenderam a se reconhecer como sujeitos de "sexualidade". (DREYFUS *et* ROBINOW, 1995, p.231).

Na disciplina, percebe-se os dispositivos compostos de três mecanismos ou tecnologias constituído pela vigilância hierárquica, sanção normalizadora e o exame foram implantados no *individualis et socialis corporis* moldando o indivíduo.

A confissão que, em sua gêneses, era utilizada para fins religiosos, tornar-se-á instrumento das instituições para desvelamento da verdade, ganhando caráter de ciência, o que permitiu as interferências nas aparências mais sutis da vida do indivíduo através da codificação de confissão, do postulado da causalidade, da revelação sistemática e do método de interpretação.

E, por fim, o dispositivo da sexualidade, estratégia de poder que atrelava o indivíduo e a sociedade em sua relação com o sexo. A partir de agora, o sujeito se define como tal na medida em que é portador de uma sexualidade.

Partindo dessa premissa, que o sujeito é algo, em vias de ser constituído por práticas sociais e dentro de um contexto histórico, acredita-se ter dado razões suficientes para empreender esta jornada. Acompanhando o fato de as pesquisas empreendidas por Michel Foucault ser hoje de suma importância à compreensão da sociedade hodierna.

3.2 Sociedades Disciplinares

Ao longo da história, perceber-se o homem como ministro da natureza, como já afirmava Frances Bacon em sua obra *O Novo Organum*. Porém, mais precisamente com o início do século XV, o foco do domínio recairá sobre o sujeito-objeto, ou seja, sobre o próprio homem.

O esforço que o homem desencadeou para dominar a natureza, a exemplo o Moinho, que usava da força dos ventos para triturar grãos ou o represamento das águas para gerar energia ou abastecer uma pequena cidade. A todo este desempenho, percebe-se a busca de produção de energia, para se alcançar objetivos de forma mais célere, objetiva e eficaz.

Com a ascensão da modernidade, a partir do século XVIII, voltar-se-ão os esforços à dominação do homem, sujeito-objeto, produtor de energia humana presente no meio social. Surgirá, então, o que se chama de micropoderes, ou seja, poderes que irão para além da dominação do Estado. Tais fatos ocorreram numa relação *inter-hominis*, desde o âmbito familiar ao social complexo e, também, do particular, sujeito-indivíduo, frente ao Estado, como afirma Rocha

> Todavia, a compreensão clara e geral de que a energia maior é o próprio ser humano só se verifica fortemente a partir do século XVII. Essa transformação do poder soberano em micropoderes, para além do poder do Estado, surge da necessidade do aproveitamento do desejo em energia produtiva e consequente refinamento das políticas públicas a extorquir o potencial produtivo dos indivíduos. (ROCHA, 2011, p. 34).

A esta descentralização do poder do Estado, Foucault irá chamar de *microfísica do poder,* e esta é uma característica do Estado Moderno que, resultará na Biopolítica que, em suma, significa uma maior valorização do indivíduo, pois seria uma forma ou modelo por excelência governabilidade, ou seja, o aproveitamento eficaz das energias produtivas humanas, como leciona Rocha

> A Biopolítica diz respeito a esses mecanismos e dispositivos de aproveitamento tecnocrático dessas energias, pela ação pública sobre o crescimento da população, controle de epidemias, migrações populacionais, qualificações de mão de obra, relação entre quantidade de jovens, adultos e velhos, distribuição de víveres para as pessoas, acesso ao adolescente e habitação e manutenção da saúde da população. (ROCHA, 2011, p. 34).

A partir desta perspectiva, haverá um novo modelo de aplicação da norma jurídica, ao que diz respeito às penas, pois com esta pedagogia do bem-estar do indivíduo, será abolida a

pena de morte que será substituída pelo confinamento. Valorizando a produção de energias humana surgem as sociedades disciplinares, caracterizadas na obra de Michel Foucault *Vigiar e Punir*, estas se divergem fundamentalmente do período anterior pela inauguração de mecanismos de restrição de espaço e tempo, pela institucionalização cultural e jurídica do confinamento e da vida a ser vivida em espaços circunscritos e fechados.

Para maior clareza em relação à figura do indivíduo em Foucault, deve-se analisar o Biopoder ou poder sobre a vida. E, à isto, deve-se compreender como é constituído a partir de uma anátomo-política e Biopolítica da população. Este poder sobre a vida se constitui a partir do século XVIII. Estes polos são antitéticos e constituem, porém o desenvolvimento da vida por interligações de feixes que intermediam as relações.

O primeiro polo a ser formado toma o corpo como uma máquina, e se preocupa como este será adestrado, como suas aptidões serão aplicadas, procurando retirar do mesmo o máximo de força, fazendo com que se integre a um sistema eficaz e econômico. E todo este processo é assegurado por um poder que caracteriza as disciplinas como anátomo-política do corpo humano.

O segundo pólo que se formou, por volta da metade do século XVIII, preocupou-se mais com o corpo-espécie, este que é traspassado pela mecânica como organismo vivo e suporte dos processos biológicos. Neste pólo, a preocupação é voltada à proliferação, a mortalidade e natalidade, o nível de saúde, a expectativa de vida, a longevidade, sendo que estes são assumidos por uma série de intervenções e processos reguladores, que se pode denominar como uma Biopolítica da população. Foucault (1980) afirma: "As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dos polos em torno das quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida".

Então o Biopoder se constitui a partir da união dos polos, que começaram a se formar no século XVIII. Na história é a primeira vez que as categorias científicas – espécie e população – foram abordadas mais do que as jurídicas e são colocadas como objeto que merecem atenção política sob uma forma segura e constante. O primeiro polo pode ser chamado então de anátomo-política, o segundo, que se formou um pouco mais tarde, na metade do século XVIII, estava centrado no corpo, este era a Biopolítica da população.

A preocupação com o corpo não era voltada para suas necessidades biológicas, como mortalidade e natalidade, expectativa de vida, qualidade de saúde, mas para a manipulação visando o adestramento onde se deve adquirir um corpo útil e dócil. Sendo que este corpo dócil também deveria ser um corpo produtivo. Além destes polos, este novo poder que surge também agregará a si as ciências nascentes de sua época, como: a aritmética política, que antes era

apenas o estudo da população.

E o Biopoder tem como pedra fundamental a hipótese repressiva, no sentindo de que, esta hipótese repressiva é o que irá impulsionar o avanço do Biopoder. Então, basicamente, este Biopoder se constitui, a partir desses dois pólos a anátomo-política e a Biopolítica da população, com as ciências nascentes e a hipótese repressiva como propulsor para o avanço do mesmo.

O indivíduo, enquanto objeto de estudo, será separado individualizado. Em certo aspecto, será catalogado, será enquadrado numa taxonomia, em outras palavras, discriminado em grupos, como exemplo em grupos: proletário, burgueses, clérigos, homossexuais, entre outros. E tudo isto para que melhor sejam "tratados". Alguns modos para que isto aconteça foram a prisão, a escola, entre outras instituições. Todas essas eram amostragens complexas de onde emergiam a verdade do sujeito. E, para que isto se realizar, este objeto de estudo deve passar por alguns processos dentre eles estão às práticas disciplinares, os dispositivos de ajustamento, os dispositivos de sexualidade, etc.

O indivíduo, enquanto objeto, é formado, adestrado, pelas práticas disciplinares no sentido de tornar-se corpo produtivo. O corpo é adestrado para uma função puramente produtiva, num sentido de profundo utilitarismo, porque o corpo somente tem valor para um complexo social se for produtor de algo, se de verdade ou de força física, pois "o corpo se transforma em uma força útil e forma, ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso" (DREYFUS *et* ROBINOW, 1995, p. 122). E tudo isto faz parte de todo um sistema político de produção, pois para fazer os homens trabalharem de forma produtiva é necessário prendê-los em um sistema de sujeição. Então este sistema produtivo é todo articulado pela política, com o objetivo de adestrar o corpo para que ele produza o máximo possível.

As práticas disciplinares são dispositivos utilizados pelo poder para formar o indivíduo, tornando seu corpo útil e dócil. "Foucault define *dispositivo* afirmando que, quando se consegue isolar 'estratégias de relações de força que suportam tipos de saber e vice-versa', então, tem-se um *dispositivo*" (DREYFUS *et* POUL ROBINOW, 1995, p.134). Este dispositivo, porém é definitivamente heterogêneo, se compondo das práticas discursivas e também das práticas não discursivas, ou seja, é constituído de partes diferentes entre si.

Com esta compreensão, notar-se-á que o homem será equiparado a uma "máquina[1]", onde o mesmo deverá ser disciplinado, tornando o mesmo "útil, dócil e produtivo".

[1] Muitas vezes Foucault fala de "máquinas" e "maquinarias": entendam-se mecanismo de disciplina e controle. Esses mecanismos, por sua vez, usam dispositivos, tecnologias de submissão e formatação de desejo, de instintos, de vontades criativas, em suma, de potencialidades. Essas potencialidades estão, no mundo Moderno, destinadas a serem inventariadas e qualificadas para a produção a reprodução da vida em bases determinadas pelo grau de desenvolvimento de interesses econômicos (ROCHA, 2011, p. 142).

Analogicamente, para melhor compreensão pode-se vislumbrar esta ideia aplicada na figura da prisão, local onde o sujeito-indivíduo será reeducado para estar apto a retornar à sociedade. Reabilitado e devidamente tratado, esperando que este tenha a clareza de seus atos e não volte a delinquir.

Com todo este movimento histórico, percebe-se que houve uma valorização do sujeito, retirando-o de um estado de sujeição que consistia numa aplicação da lei/norma dogmática passando a uma interpretação dialética, onde cada ação será analisada no seu tempo e espaço, não vigorando simplesmente um dogma, mas a ponderação entre a lei/norma e a subjetividade de cada ação.

Desencadeou a uma evolução dessa abordagem, apenas a pura e simples interpretação da Sanção Restritiva e passará a uma Sanção Restitutiva. Nos moldes em que, o indivíduo não simplesmente será punido pelo ato ilegal, porém o próprio deverá restituir o dano à vítima, à medida que seja possível, e deverá compreender que tal atitude é reprovável socialmente, para que só então seja reintegrado socialmente.

4 DAS PRISÕES

4.1 Prisões na Perspectiva Foucaultiana

A partir de uma análise crítica dos meios e finalidades da aplicação das normas jurídicas, pode-se observar que, entre o caminho e o objetivo a ser alcançado, consistente na aplicação da lei expressada pela vontade do legislador para coibir condutas consideradas violadoras do bem estar social, há extravios ou anomalias. Essas imperfeições legislativas que afetam a efetiva intenção da lei correspondem a lacunas, falhas ou até mesmo brechas, que inviabilizam a aplicação destes "remédios" em nossa sociedade pós-moderna, que são basicamente os meios que o Estado deveria dispor para reintroduzir o indivíduo, condenado, novamente, de forma segura ao meio social.

A descrição histórica do poder de punir está intimamente ligada à prisão, onde a mudança entre o sofrimento corporal medieval e o tempo perdido de vida em prisões capitalistas na modernidade é verificado. O poder de punir valer-se-á, de uma forma política, de modo que o suplício do corpo ao sofrer a pena é um espetáculo aterrorizante.

Foucault abandona eventuais aspectos negativos da repressão à criminalidade e

verifica o lado positivo, "como tática política de dominação orientada pelo saber científico". Então, o sistema punitivo seria um subsistema social para garantir o sistema de produção da vida material, onde a punição auxilia uma economia política do corpo para criar docilidade e extrair utilidade das forças corporais. O corpo poderia ser entendido como poder produtivo. Com afirma Foucault

> Pode-se compreender o caráter de obviedade que a prisão-castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e entretanto, ela surgiu tão ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras formas de punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado (FOUCAULT, 2013 p. 218).

Ao se fazer uma análise da obra *Vigiar e Punir*, (Foucault, 2013), encontra-se modelos de prisões. De forma a aperfeiçoar ou viabilizar estas transformações, ou nas palavras do autor "adestramento", transformando o indivíduo numa máquina produtiva. Transformando o corpo em algo útil, dócil e produtivo. Portanto, esta é a finalidade utópica do dispositivo disciplinar "PRISÃO".

Segundo estes modelos, o foco da prisão quanto aparelho disciplinador é tornar a rotina do indivíduo exaustiva, a um cansaço físico e mental. Pois ao atingir este objetivo, o individuo-objeto estará apto à ser moldado. Só após este processo o detento se torna receptível ao processo de reeducação. As principais táticas, para se alcançar este ápice, citados por Foucault, são o isolamento, o silêncio e o trabalho.

> Na prisão o governo pode dispor da liberdade da pessoa e do tempo do detento; a partir daí, concebe-se a potência da educação que, não em só um dia, mas na sucessão dos dias e mesmo dos anos, pode regular para o homem o tempo da vigília e do sono, da atividade e do repouso, o número e a duração das refeições, a qualidade e a ração dos alimentos, a natureza e o produto do trabalho, o tempo da oração, o uso da palavra e, por assim dizer, até o do pensamento, aquela educação que, nos simples e curtos trajetos do refeitório à oficina, da oficina à cela, regula os movimentos dos corpo e até nos momentos de repouso determinada o horário, aquela educação, em uma palavra, que se apodera do homem inteiro, de todas as faculdades físicas e morais que estão nele e do tempo em que ele mesmo está. (BALTARD 1829*apud*, FOUCAULT, 2013, p.222).

A primeira tática consiste no isolamento do condenado, do mundo exterior, ou seja, tudo que o motivou a cometer a infração, bem como, as cumplicidades que a facilitaram. E, também, o isolamento do detento dos demais reclusos. Pois a medida que se encontra só, o mesmo terá de confrontar-se, refletir sobre seus atos e comportamento social.

Tem por objetivo este isolamento, além de levar o indivíduo a uma profunda reflexão sobre si e seus atos, abafar possíveis complôs e revoltas. Impedindo a formação de

cumplicidades ou o nascimento de chantagens e, por fim, criar obstáculos à imoralidade de associações misteriosas. Como lecionado por Beaumont e Tocqueville:

Jogado na solidão o condenado reflete. Colocado a sós em presença de seu crime, ele aprende a odiá-lo, e se sua alma ainda não estiver empedernida pelo mal é no isolamento que o remorso virá assalta-lo. (BEAUMONT, E. de & TOCQEUVILLE, A. de.1845, apud, FOUCAULT, 2013, p. 223).

O silêncio como mecanismo de reflexão e autoanálise é de suma importância, para que o próprio sujeito chegue à máxima que ele cometeu uma infração e merece sua punição. Punição, não de cunho de tormento ou algo que cause dor sem propósito, mas em uma perspectiva pedagógica, de aprendizagem. Ou como já pregavam os Estoicos, em 324 a.c. até mesmo a dor deverá ser tida como prazer, caso esta seja referente ao aprendizado ou a correção fraterna.

Nestes moldes, os detentos deveriam ter celas indivíduais durante a noite, refeições e trabalho seriam em comum, impossibilitando que nenhum sujeito poderia comunicar-se com outro. Poderiam apenas falar com os guardas ou carcereiros, em voz baixa e com autorização dos mesmos, estabelecendo uma ordem hierárquica. Isto se refere ao modelo monástico.

> A prisão dever ser um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical. (FOUCAULT, 2013, p. 224).

E, como terceira tática, tem-se o trabalho que tem por definição ou objetivo um agente da transformação carcerária. Neste ponto, vê-se o ataque ao vigor físico do delinquente, pois se buscará *a priori* uma exaustão física e o ensino de um ofício. Não se busca aqui, com o trabalho, asseverar-se a pena ou fazer com que o indivíduo mantenha sua subsistência no cárcere. Mas sim, moldar o caráter, dando suporte à reinserção do indivíduo na sociedade.

O trabalho tem por foco também, manter o detento sempre realizando alguma atividade laborativa. Pelo motivo de sempre ocupá-lo, não permitindo que sua mente tenha pensamentos hostis, imorais ou criminosos. Mantendo-o recluso com alguma ocupação é uma forma de demonstrar ao mesmo a necessidade do labor, afastando-o da vida criminosa ou de maquinações que não tenham finalidade social.

> O trabalho penal deve ser concedido como sendo por si mesmo uma máquina que transforme o prisioneiro violento, agitado, irrefletido em uma peça que desempenha

> seu papel com perfeita regularidade. A prisão não é uma oficina; ela é, ela tem que ser em si mesma uma máquina de que os detentos-operários são ao mesmo tempo engrenagens e os produtos. (FOUCALT, 2013, p. 229)

Portanto, a prisão é uma máquina onde haverá a transformação do condenado, tornando-o apto a vida social. Fazendo-o mais disciplinado e útil, transformando-o numa corpo produtivo, com alguma finalidade social. E esta finalidade é o bem-estar. Ondecompreende-se o bem do indivíduo e o bem comum ou coletivo.

No tocante às prisões no Brasil, de forma geral e sucinta, é possível identificar a total inaptidão para a promoção da ressocialização dos presos e, como consequência, o bem-estar coletivo.

Para confirmar tal afirmação, bastando lembra-se de declarações públicas de autoridades competentes para a fiscalização de políticas públicas aplicáveis ao sistema carcerário, a exemplo do Ministro da Justiça, em 2012. A afirmação foi feita em palestra a empresários em São Paulo, em que o ministro foi perguntado se concordava com a adoção da pena de morte no Brasil, ocasião em que respondeu dizendo ser contrário à pena capital, afirmando ainda que, "as cadeias do país têm condições 'medievais'", por não possibilitarem a reinserção social e disse: "Do fundo do meu coração, se fosse para cumprir muitos anos em alguma prisão nossa, eu preferia morrer".

Em face dessa problemática, se destaca a possibilidade das privatizações no sistema carcerário, que se aborda na seção adiante.

4.2 Legislação Penal e a Privatização das Penitenciárias

4.2.1 Problema no sistema carcerário em face da legislação pátria

Ao se fazer uma análise no cenário do sistema carcerário brasileiro, fica inequivocamente demonstrada a sua ineficácia.

Superlotação, estruturas precárias, más condições de higiene, proliferação de doenças não proporcionam condições de ressocialização, ao contrário, reforçam os índices de reincidência.

Não se pode deixar de mencionar o claro desrespeito aos direitos humanos ao recluso, colocando de lado os tratados internacionais (Pacto de São José da Costa Rica) e até mesmo a

legislação pátria específica, como a Lei 7.210/1984, de Execução Penal (LEP), ferindo, ainda, o expresso na Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 5º, inciso XLIX, garante ao preso o respeito à integridade física e moral.

Submetidos que são a um sistema inadequado, os detentos são equiparados a escravos, num regime de senzala, pois há uma superlotação nos presídios e desrespeito público e notório de direitos básicos para com as condições de manutenção da vida humana em condições salubres, em completa contradição às disposições legais atualmente instituídas ou adotadas pelo Brasil.

A Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execuções Penais, assegura, em seu capítulo II, assistência ao preso, determinando que o recluso tenha direito à alimentação, vestuário, instalações higiênicas, além de atendimentos de saúde – médico, odontológico e farmacêutico, assistência jurídica, educacional, social e religiosa, além de acompanhamento ao egresso e assistência à família.

Com relação ao problema da reincidência, muito de sua ocorrência pode-se atribuir à deficiência estatal na condução das políticas voltadas à recuperação do preso, pois a prisão também se destina ao resgate do criminoso para reinseri-lo na sociedade e nas condições em que se executam as penas isso se torna muito difícil.

É o que demonstra o estudo feito pelo Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada (IPEA), bem como, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE):

A população carcerária do Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos. É o que demonstrou um mapeamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o apoio do Ipea, com base nos dados publicados no Anuário Estatístico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O total de apenados condenados no sistema prisional passou de 3.866 pessoas em 1938 para 321.014 em 2009. Se considerarmos informações mais recentes, e que 38% da população carcerária encontra-se em situação provisória, a realidade adquire contornos ainda mais dramáticos: o Brasil possuía, em 2012, 515.482 pessoas presas para apenas 303.741 vagas, *déficit* de 211.741 vagas. O Brasil já é o quarto país que mais encarcera no mundo e, mesmo assim, convive com taxas de criminalidade muito altas, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2012). Os dados alarmantes chamam a atenção para a necessidade de estudos aprofundados sobre a função, ou não, ressocializadora das prisões, o fenômeno da reincidência criminal e seus fatores determinantes, bem como sobre a eficácia de dispositivos alternativos como meios de contornar esta crise no sistema prisional brasileiro (2015, p. 10).

Tal crise reflete nos índices de criminalidade, tendo em vista o alto grau de reincidência

do país. Há muito o objetivo ressocializador não vem sendo atingido, e têm sido crescentes as discussões no sentido de buscar alternativas ao problema, inclusive com opiniões contrastantes, a exemplo da privatização dos presídios em contraponto à total extinção dos estabelecimentos prisionais. No entanto, os posicionamentos convergem num ponto: é urgente a necessidade de uma reforma.

4.2.2 Parceria Público Privada

Antes de se falar, propriamente, da parceria público-privada nas penitenciárias públicas, faz-se mister abordar a superlotação como um dos problemas que agrava a falta de atendimento á saúde, a corrupção no sistema, péssima alimentação, entre outros que as tornam caóticas e, ao invés de recuperar os presos, reforçam a criminalidade na medida em que reduzem a população carcerária à mercadorias, sem direitos à dignidade humana preservados.

Nesse cenário, surge a reformulação desse sistema que apresenta mais problemas do que aponta soluções e dentre as alternativas de mudança está o instituto das parcerias público-privadas – as chamadas PPPs, como forma de adequar a falta de capital de investimento por parte do Estado e, por meio de auxílio das iniciativa privada, alcançar um padrão mais digno para os apenados.

Importa destacar que mesmo sendo esse instituto uma tendência global, transplantar os problemas do setor público e visando a eficiência e a eficácia da iniciativa privada há muitas críticas aos modelos que podem ser adotados uma vez que não se pode entregar o indivíduo preso ao particular, modelo adotado nos Estados Unidos, o que estaria em confronto com a Carta Magna.

Desta forma, é imprescindível o estudo do art. 24 da Constituição Federal, que prevê as regras de competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, estabelecendo quais as matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral pela União e específica pelos Estados, estando dentre as matérias, no inciso I do art. 24, a competência concorrente para legislar sobre direito penitenciário ao que se deve acrescentar o princípio da eficiência da Administração Pública, inscrito no art. 37 da Carta Maior.

Em 2004, foi publicada a Lei nº 11.079[2] que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, criando a

[2] Lei 11.079, de 30 de Dezembro de 2004.

possibilidade de, através do setor privado, firmar parcerias para a execução de serviços públicos, a exemplo das penitenciárias.

As Assembleias Legislativas de diversos Estados brasileiros editaram normas referentes às parcerias público-privadas como, por exemplo, a lei nº 12.234/2005 do Rio Grande do Sul, a lei nº 9.290/2004 da Bahia, entre outras. Dentre os modelos de concessão foi disciplinado o contrato de concessão, cujo objeto é a prestação de serviços (públicos ou não) diretamente à Administração Pública, podendo o particular assumir a execução de obra, fornecimento de bens ou outras prestações.

É o caso de contratos para construção, manutenção e gestão de penitenciárias que, embora exista um usuário (no caso o detento), é a Administração Pública a usuária indireta do sistema, por ser ela a compradora do serviço prestado pelo parceiro privado.

Determina ainda, a lei das PPPs, que as funções de regulação, jurisdicional e de outras atividades exclusivas do Estado são indelegáveis.

Logo, percebe-se que as garantia expressas na lei e por toda a Constituição Federal de 1988, não serão ameaçadas pela parceria entre o setor público e o privado.
Ao contrário, o que se busca é a preservação da dignidade humana.

Kant, o principal teórico na construção do princípio da dignidade da pessoa humana, parte da premissa de que nenhuma pessoa é passível de valoração, pois, sendo detentora de racionalidade gera a possibilidade de autoafirmação, ou seja, a liberdade em seu sentido amplo.

Ainda nesse sentido, temos o princípio do mínimo existencial, sendo tema conexo ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição como um dos fundamentos da ordem constitucional (art. 1º, III) e como uma das finalidades da ordem econômica (art. 170, caput), na medida em que representa, em linhas gerais, o mínimo necessário para a vida humana digna.

Não poderia deixar de ser mencionado o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade que, apesar de não estarem de maneira expressa na Constituição Federal, não há como negar sua *sedes materiae* na própria Carta Magna, estando inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal.

Afirma-se, segundo o artigo 5°, inciso LIV, da Constituição Federal vigente, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Como leciona Renato Brasileiro:
Em sede processual penal, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Daí a importância do princípio da proporcionalidade, que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da

razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do poder Público. (LIMA, 2013, p.54).

> (...) "o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico" (COELHO, p.109, *apud,* LENZA, 2008, p. 75).

Observando, portando, alguns princípios constitucionais e doutrinários chegam-se à conclusão que por mais que, haja uma intenção maliciosa em se pleitear a privatização como uma forma de obter lucro, como o condenado, caracterizado como mercadoria fica totalmente vetado pela Constituição atual. Não havendo brechas para tal ação, seja ela do Estado ou da empresa privada. Portanto, sendo, então, a privatização uma das formas mais benéficas ao encarcerado, bem como, à sociedade.

A parceria público privada proporcionaria uma reformulação ao sistema carcerário brasileiro, pois nos dias odiemos, a prisão que tem como foco a ressocialização do homem, ou na perspectiva de Foucault, transformá-lo num corpo, mudo, útil e produtivo, perde esta característica. E torna-se, na verdade uma escola de criminosos, revoltados, desesperados e desesperançados. Sendo o retorno destes indivíduos à sociedade um desafio de sobrevivência, devido ao fato do preconceito que, gerará por sua vez, o desemprego, descrédito frente a sociedade, havendo poucas opção que não sejam o retorno ao mundo do crime.

Dentre as opções propostas para modificar a situação deste dispositivo disciplinar, está à utilização do instituto das Parcerias Público-Privadas - PPPs, como forma de contornar a falta de capital para investimentos do Estado e, assim, com o auxílio da iniciativa privada alcançar um padrão mais digno no atendimento dos apenados. Este instituto passar a existir dentro de uma tendência de privatização global, os quais procuram transplantar ao serviço público a eficiência e a eficácia da iniciativa privada.

As parcerias público-privadas (PPPs) nascem da iniciativa do Estado buscar consortes no desenvolvimento de infraestrutura e serviços públicos para o atendimento das demandas da sociedade. As PPPs estão relacionadas às diferentes formas de articulação entre o setor público, empresas e organizações não governamentais. Essa articulação tem por objeto facilitar projetos de interesse social ao mesmo tempo em que supõem o exercício de atividade empresarial pelo setor privado.

Nas PPPs, existe a esperança de retorno positivo para todos os envolvidos. No que se

refere ao setor público, ou administração direta, o retorno positivo diz respeito aos objetivos sociais, econômicos e políticos. Já ao que se alude ao consorte privado, o retorno, geralmente, relaciona-se ao capital financeiro, entretanto, há casos de parcerias em que ambos os envolvidos não visam o retorno financeiro, que são os casos em que o Estado faz parceria com fundações/instituições sem fins lucrativos, organizações não governamentais.

A adoção do sistema de PPPs em presídios é uma proposta interessante ao Brasil, ficando a cargo da parceria privada o investimento para a edificação do sistema penitenciário, a operação e manutenção desse sistema. Ao Poder Público, compete estabelecer as obrigações de nomear os diretores e chefes de funções-chave do estabelecimento penal; assegurar segurança interna e externamente ao presídio; executar as penas e/ou medidas de segurança em todas as suas acepções; proporcionar o ensino fundamental, que devido as últimas mudanças na Lei de Execuções Penais, se tornou obrigatório, bem como, de acordo com o desempenho do trabalho efetivado pelo parceiro privado, arcar com o retorno financeiro a este.

A parceria público-privada é um contrato de prestação de obras ou serviços não inferior a R$ 20 (vinte) milhões, com duração mínima de 5 (cinco) e no máximo 35 (trinta e cinco) anos, firmado entre empresa privada e o governo federal, estadual ou municipal.

Diferindo-se da lei de concessão[3] comum pela forma de remuneração do parceiro privado. Na concessão comum, o pagamento realizar-se-á com base nas tarifas cobradas aos usuários dos serviços concedidos. Já nas PPPs, o agente privado é remunerado exclusivamente pelo governo ou em um ajuste de tarifas cobradas aos usuários dos serviços juntamente com recursos públicos.

Conforme a lei da parceria público-privada[4] vislumbra-se dois tipos de concessão, sendo eles, concessão patrocinada e concessão administrativa. Ao que concerne a concessão patrocinada, as tarifas cobradas dos usuários da concessão não são suficientes para pagar os investimentos feitos pelo parceiro privado. Assim, o poder público complementa a remuneração da empresa por meio de contribuições regulares, ou seja, o pagamento do valor mais impostos e encargos. Já em relação à concessão administrativa, quando não é possível ou conveniente cobrar do usuário pelo serviço de interesse público prestado pelo parceiro privado. Será então, a remuneração da empresa integralmente feita pelo poder público.

O pagamento ao parceiro só será realizado quando as obras e serviços acordados pelo contrato estiverem findados. À medida que o serviço é realizado, é feita uma estimativa periódica, em regra mensalmente, em relação à qualidade do serviço prestado,

[3] Lei 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995.
[4] Lei 11.079, de 30 de Dezembro de 2004.

comparativamente aos padrões de desempenho firmados em contrato.

Se atingidos os padrões exigidos, o governo pagará a contraprestação devida. Caso contrário, será feita dedução no pagamento, como estabelecido em contrato. Exemplo, nos casos da construção do complexo prisional: caso o contrato estabeleça que as celas devam ter tamanho "x" e ao fazer a averiguação o agente fiscalizador encontrar algo irregular ao padrão definido, o pagamento será reduzido.

Portanto, diante ao problema do encarceramento na realidade brasileira, tem-se a imensa necessidade de uma mudança rápida e efetiva. Logo como uma solução mais viável, *a priori*, existe a possibilidade desta parceria público privada. Onde beneficiária o condenado, o Estado, bem como, a sociedade. Desafogando as obrigações estatais, resgatando a dignidade o recluso e, por fim, tornando a sociedade mais segura. E como foco principal, tornaria o indivíduo-doente um corpo, mudo, útil e produtivo, fazendo com que o mesmo realize sua função social, ou seja, não oferecendo risco a sociedade e tornando-a mais progressiva.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do aduzido, cabe ressaltar que, o foco principal do presente trabalho foi demonstrar a concepção de prisão à Foucault e como o indivíduo é moldado por este dispositivo disciplinar, traçando um paralelo entre a prisão para Foucault e como ela se revela na República Federativa do Brasil nos dias atuais. Ressaltando suas deficiências e buscando formas para solucioná-las.

O que se pôde observar neste estudo, é a busca da valorização do indivíduo a partir do século XVIII, onde fica claro a busca do bem-estar social, ou em outras palavras emerge os primórdios da dignidade humana. Baseado nestes dados históricos, percebe-se a gradativa abolição da pena de morte e a busca de tratamento do indivíduo-doente, criminoso. Nesta concepção Foucault, coloca o sujeito na posição de assujeitamento, ou seja, objeto de exercício de poder, com a finalidade, a partir dos dispositivos disciplinares, de tornar o corpo mudo, útil e produtivo.

Em contra posição ao Estado brasileiro, percebe-se a prisão com esta mesma finalidade, ou seja, de ressocializar. Porém, com base em estudos realizados em dados e estatísticas, existe notoriamente uma aumento exponencial na população carcerária, bem como, na reincidência delituosa e ainda a falta de infraestrutura, higiene, enfim, carência de instalações dignas ao apenado. Colocando, assim, em xeque se de fato o Estado está realizando de forma

benéfica a todos, a aplicação de seu poder de punição.

Portanto, há necessidade de se encontrar uma forma benéfica a todos, o preso e a sociedade. E como solução mais viável revela-se a Parceria Pública Privada (PPP). Onde se compreende uma clara separação nas atividades referentes ao Poder Público, compete estabelecer as obrigações de nomear os diretores e chefes de funções-chave do estabelecimento penal e ao parceiro privado, o investimento para a edificação do sistema penitenciário, a operação e manutenção desse sistema.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 6023**. Informações e documentação – Referência – elaboração. Rio de Janeiro, Agosto, 2002, 24 p.

_____. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 14724**. Informações e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação. Rio de Janeiro, dezembro 2005. 13p.

BRASIL**. Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03> Acesso em: 23 de outubro 2015, às 17:13.

_____. Lei n° 11.079, de 30 de novembro de 2004. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 23 de outubro 2015, às 17:13.

_____. **Decreto Lei 3.914, de dezembro de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm:> Acesso em: 23 de outubro 2015, às 18:30

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça**. Rio de Janeiro, 2015.

DREYFUS, Hubert. L. ROBINOW, Poul, **Michel Foucault: uma trajetória filosófica (para além do estruturalismo da hermenêutica)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. (trad. Vera Porto Carrero).

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988. (trad. Maria Thereza C. Albuquerqe e J. A. Guilhon Albuquerque).

_____. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1980. (org. e trad. Roberto Machado).

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. (trad. de Raquel Ramalhete).

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 12. ed. Ver., atual e ampl. São Paulo, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal.** Niterói, RJ: Impetus, 2013

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado – Parte Geral – vol. 1**. 8 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Michel Foucault e o direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUZA, Antônio de. **Direto Penal 4**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.