

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Célia Regina Nilander Mauricio

A Privatização do Sistema Prisional

MESTRADO EM DIREITO PENAL

SÃO PAULO

2011

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Célia Regina Nilander Mauricio

A Privatização do Sistema Prisional

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, área de concentração Direito Penal, sob a orientação do Professor-Doutor Dirceu de Mello.

MESTRADO EM DIREITO PENAL

SÃO PAULO

2011

Banca Examinadora

Professor-Doutor Dirceu de Mello
Orientador

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos ao grande mestre e orientador professor Dirceu de Mello que se fez presente em um momento crucial do presente trabalho, e com seus profícuos ensinamentos contribuiu para que o mesmo fosse concluído.

*A minha filha, Letícia, cujo sorriso ilumina
cada dia da minha vida.*

*A minha mãe, Maria Elizabeth, com
carinho.*

*A meu pai e meu irmão, que estarão
sempre presentes em minha vida, em
espírito e alma.*

“É um crime do Estado contra o cidadão.”

“A prisão não tem servido para reinserir ninguém na sociedade e, particularmente, em alguns casos, nós sabemos muito bem, exemplificadamente, há até uma escola de crimes. Quem entra no sistema prisional brasileiro, no sistema penitenciário, tende a sair muito pior do que entrou”.

Ministro Cezar Peluso, vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, no 12º Congresso da ONU sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal (abril/2010)

“Quem abre uma escola fecha uma prisão.”

Victor Hugo

“Dois homens olharam através das grades da prisão; um viu a lama, o outro as estrelas.”

Santo Agostinho

RESUMO

MAURICIO, Célia Regina Nilander. **A Privatização do Sistema Prisional.** São Paulo, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011

A pena de prisão que resiste ao tempo, aos governos, e as críticas de toda a sociedade, que empiricamente transcende um cenário de desolação trancafiando seres humanos e tratando-os de forma desumana e cruel, em meio a paredes de concreto e ferro onde a idéia da ressocialização passa muito longe, continua sendo um dos maiores problemas enfrentados atualmente pelo Estado, o qual não respeita alguns Princípios de direitos fundamentais, contidos na nossa Constituição Federal, quais sejam: o princípio da cidadania, o princípio da igualdade e, precipuamente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, no mundo contemporâneo globalizado, muitos serviços desempenhados exclusivamente pelo Estado passaram a sê-lo também pelo particular e, mais recentemente, tal fenômeno chegou até a gestão penitenciária nos trazendo uma idéia inovadora e promissora no âmbito da execução penal, através das parcerias público-privadas. O presente estudo nos mostra como esta nova proposta de gestão penitenciária está ocorrendo em outros países, bem como os resultados das experiências brasileiras e a problemática que envolve tal questão no âmbito jurídico, ético e político.

Palavras-chave: Privatização, Execução, Pena, Sistema Prisional

ABSTRACT

MAURICIO, Célia Regina Nilander. **Prison System Privatization**. São Paulo, 2011. Dissertation (Master degree in Relationship Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011

The prison sentence that resists time and governments, and the whole society criticism, that empirically transcends a desolation scenario imprisoning human beings and treating them cruelly and inhumanely, behind concrete and iron walls in a place where the concept of resocialization is practically inexistent. It is still one of the biggest problems currently faced by the State, which does not comply with some criminalization orders contained in Brazilian Constitution, namely: citizenship principle, equality principle and, essentially, human being dignity principle. However, on contemporary globalized world, many services that were performed by the State exclusively are also performed by particular now and, more recently, such phenomenon reached prison management bringing us an innovative and promising concept on prison law scope, by means of public private partnerships. This study shows us how such new prison management proposal is occurring on other countries, as well as Brazilian experiments' results and the problem involving that issue on legal, ethical, and political scope.

Keywords: Privatization, Prison Law, Sentence, Prison System.

SUMÁRIO

Agradecimentos

Resumo

Abstract

INTRODUÇÃO

11

Capítulo I

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS E O DIREITO DE PUNIR

15

1.1 VINGANÇA PRIVADA E VINGANÇA DE SANGUE

15

1.2 VINGANÇA DIVINA

16

1.3 LEI DO TALIÃO

17

1.4 INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NA EVOLUÇÃO DA PENA

20

1.5 TRANSFORMAÇÃO DA PRISÃO CUSTÓDIA EM PRISÃO PENA

22

1.6 HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

25

1.7 FUNCIONALISMO PENAL

27

1.8. Doutrinas e Escolas Penais

33

1.8.1 Escola Clássica

34

1.8.2 Escola Correccionalista

38

1.8.3 Escola Positiva

39

1.8.4 Terza Scuola Italiana

42

1.8.5 Escola Moderna Alemã

43

1.8.6 Escola técnico-jurídica

44

Capítulo II

2 A HISTÓRIA DO SISTEMA PRISIONAL

45

2.1 SISTEMA PRISIONAL PENSILVÂNICO, ALBURNIANO E PROGRESSIVO

47

2.1.1 Crítica ao Sistema Progressivo

49

2.2 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

51

2.2.1 A Cidade Prisional

60

2.2.2 Selo Penitenciário

61

2.2.3 Geopolítica das Prisões

63

2.3 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO NA ATUALIDADE

65

Capítulo III

3 A PENA DE PRISÃO E A VIOLAÇÃO AOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS

67

3.1 MANDADO CONSTITUCIONAL DE RESPEITO À CIDADANIA

69

3.2 MANDADO CONSTITUCIONAL DE RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

71

3.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – NORMA FUNDAMENTAL NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

74

3.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

75

3.5 A PRISÃO E OS DIREITOS HUMANOS

76

3.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS HUMANOS

77

3.7 SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

77

3.8 CARTA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	79
3.9 SISTEMA ESPECIAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	79
3.10 O SISTEMA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	80
3.11 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948	82
3.12 A CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS DESUMANOS OU DEGRADANTES	83
3.13 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	84
3.14 CONJUNTO DE PRINCÍPIOS PARA A PROTEÇÃO DE TODAS AS PESSOAS SUJEITAS A QUALQUER FORMA DE DETENÇÃO OU PRISÃO	85
3.15 A REFORMA DAS PRISÕES	86
Capítulo IV	
4. O FENÔMENO DA PRIVATIZAÇÕES	87
4.1 A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL	87
4.1.1 Privatização	88
4.1.2 Terceirização	89
4.1.3 Parceria Público-Privada e os Reflexos na Economia	93
4.1.4 A Tutela dos Riscos na PPP Brasileira	96
4.1.5 Distinção de Privatização	97
4.1.6 Experiências Brasileiras nas PPPs	100
Capítulo V	
5 PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS: HISTÓRICO DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	102
5.1 O MODELO NORTE AMERICANO	102
5.2 A EXPERIÊNCIA DA INGLATERRA	105
5.3 O MODELO FRANCÊS	107
5.3.1 DELEGAÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA NAS PENITENCIÁRIAS PRIVATIZADAS DOS ESTADOS UNIDOS	109
5.4 A LUCRATIVIDADE DO ENCARCERAMENTO	110
CAPÍTULO VI	
6 A PROPOSTA DE PRIVATIZAÇÃO PRISIONAL NO BRASIL	112
6.1 AS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS DE GESTÃO PRIVATIZADA DE PRESÍDIOS	114
6.1.1 Paraná	114
6.1.2 Ceará	117
6.1.3 Bahia	120
6.1.4 Espírito Santo	121
6.1.5 Amazonas	123
6.2 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS BRASILEIRAS	124
6.2.1 A Implantação das PPPs em Pernambuco	126
6.2.2 A implantação das PPPs em Minas Gerais	128
CAPÍTULO VII	
7 AS FORMAS DE PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS	131
7.1 OBSTÁCULOS ÉTICOS	132

7.2 OBSTÁCULOS JURÍDICOS	133
7.3 OBSTÁCULOS POLÍTICOS	133
7.4 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS	134
7.5 Da Constitucionalidade da Parceria Público-privada na gestão de Presídios	135
7.6 DO TRABALHO CARCERÁRIO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA GESTÃO DE PRESÍDIOS	138
7.6.1 O Trabalho Penitenciário ao Longo Da História	139
7.6.2 Papel e Finalidade do Trabalho no Cárcere	141
7.6.3 A Lógica do Trabalho no Cárcere Privatizado: Prós e Contras	143
7.6.4 A Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)	147
7.6.5 O Trabalho em Presídios Privatizados	149
7.6.6 Lei de Execução Penal Brasileira Acerca do Trabalho no Cárcere	150
7.7 LUCRATIVIDADE E CUSTOS NA GESTÃO DE PRESÍDIOS EM PPP	153
CONCLUSÃO	155
REFERÊNCIAS	157

INTRODUÇÃO

Desde tempos remotos organizou-se um sistema judiciário e coercitivo, julgado necessário e adequado para a defesa dos direitos privados e públicos, que buscava punir de várias maneiras os que eram considerados transgressores da lei. Cada época criou as próprias leis penais, instituindo e usando os mais variados processos punitivos.

A pena de prisão, antes de ser definida como pena por excelência, era utilizada na antiguidade, fora do aparelho judiciário, como mecanismo antecedente ao cumprimento da pena de execução.

A forma-prisão foi utilizada na antiguidade como meio de prender indivíduos que aguardavam o cumprimento da pena de execução; a prisão definida como pena no aparato judiciário surgiu apenas no final do século XVIII e início do século XIX, quando surgiram os *modelos* de detenção penal.

Os inconvenientes da pena de prisão, aos poucos, tornaram-se tão perigosos, senão inúteis, carregando no papel principal o *castigo e a vingança*, desprezando por completo qualquer ideia de ressocialização transformadora de indivíduos.

Atualmente, a pena de prisão transcende um cenário de desolação, trancafiando seres humanos e tratando-os de forma desumana e cruel, em meio a paredes de concreto e ferro, violando Princípios Constitucionais fundamentais.

A imagem do presídio contemporâneo é, decerto, das figuras mais incômodas e desafiadoras para a proteção de direitos humanos. O quadro de barbárie das condições carcerárias é conhecido de todos. A bestialização patrocinada pelo *tratamento prisional* para os que *ingressam no cárcere* alia-se a todo o patológico sistema para levar à conclusão de que a prisão chegou ao colapso.

Principalmente no Brasil, o processo de deterioração do desumano sistema carcerário é evidente: prisões superlotadas, detentos dormindo diretamente sobre o piso de cimento, ou em colchões de espuma imundos ou cobertor, onde o espaço no

chão não é suficiente para permitir que todos se deitem, devendo fazer revezamento; meio ambiente insalubre, com os doentes, muitas vezes, misturados aos sadios; ratos e baratas convivendo no mesmo local; programas educativos, recreativos e profissionalizantes quase inexistentes; a falta de consideração pela dignidade dos presos é notória.

A realidade do sistema prisional brasileiro tem sido, também, certificada por organizações não governamentais internacionais, como Americas Watch e Anistia Internacional, que após visitas concluíram que as sérias violações aos direitos dos presos são, em parte, resultado de problemas estruturais e administrativos do sistema penal: longos períodos de encarceramento; condenados sob custódia da polícia e não em instituições penais; assistência médica inadequada; escassez de assistência jurídica gratuita para os pobres; corrupção e má administração.

A evolução da criminalidade causada principalmente pela desigualdade social demonstra a vulnerabilidade do Estado em relação à administração penitenciária.

A omissão Estatal em relação ao sistema penitenciário é de tal magnitude que já se fala em *Estados paralelos e pluralismo jurídico* quando se trata do assunto das facções criminosas existentes dentro dos presídios brasileiros.

Boaventura de Souza Santos¹ nomeou “pluralismo jurídico” o fenômeno das facções criminosas, ou seja, a vigência, no mesmo espaço geopolítico, de mais de uma ordem jurídica, oficial ou não. Nesse sentido, citam-se regras de conduta entre os internos impostas pela própria comunidade de detentos, os valores arrecadados pelas facções criminosas os julgamentos e execuções de presos realizadas por tais facções.

Michel Foucault² alertou para o papel de controle social desempenhado pela prisão não só intramuros, mas principalmente para além desses muros. Essa modalidade de poder desempenhada a partir da prisão ajuda a compor um enorme emaranhado de micropoderes que permeiam as sociedades atuais.

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Sociologia e direito**: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica. 2ª.ed. São Paulo, Pioneira, 1999, p. 87-96.

² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2000.

Portanto, a ausência da ressocialização dos indivíduos presos representa um risco de grande magnitude para a sociedade por meio de contatos externos, sendo uma das razões para o apoio da sociedade à imposição de regimes rigorosos do Estado à população encarcerada.

Nesse sentido, o grande desafio é resolver o problema da segurança da sociedade e não violar princípios e garantias constitucionais dos presos. A discussão em tela não é a pena de prisão como consequência de um delito, mas a forma de cumprimento da pena de prisão administrada pelo Estado.

A falência da gestão do Estado aliou-se à ideologia da chamada *terceira via* para dar corpo à proposta da privatização dos presídios como saída supostamente eficaz para reestruturação do sistema.

A privatização do sistema prisional trata da interferência da iniciativa privada na execução da pena privativa de liberdade, tarefa que antes pertencia exclusivamente ao Estado e atualmente está tomando proporções cada vez maiores no sentido de privatizar os presídios e penitenciárias com o objetivo de reverter o atual quadro desolador que se encontra com a gestão atual.

A experiência da privatização de estabelecimentos prisionais iniciou-se na década de 1970, sobretudo nos Estados Unidos, e posteriormente o modelo foi exportado para diversos outros países, entre eles Inglaterra, França, Austrália e África do Sul.

O Brasil iniciou o processo de privatização do sistema prisional no ano de 1999, com a inauguração da Penitenciária de Guarapuava, no Paraná, seguido pelo Ceará, com a instalação da Penitenciária Industrial do Cariri, no município de Juazeiro do Norte, em 2001.

Pode-se verificar que, ao contrário do modelo de presídio atual que transcende um cenário desolador, as penitenciárias privatizadas não são superlotadas, são impecavelmente limpas, possuem salas de aula, bibliotecas, espaços para recreação e serviços de assistência médico-odontológica, jurídica e psicológica, assim como oficinas que propiciam trabalho, possuem câmeras de

vídeo espalhadas em todos os recintos e fornecem ar salubre, considerando que os presos são proibidos de fumar.

Portanto, a ideia inicial é defender a proliferação desses modelos de penitenciárias por todo o país, contudo, ao descortinar essa imagem de prisão *perfeita*, depara-se com questões de suma importância que devem ser analisadas minuciosamente, como aspectos de ordem histórica, sociológica, política e econômica e, primordialmente, a compatibilidade desse modelo de prisão com os princípios e normas constitucionais, ou seja, a constitucionalidade da privatização do sistema prisional no Brasil, tema que será tratado no decorrer deste trabalho.

Capítulo I

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS E DO DIREITO DE PUNIR

Visando ao melhor entendimento das questões abordadas no presente trabalho, necessário se faz uma digressão histórica acerca das penas e do direito de punir, ou seja, o *Jus puniendi*, que desde a antiguidade foi atribuído exclusivamente ao Estado.

Desde os primórdios da humanidade, o homem tem progredido em todos os sentidos. Por meio do desenvolvimento da razão, dom não atribuído a nenhum outro animal exceto à espécie humana, o homem tem sempre estado organizado em grupos ou sociedades. No entanto, a interação social nem sempre é harmônica, pois nela o homem revela um aspecto controverso do lado instintivo: a agressividade. É aí que surge o Direito Penal, com o intuito de defender a coletividade e promover uma sociedade mais pacífica. Se houvesse certeza de que se respeitaria a vida, a honra, a integridade física e os demais bens jurídicos do cidadão, não seria necessária a existência de um acervo normativo punitivo.

Por isso é que o Direito Penal tem evoluído junto com a humanidade, saindo dos primórdios até penetrar a sociedade contemporânea. Diz-se, inclusive, que “ele surge como homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”.³

1.1 VINGANÇA PRIVADA E VINGANÇA DE SANGUE

Durante milênios, o castigo dos atos criminais se exercia mediante a *vingança privada*, época em que a sociedade não era devidamente organizada, inexistindo a figura do Estado, com os homens reunidos em tribos ou clãs, ligados por laços de sangue. Aquele que infligisse dano a alguém seria punido mediante ato da própria vítima ou de familiares.

³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal** – Volume 1 (Introdução e Parte Geral). São Paulo: Saraiva, 2000. p. 36.

Diante da ligação consanguínea vivida pelos homens nessas épocas, é que se originou a *vingança de sangue*, entendida como uma espécie de dever sagrado em que um membro de dada família teria de matar um membro de outra família caso um de seus componentes tivesse sido vítima de homicídio⁴.

Com o passar do tempo, essa forma primitiva do direito de punir, não raras vezes, atingia proporções exageradas, diante da ausência de limites para utilização da vingança, pois não havia proporções entre a ação do ofensor e a reação do ofendido, uma vez que não havia nenhum poder central para administrá-lo. Inexistia qualquer preocupação com a causa do delito, mas tão-somente com sua punição.

Na antiguidade, as sanções eram muito duras e cruéis e nem sempre equivalentes à entidade do delito pelo qual se impunham; com o castigo, buscava-se essencialmente a expiação moral e a intimidação coletiva; abusava-se dos castigos corporais – mutilações, açoites etc. –, e a pena capital, acompanhada de atrozes suplícios, era a pena por excelência.

A intervenção da coletividade se dava somente para aplacar a cólera de um deus, que se supunha ofendido. Produzia-se uma identificação delito-pecado, ideia que anunciara durante anos de forma decisiva toda a fisionomia penal.

1.2 VINGANÇA DIVINA

Na fase da vingança divina, o *jus puniendi* possuía cunho religioso e tinha fundamento na justiça divina. A punição representava a própria vontade dos deuses. Babilônios, gregos, romanos, hindus, egípcios, persas, chineses adotaram essa forma do direito de punir.

O sujeito passivo da pena, em outras épocas, ultrapassou muito ao indivíduo vivo, imputável e culpável de um crime. Antigamente, determinava-se a

⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

responsabilidade coletiva, castigavam-se os mortos, e os animais e eram entregues à destruição, a modo de castigo.

De acordo com pensamento antigo, quando o culpado tinha falecido antes de sofrer a pena capital e somente ficavam os restos mortais, a punição do corpo era um modo de desabafar a ira e a ânsia inesgotável de castigar. Naquela época, o morto tinha direito a um enterro digno de acordo com as normas e os costumes vigentes, sob pena de não encontrar descanso. Portanto, destruir o corpo, seria um suplício que equivaleria a uma pena.

Outrossim, existia também a responsabilidade coletiva, procedimento realizado na antiga China, em que eram decapitados todos os parentes masculinos do culpável de alta traição: pai, avô, filhos, netos, tios e filhos de todos eles.

Diante da necessidade de conservar o grupo social como garantia da própria existência individual, o *jus puniendi* era transferido a um poder central, que passaria a ser o responsável pela aplicação de uma punição àqueles que transgredissem as regras vigentes.

1.3 LEI DO TALIÃO

Com a evolução surgiu a Lei de Talião, que supôs uma tentativa de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente. Esta lei encontrou respaldo em diversas legislações, como o código de Hamurabi e o Código de Manu, entretanto, a vingança privada não desapareceu; continuou sendo aplicada, porém, sob nova roupagem: a pena passou a guardar certa proporcionalidade em relação ao delito.

Somente após a instalação da República Romana em 509 a.C., ocorreu a separação da religião e do Estado, ou seja, a pena passou a ser aplicada pelo ente estatal e não mais pelo particular; assim, superando-se a ideia de ódio ou de

vingança contra o delinquente, concebe-se a pena como garantia de ordem coletiva, cuja manutenção corresponde ao Estado, entrando em cena a vingança pública.

A história da pena é tão antiga quanto a história da humanidade, porém, a pena de prisão como forma de punição autônoma ainda é bastante recente.

Na Grécia e na Roma antiga, a pena de prisão não possuía caráter de pena, era conhecida como uma espécie de *antessala de suplícios*, servindo basicamente para custodiar o infrator até o julgamento e execução, para que não fugisse. Normalmente, as penas aplicadas na sentença eram a pena de morte, sendo que a pena de prisão tinha finalidade meramente custodial.

Platão já apontava as duas ideias históricas da privação da liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia, esta última a única forma efetivamente empregada na antiguidade⁵. A Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem as dívidas. Ficava, assim, o devedor à mercê do credor, como escravo, a fim de garantir o crédito. Essa prática, inicialmente privada, foi posteriormente adotada como pública, mas ainda como medida coercitiva para forçar o devedor a pagar a dívida.

Os próprios romanos, que, no dizer de Francesco Carrara (apud Bitencourt, 2004)⁶, foram “gigantes no direito civil e pigmeus no Direito Penal”, só conheceram o encarceramento com fins de custódia.

Contudo, Garrido Guzman refere que outros autores, como Mommsen, afirmam que em Roma a pena de morte era comutada, em alguns casos, pela prisão perpétua⁷.

O direito germânico também não conheceu a prisão com caráter de pena, uma vez que nele predominava a pena capital e as penas corporais.

⁵ MAGNABOSCO, Daniele. Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos. Jusnavegandi. Disponível em < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1010/sistema-penitenciario-brasileiro-aspectos-sociologicos/3> >. Acesso em 11.2010.

⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁷ FERRINI, Contardo. *Diritto Penale Romano* In: **Completo trattato. Milano, 1988.** p. 125.

Os lugares onde se mantinham os acusados até a celebração do julgamento eram bem diversos, já que naquela época não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria. Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam-se horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios.

A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que cumprissem com as obrigações.

Durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena de prisão não aparece, a privação da liberdade continua tendo finalidade meramente custodial.

A crueldade atrelada às penas tornou-se o espetáculo favorito da sociedade naquele momento histórico.

Surgiram na época a prisão de Estado e a prisão eclesiástica. Na prisão de Estado, na Idade Média, somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição e os adversários políticos dos governantes, era a prisão custodial, ou seja, a finalidade era prender os condenados que aguardavam o cumprimento da pena de execução.

A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação, ou seja, os infratores eram recolhidos em mosteiros subterrâneos sem portas nem janelas, para que orassem e se arrependessem dos pecados.

Foi por iniciativa eclesiástica que no século XII surgiram as prisões subterrâneas, que tornaram célebre a expressão *vade in pace*, despediam-se dos réus com essas palavras, porque aquele que entrava naquelas prisões não saía com vida. Eram masmorras às quais se desciam por meio de escadas ou poços dependurando os presos por corda⁸.

⁸ NEUMAN, Elías. **Evolución de la pena**. Buenos Aires, Pannedille, 1971, p.29.

1.4. INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NA EVOLUÇÃO DA PENA

No que diz respeito à ressocialização do delinquente relacionado à prisão moderna, pode-se dizer que foi influência do direito canônico. O vocábulo *penitência*, de estreita vinculação com o direito canônico, deu origem às palavras *penitenciário* e *penitenciária*⁹

Santo Agostinho, na obra **A cidade de Deus**¹⁰, afirmava que o castigo não deve orientar-se à destruição do culpado, mas a seu melhoramento. Essas noções de arrependimento, meditação, aceitação íntima da própria culpa são ideias que se encontram intimamente vinculadas ao direito canônico ou a conceitos que provieram do Antigo e do Novo Testamento.

O direito moderno também foi influenciado pelos ideais canônicos de fraternidade, redenção e caridade para corrigir e reabilitar o delinquente.

A religião, especificamente a católica e a protestante, contribuiu consideravelmente para a evolução da pena, bem como com a função moral e a ideia de correção, exemplaridade, que a mesma devia imprimir no apenado. Nesse sentido, Armida Bergamini Miotto (1975, p.28) esclarece:

o Cristianismo, desde seus alvares, entendia que a pena devia ter a função ética de emenda. Não distinguindo pecado e delito, os pecadores, que ao mesmo tempo podiam ser denominados delinqüentes, deviam emendar-se, pela penitência, consistindo a penitência na “volta sobre si mesmo”, com espírito de compunção, para reconhecer os próprios pecados (ou delitos), abominá-los, e propor-se a não tornar a incorrer neles (não reincidir). Toda essa reformulação interior constituía a emenda. Ora, para se chegar, desse modo, à emenda, percebeu-se, sentiu-se, que havia necessidade de recolhimento, de afastamento do bulício do mundo. Isto é, deveria haver condições ambientais propícias para aquele processamento ético-psicológico da emenda¹¹ (grifo do autor).

⁹ GUZMAN, Luiz Garrido. **Compêndio de ciência penitenciária**. Valencia: Universidad, 1976. p. 48.

¹⁰Disponível em < <http://pt.shvoong.com/books/classic-literature/1873643-cidade-deus-santo-agostinho/> >. Acesso em 21.08.2010.

¹¹ MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de direito penitenciário**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 28

Portanto, uma das maiores influências de cunho religioso na evolução da pena foi o princípio da ressocialização/reabilitação do delinquente, que é uma das finalidades da pena no direito contemporâneo.

Foi no fim da Idade Média que a questão penitenciária passou a tornar-se relevante, muito embora, durante a maior parte do citado período histórico, tenha predominado o cárcere com o mesmo estilo custodial dominante na antiguidade.

As penas mais comuns nessa fase se constituíam em mutilações e amputações das partes do corpo e queima do indivíduo em fogueira, ocasião em que o povo assistia a execuções cruéis como se estivesse num grande espetáculo a apreciar o cenário trágico.

A Idade Média também se utilizou das ordálias ou juízos de Deus, pelos quais competia ao juiz tão-somente presenciar a experiência e logo em seguida publicar o resultado. Com as ordálias, pretendia-se que Deus descesse à Terra e verdadeiramente julgasse os homens.

Foi somente na Idade Moderna que a prisão, efetivamente, pôde ser encarada como uma espécie de sanção a ser aplicada àqueles que praticassem fatos definidos como crime. Nesse momento, o encarceramento passa então a apresentar-se como prisão-pena, perdendo o caráter de prisão-custódia.

O grande avanço na época moderna se deveu à Europa do século XVI e XVII, notadamente França e Inglaterra, quando a decadência econômica, a indefinição quanto ao modelo novo de economia ante a decadência feudal, o desenvolvimento dos centros urbanos, o desmesurado crescimento populacional deram origem a uma quantidade sem tamanho de desocupados e mendigos que levavam a vida à custa de esmolas, roubos e tantas outras atitudes criminosas, eventos que funcionaram como mola propulsora para o incremento da pena privativa de liberdade.

A partir daí, surgiram as primeiras prisões organizadas, implantadas com a finalidade de conter essa população de marginalizados sem utilizar-se das penas anteriormente aplicadas como, por exemplo, a pena de morte, muito embora a Inglaterra tenha utilizado até fins do século XVI o açoite, o desterro e a execução.

1.5 TRANSFORMAÇÃO DA PRISÃO-CUSTÓDIA EM PRISÃO-PENA

Na realidade, vários fatores influenciaram a transformação da prisão-custódia em prisão-pena, dentre eles, Cezar Roberto Bitencourt¹² ressalta maior valorização da liberdade, imposição progressiva de racionalismo, desordem e mudança socioeconômica advinda com a passagem da Idade Média para a idade moderna, produzindo como consequência o aparecimento de indigentes e miseráveis que por ausência de trabalho se viam obrigados a pedir e praticar crimes.

A crise da pena de morte e desprestígio também constituíram fatores expressivos para a criação de uma nova modalidade de sanção penal – a pena privativa de liberdade.

Os primeiros estabelecimentos penais organizados surgiram nas mais diversas localidades da Europa, como *houses of correction ou bridwells e workhouses*, situados na Inglaterra, que tinham por finalidade a reforma do delinquente mediante o emprego de trabalho e disciplina, com aproveitamento de mão-de-obra dos presos.

Bitencourt¹³ também lembra que em Amsterdã, no ano de 1596, foram criadas casas de correção para homens (*Rasphuis*); em 1597 uma prisão para mulheres (*Spinhis*) e em 1600 uma casa própria para jovens.

Não obstante a institucionalização da prisão-pena, o panorama composto da legislação criminal na Europa do século XVIII apresentava caráter de dureza excessiva, inspirando a prática de castigos corporais e a severidade da pena privativa de liberdade. Diante de tais fatos, uma nova concepção de pena baseada no respeito à liberdade e dignidade do indivíduo passou a influenciar o mundo do direito.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 34.

¹³ Idem, p. 25.

Muitos juristas e filósofos, como Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (1738-1794) e John Howard (1726-1790), defendiam uma reforma substancial no Direito Penal, apresentando opiniões e pensamentos inspirados no denominado despotismo ilustrado, filosofia pregada pelo iluminismo. Os filósofos citados acima deram causa a uma grande evolução na doutrina da execução penal, apresentando como fundamento das ideias a razão e o conceito de humanidade.

Marquês de Beccaria defendeu uma concepção utilitarista da pena, propugnando que sua imposição deveria produzir no condenado o sentimento de arrependimento, impedindo que o mesmo pudesse ofender outro cidadão, além de servir como exemplo para todos os membros da sociedade. Argumentava, ainda, que a pena deveria ser proporcional ao crime com imposição realizada mediante regular processo onde, uma vez apurada a responsabilidade, pudesse o condenado cumprir a sanção de forma humana.

Com esse raciocínio, Beccaria pregava a racionalização da pena privativa de liberdade e enfatizava a finalidade reformadora da mesma. Em conclusão apresentada no último capítulo do livro **Dos Delitos e das Penas**, Beccaria¹⁴ expressa com indignação todo o entendimento doutrinário que construía acerca da pena, da seguinte maneira: “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.

O inglês John Howard (1726) ganhou destaque no cenário penitenciário por entender que a eficácia da pena estava ligada a melhores condições oferecidas ao preso na execução das penas, tais como: boa alimentação, disciplina, eficaz manutenção dos estabelecimentos penitenciários pelo Estado e, por fim, prestação de assistência religiosa – ponte para a reabilitação. Considerava ainda, como fator importante, o exercício do trabalho pelos criminosos como forma de torná-los cidadãos honestos.

Outro teórico, jurista e filósofo que mereceu reconhecimento na Idade Moderna foi Jeremy Bentham (1748-1832), considerado pioneiro na história das prisões,

¹⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa, São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 107.

propôs um modelo arquitetônico conhecido como panóptico que consistia, segundo Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (1997, p. 280):

na construção de um estabelecimento radial, com pavilhões a partir de um centro comum, de onde se consegue o máximo de controle sobre toda a atividade diária do sujeito, com um mínimo de esforço. Desde o centro, um único guarda pode observar todos os pavilhões com apenas um giro da cabeça. A ideologia da pena era a do treinamento mediante controle estrito da conduta do apenado, sem que este pudesse dispor de um só instante de privacidade¹⁵.

Essa forma permitia dominar com facilidade um maior número de pessoas, numa clara demonstração da importância que se dava ao controle eficaz dos presos. Dessa maneira, não é difícil concluir que a preocupação não residia no aspecto educativo da pena, mas na guarda segura do delinquente. Bentham (2000) apresentava uma opinião aberta acerca do conceito retributivo da pena, com clara preponderância pela finalidade preventiva geral.

Pode-se notar que o cumprimento da pena privativa de liberdade sofreu, nos últimos tempos, influência dos pensadores revolucionários acima citados, que resumidamente explicavam as ideias da seguinte forma: Beccaria pregava a humanização das penas, rejeitando duramente a crueldade e a tortura, instituindo o princípio da proporcionalidade, que consistia na relação entre a pena e o dano social causado, bem como a propagação do princípio da legalidade. Howard, pelo tormento experimentado no cárcere (quando por ocasião de uma viagem teve o navio atacado por corsários franceses, tornando-se preso juntamente com todos os passageiros), demonstrou que a pena para ter eficácia deveria ser executada de forma a oferecer ao preso boas condições de alimentação, limpeza, instrução e trabalho, visando à ressocialização.

Com Bentham (2000), a novidade ocorreu em função da ideia criadora do panóptico, modelo penitenciário que atribuía prevalência à segurança, passando a merecer destaque o aspecto arquitetônico dos presídios. O maior realce do novo protótipo penitenciário residia em oferecer maior dificuldade à fuga, posto estar as

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 1997, p. 280.

celas encostadas às paredes exteriores e o interior era vazado, permitindo a um único guarda, colocado no centro do edifício a certa altura, o controle e a visão de toda a penitenciária, vigiando, com facilidade, o interior do prédio, impedindo a fuga por meio das portas das celas.

Cumprido observar, por fim, que na história de evolução das prisões, muita coisa ainda permanece como na Idade Média; isso é tão claro que ainda hoje se denomina penitenciária aos edifícios destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdade, numa clara invocação da justiça eclesiástica, que tinha por objetivo ordenar o recolhimento dos transgressores a locais adequados, ditos penitenciários – ambiente tranquilo e isolado, propício à reflexão e ao arrependimento. Persistindo, igualmente na atualidade, o padrão inspirado no modelo panóptico sugerido por Bentham (2000) que muito influenciou as prisões hodiernas, inclusive com a construção das celas ao redor de um galpão vazado, formato utilizado por grande parte das penitenciárias construídas no Brasil, servindo o vasto galpão ao redor das celas para o tradicional banho de sol.

1.6. A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

A reforma prisional surgiu a partir da obra humanitária do filantropo inglês John Howard, no fim do século XVIII, que escreveu o livro **State of Prisons**, porém, a privação da liberdade, como pena, no Direito leigo, iniciou-se na Holanda a partir do século XVI, quando em 1595 foi construído o *Rasphuis* em Amsterdã, estabelecimento carcerário para homens destinado à execução das condenações.

A grande preocupação com a sistematização do Direito Penal, a partir da Escola Liberal, depois chamada de Escola Clássica, que teve em Giandomenico Romagnosi (1761) o precursor na Itália, inaugurou um momento histórico de pesquisa dogmática eminentemente teórico. Isso se explica porque se enfrentava o desafio de criar princípios próprios de um Direito limitador da prepotência do Estado.

A Escola Positiva desviou o enfoque da indagação para uma visão criminológica, centrando preocupações no homem criminoso.

Somente a Escola Sociológica (Von Lizst) perquiriu o sentido da pena de um ponto de vista humanista.

Cada vez mais se acentuava o testemunho de iniquidade dos sistemas prisionais, o que recrudescera com o surgimento da criminalidade resultante da violência urbana ensejada pelo inchaço das metrópoles.

Dizia Manoel Pedro Pimentel: “À epidemia do crime sucede-se a epidemia da pena”¹⁶.

Na segunda metade do século XX, o Direito Penal passou por uma crise ética, uma dúvida sobre a finalidade da pesquisa dogmática destinada a uma finalidade sem congruência, representada pela condenação às penas detentivas. Qual o mérito de uma solução teórica que somente resulta num desfecho insólito do ponto de vista humanista?

Em verdade, nas últimas décadas, a pesquisa sobre política criminal tem predominado. É mais importante buscar o sentido social no conteúdo da regra do que o ajustamento científico dentro de um sistema teórico.

A *Nova Defesa Social* constituiu um movimento, liderado pelo francês Marc Ancel, que tentou recuperar os direitos fundamentais do cidadão no âmbito penal.

Do mesmo modo, e com maior exagero, os adeptos da *Criminologia Crítica* e da *Política Penal Alternativa*¹⁷ chegavam a pregar o fim das cadeias.

Na prática, tais movimentos acabaram por motivar grande discussão sobre a necessidade de mudança de rumo do direito punitivo do Estado.

O princípio da humanidade tem raízes no iluminismo, ele é um divisor de águas entre opressão e libertação, entre barbárie e modernidade, visto que, em

¹⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime e pena: problemas contemporâneos. **Revista de Direito Penal**, v. 28, p. 53-70, jul./dez. 1979.

¹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

nome dele, considera-se o homem em primeiro lugar e desconsidera-se tudo aquilo que lhe afronta a dignidade e humanidade¹⁸.

Esse princípio afastou de forma contundente as penas de morte, os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou seja, toda forma de pena que desconsiderasse o homem como pessoa.

Tratou o iluminismo de buscar uma pena diretamente oposta à “pena cruel” encontrando-a na “pena racional”¹⁹.

Beccaria²⁰ alertava para a humanização da pena – contra a crueldade empregada em seu tempo – quando ressaltava que o Estado deveria utilizar-se de penas e modos de aplicação que atingissem mais o espírito humano do que o corpo.

Já se passaram séculos, e o princípio da humanização das penas convive com a humanidade, como a Declaração dos Direitos de Virgínia de 1776, por exemplo, e este princípio vem sendo desrespeitado diuturnamente em várias partes do planeta, especialmente onde vigem regimes de opressão e terror.

1.7 FUNCIONALISMO PENAL

O termo *funcionalismo*, a rigor, é tratado nas ciências sociais e foi transportado para o âmbito do Direito Penal com raízes na filosofia e na sociologia.

No Direito Penal, o tema aflorou, principalmente, a partir dos fundamentos crítico-filosóficos de Claus Roxin (1970) ao finalismo estruturado por Hans Welzel (1939).

¹⁸ BOSCHI, José Antonio **Paganella**. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 40.

¹⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI (op. cit., p. 177).

²⁰ BECCARIA (op. cit., p. 62).

No mundo jurídico, pode-se afirmar que o funcionalismo é um método, um caminho de conhecer o objeto da investigação, em especial de buscar solução justa para o caso concreto à luz do Direito posto, sobretudo o Constitucional.

O funcionalismo penal proclama que a função do Direito Penal deve ser a base para sua estrutura, interpretação, aplicação e execução e, em última análise, as finalidades de suas penas ou medidas alternativas.

Há basicamente, em relação ao Direito Penal, duas correntes sobre o funcionalismo, ou seja, dois enfoques funcionais surgidos na Alemanha a partir da década de 1970.

O *funcionalismo moderado*, teleológico, valorativo (teleológico racional) foi contextualizado pelo penalista alemão Claus Roxin (2006), a partir do funcionalismo estrutural de Parsons e *funcionalismo radical*, estratégico normativo, construído pelo também penalista alemão Günther Jakobs (1994) a partir do funcionalismo sistêmico do sociólogo Niklas Luhmann.

Para Roxin (2006), a função do Direito Penal é de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais.

Jakobs defende como a finalidade básica do Direito Penal, o que faz por meio das penas, é a reafirmação da autoridade da norma, justamente para fortalecer as expectativas dos destinatários de que aquela norma está em vigor e, logo, deve ser respeitada. A proteção do bem jurídico por esse viés fica em segundo plano, como consequência.

Roxin (2006), na visão funcionalista teleológico-racional, trabalha com a ideia de que o Direito Penal, para atender à finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais (vida, saúde, patrimônio e outros), deve ser estruturado sobre o tripé: criminologia, política criminal e dogmática penal, ou seja, o conhecimento criminológico deve ser transformado em exigências político-criminais e estas em regras jurídicas. Nessa visão, o que dá vida à norma penal é a introdução das decisões valorativas político-criminais que ela recebe, a partir do quadro axiológico que a Constituição procurou tutelar, pois são essas decisões que irão apontar a necessidade do recurso ao controle penal.

Na visão de Roxin, o Direito Penal deve ser provocado como última opção (*ultima ratio*), ou seja, só se deve recorrer ao Direito Penal, como forma de controle social (proteção de bens jurídicos essenciais coletivos ou individuais), como última opção, isto é, se não for possível o controle por outro meio menos estigmatizante e desde que a pena seja necessária para tal.

Assim, ainda que o fato seja típico, antijurídico e culpável, por si só não é suficiente para recorrer à sanção do Direito Penal, utilizando-se, para tal, o método dedutivo e indutivo (teleológico-racional), especialmente este último, pois a preocupação é com a justiça do caso concreto.

Já na visão funcionalista de Jakobs, o recurso à sanção penal será sempre necessário desde que se caracterize a infração penal, pois a função do Direito Penal (e das penas) é o fortalecimento da autoridade da norma como punição àquele que quebrar essa expectativa. Trata-se do método dedutivo (lógico-formal), em que basta infringir a lei.

Jakobs fez parte de uma concepção funcionalista conhecida como radical. Discípulo maior de Niklas Luhmann, sociólogo alemão que traçou o funcionalismo sistêmico. Para Jakobs, estabelece-se quem deve ser punido para a estabilidade normativa: o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma e culpavelmente²¹.

Em outras palavras, Jakobs tentou explicar que o Direito Penal possui como função precípua a reafirmação da norma, buscando, desse modo, fortalecer as expectativas de quem a obedece.

Claus Roxin²² filiou-se ao funcionalismo moderado. Procurou dar um conteúdo à ideia funcional; ou seja, o Direito Penal tem por função reafirmar os valores da ordem jurídica. Recuperação, punição são consequências, efeitos possíveis e impossíveis no Direito Penal. O que o Direito Penal quer dizer é que esses valores que a ordem jurídica consagra devem ser respeitados sob pena de aplicação de uma sanção mais grave, que é a sanção penal. Mas Roxin (1997) acrescentou um

²¹ JAKOBS, Günter. **Derecho Penal** – Parte General – Fundamento e teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid: Marcial Ponz, 1997.

²² ROXIN, Claus. **Tratado de Derecho Penal** – parte general, Tomo I. Cidade: Civitas, 1997.

conteúdo: a reafirmação dos valores da ordem jurídica deve ser feita por razões de política criminal para a reafirmação de valores fundados na dignidade humana.

O núcleo fundamental do sistema formulado por Roxin (1997) apresenta-se como a mais singela necessidade de que a política criminal possa penetrar na dogmática criminalista.

Portanto, Jakobs se limita a explicar o que o Direito Penal tem sido, reafirmando os valores de uma ordem jurídica. Roxin vai além, pois reafirmar os valores é necessário, sim, mas que valores? Os valores fundados na dignidade da pessoa humana, acrescidos de uma política criminal. A política criminal consiste em uma diretriz; e toda política consiste em um direcionamento, um planejamento para alcançar um resultado. É justamente nesse campo em que o intérprete e o aplicador da norma trabalham com a proporcionalidade no que toca à aplicação das penas.

Roxin resolveu o problema? Em parte. Formalmente. Defende-se a teoria funcionalista de Roxin, pois os valores firmados na ordem jurídica devem ser fundados em um bem jurídico ligado à dignidade humana. Mas o grande problema da teoria deste autor é saber: o que é a dignidade humana? São muitas culturas a partir das quais o mundo, apesar da chamada globalização da informação, recebe valores bastante diferentes.

Já se tentou, inclusive, dizer que haveria um núcleo comum entre as culturas, mas acontece, por exemplo, que no Direito muçulmano usar burca por imposição do Estado não viola a dignidade humana – na cultura deles. Assim como não viola a dignidade humana usar na Praia de Ipanema, no Rio de Janeiro, um biquíni fio-dental para a cultura brasileira de um país tropical como o Brasil.

Já se tentou também dizer que haveria, pois, um núcleo ocidental; o que não se afigura correto. Isso porque há países que apregoam a pena de morte como saída justa ao delinquente. Não veem nisso nenhuma violação à dignidade humana. E hoje, tema da moda no Brasil, é a discussão do uso do chip no corpo humano para fins de persecução penal ou mesmo de execução penal quando o condenado se encontrar em situação de liberdade condicionada ou mesmo de regime aberto. Seria

tal instrumento violador ou não à dignidade humana? A discussão limita-se à forma de pensar, à cultura.

Habermas²³ reduziu a dignidade humana ao pudor de autodeterminação. A pessoa maior e capaz que tem o poder de autodeterminação carrega consigo a dignidade humana. E aí não importa seu comportamento, desde que, evidentemente, não prejudique terceiros. Assim, mendigar ou ser morador de rua fazem parte do desejo que cada um assume para conduzir-se no mundo. Tanto que na Alemanha não há que se falar em induzimento ao suicídio. Tal conduta, se praticada na Alemanha, será atípica ante o respeito ao livre-arbítrio de viver ou morrer do povo.

Observe que cada cultura tem o próprio conceito. O diferencial brasileiro é que a cultura enxerga no princípio fundamental da dignidade humana algo além que o mero poder de autodeterminação. É lógico que tal poder é fundamental. Mas só isso não basta ao povo brasileiro. Há outros valores culturais positivos que explicam o porquê de criminalizar a matança de animais, ato ofensor ao sentimento. Talvez não seja o sofrimento do animal em si, mas o fato de nos atingir, de maltratar nosso pudor. E assim também o ato obsceno. Agride a integridade íntima, a esfera intangível da pessoa e o seu direito de não se ver agredido por uma cena violenta.

Assim, a dignidade humana é um conceito fluido. Varia de cultura para cultura. E cultura aí não se limita ao tamanho do continente. Observam-se diferenças culturais gritantes, e o Direito Penal entra em cena para reafirmar os valores culturais. A título de exemplo: na Espanha, a tourada é considerada um símbolo esportivo nacional. Já no Brasil a *farra do boi* foi coibida nas tradicionais festas do folclore brasileiro. Isso porque se interpreta a dignidade humana no Brasil de maneira distinta da Espanha. Dessa forma, os valores positivos de uma sociedade integram o conceito de dignidade humana.

No cerne do funcionalismo está a tutela de um bem jurídico. O bem jurídico é aquele valor cultural ou social que a ordem jurídica reconhece como merecedor de proteção. O funcionalismo de Claus Roxin, adotado neste trabalho, começa, pois, a discutir alguns problemas graves. Se a finalidade do Direito Penal é reafirmar

²³ HABERMAS, Jurgen. **Fundamentação do Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

valores fundados na dignidade humana, então os crimes deveriam ser tão-somente de dano. Enquanto o bem jurídico não for atingido, o Direito Penal não deve atuar. Acontece que tal ideia está em contraposição a toda a legislação do planeta. Isso porque existem do Ocidente ao Oriente os crimes de perigo abstrato.

Houve evolução muito grande no Direito penal quanto aos crimes. Em um passado mais remoto se tutelavam apenas bens jurídicos individuais. O crime de furto já era então previsto no Código de Hamurabi. Cortava-se a mão do furtador de laranjas. Agora, da segunda metade do século XX para o século XXI, a preocupação maior do Direito Penal voltou-se para os bens coletivos e difusos. Assim, houve maior tutela ao meio ambiente, a ordem econômica. Hoje tem maior peso o meio ambiente, pois garantidor da própria sobrevivência humana. Ninguém poderia vislumbrar em meados do século XVIII um direito regulador do espaço aéreo, já que os pássaros eram os únicos animais que voavam naquele tempo. O próprio Direito do trânsito também não se justificava, já que o meio de transporte era o cavalo, quando muito, o bonde. Assim, os valores vão se modificando no decorrer do tempo.

Não existe mais de um funcionalismo penal. O funcionalismo penal é um só, embora sejam diversas as formas de enxergá-lo, mas todas levam a um ponto em comum, qual seja: a insegurança da conduta. Para o funcionalismo penal o sistema jurídico só encontra segurança nele mesmo, ou seja, na própria densidade normativa. Assim, o finalismo ainda prepondera sobre nosso sistema jurídico, mas leva à insegurança de enquadrar a conduta culposa dentro do que se entende por resultado final, querido e assumido pelo agente. O funcionalismo de Jakobs teve o mérito à reafirmação da norma, mas restou incompleta em essência, pois a norma visa proteger valores. Surge Roxin delimitando os valores, mas que valores? A Constituição brasileira não nos delimita e continuamos no limbo jurídico. Por fim, traçar o limite social do funcionalismo já geraria o conflito sociocultural, pois a sociedade muda com muita versatilidade. As culturas são diferentes, e essas mesmas culturas é que vão definir a própria sociedade.

Em assim sendo, apesar de ter sido abraçado na Europa em grande escala, o funcionalismo penal para que possa ser aplicado ao modelo brasileiro precisará de alguns ajustes, e o primeiro ajuste passa pela própria Constituição da República,

que poderá ser alterada via emenda constitucional elencando em primazia, como cláusula pétrea, a vida como bem jurídico maior.

Não basta uma cláusula pétrea trazendo a vida, pois esta já existe, mas elencando a vida como bem maior. Isso porque, a partir do momento em que a palavra vida vem seguida de vírgula, isso já denota que ela é um direito fundamental que pode ser relativizado.

1.8 DOCTRINAS E ESCOLAS PENAIS

A partir da reação humanitária decorrente do iluminismo durante o século XVII, o chamado Século das Luzes, tendo o apogeu com a Revolução Francesa, foram formadas diversas correntes de pensamentos criticando os excessos imperantes na legislação penal vigente.

As críticas tinham por objetivo diminuir a crueldade imposta aos condenados, propondo a individualização da pena e a equivalência ou proporcionalidade entre a pena e o delito praticado.

Estas correntes de pensamento organizadas de maneira sistemática ficaram conhecidas por Escolas Penais.

Nas palavras do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt²⁴: “No século XIX, surgiram inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, segundo determinados princípios”.

Assim para entender os fins e funções da pena no direito brasileiro contemporâneo, faz-se necessário analisar como as penas eram tratadas durante a trajetória do direito penal moderno, mas especificamente por meio das escolas penais.

²⁴ BITENCOURT (op. cit., p. 46).

1.8.1 Escola Clássica

Não existiu a Escola Clássica propriamente dita. O nome lhe foi atribuído pelos positivistas com conotação pejorativa.

Diante da dificuldade em reunir um conteúdo homogêneo dos juristas dessa corrente, o professor Luiz Regis Prado²⁵ explicita:

A denominação “escola clássica” foi dada pelos positivistas, com sentido negativo. Essa doutrina – de conteúdo heterogêneo – se caracteriza por sua linha filosófica, de cunho liberal e humanitário. Classicismo significa equilíbrio, apogeu, expressão acabada de uma tradição.

Do movimento filosófico abordado nessa corrente surgem duas teorias com fundamentos distintos: de um lado o jusnaturalismo e de outro o Contratualismo. O primeiro traz a ideia de um direito natural superior resultado da própria natureza humana, imutável e eterno. O segundo a concepção de que o Estado e por extensão a ordem jurídica resultam de um grande e livre acordo entre os homens, que cedem parte dos direitos no interesse da ordem e segurança comuns.

Teorias que à primeira vista são opostas, mas que basicamente são coincidentes. Representavam, na verdade, doutrinas opostas, uma vez que para a primeira – jusnaturalista – o Direito decorria da eterna razão, e a segunda – Contratualista – tinha como fundamento o acordo de vontades. No entanto, coincidiam no fundamental: na existência de um sistema de normas jurídicas anterior e superior ao Estado, contestando dessa forma a legitimidade da tirania estatal. Propugnavam pela restauração da dignidade humana e o direito do cidadão perante o Estado, fundamentando ambas, dessa forma, o individualismo, que acabaria inspirando o surgimento da Escola Clássica.

Beccaria, um dos principais filósofos da Escola Clássica, na obra **Dos Delitos e das Penas** menciona o contrato social.

²⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 45.

A teoria do contrato social traz a concepção de que o delinquente é aquele sujeito que rompeu o contrato social. Contrato esse de que se presume que tinha conhecimento e o aceitou, devendo, portanto, suportar o castigo que lhe será imposto.

A pena era, para os clássicos, uma medida repressiva, aflitiva e pessoal, que se aplicava ao autor de um fato delituoso que tivesse agido com capacidade de querer e de entender. Os autores clássicos limitavam o Direito Penal entre os extremos da imputabilidade e da pena retributiva, cujo fundamento básico era a culpa. Preocupada em preservar a soberania da lei e afastar qualquer tipo de arbítrio, limitava duramente os poderes do juiz, quase o transformando em mero executor legislativo.

Assim, expostas já as concepções do iluminismo, que, no direito penal, encontra em Beccaria seu representante máximo, e de passagem pelo jusnaturalismo, com a concepção de um direito imutável e eterno, resultante da própria natureza humana e superior às influências históricas, vê-se que a investigação do direito de punir e dos fins da pena distribui-se por três correntes doutrinárias: absoluta, relativa ou utilitária e mista.

As *teorias absolutas* baseiam-se numa exigência de justiça: pune-se porque cometeu o crime, teoria defendida por Kant²⁶.

Para ele, a pena é um imperativo categórico, exigido pela razão e a justiça, ou seja, é a simples consequência do delito, explicando-se plenamente pela retribuição jurídica. Ao mal do crime, o mal da pena, imperante entre eles a igualdade. Só o que igual é justo.

Verificada dessa maneira, a Lei do Talião seria a expressão mais fiel desta corrente. Hegel também foi um grande representante desta teoria.

Em geral, as teorias absolutas negam fins utilitários à pena, que se explica tão-só pela satisfação do imperativo da justiça. Ela é vista como um mal justo,

²⁶ Nunes, Patrícia. A pena na antiguidade e nos dias atuais. DireitoNet. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1125/A-pena-na-antiguidade-e-nos-dias-atuais> >. Acesso em 19/12/2010.

oposto ao mal injusto do crime (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*). Distinguem-se os adeptos quanto à natureza da retribuição, que para uns é de caráter divino; para outros moral; e para terceiros jurídico.

Outros grandes nomes podem ser citados entre os adeptos dessas doutrinas (Binding, Sthal, Kohler, Kitz etc.), entretanto, eles afastam a ideia de retribuição da ideia de vingança.

As *teorias relativas* tratam a pena com finalidade prática: a prevenção geral ou especial. O crime não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada, ela não se explica por uma ideia de justiça, mas pela necessidade social.

O grande defensor Feuerbach²⁷, apontado por alguns como o pai do Direito Penal moderno e por outros como precursor do Positivismo Penal, funda-se em que a finalidade do Estado é a convivência humana, de acordo com o Direito.

Como o crime é a violação deste, está ele na obrigação de impedi-lo. Tal função é conseguida pela coação psíquica e também física por meio da pena.

Para este autor, o fim da pena é a intimidação de todos para que não cometam crimes, é a ameaça legal. Caso o delito seja praticado, tal ameaça deve ser efetivada. A essência da doutrina é a intimidação da sociedade, por meio da coação psicológica, conseguida pelo meio da pena, cominada em abstrato na lei e executada quando a cominação não foi suficiente.

Bentham (2000), outro defensor dessa doutrina, considera a pena um mal para o indivíduo, que sofre, e para a sociedade, que lhe suporta o ônus, justificando-se, portanto, sua utilidade.

O fim principal é a prevenção geral. Ao ser aplicada a pena, conseqüentemente tem a função de advertir o delinquente em potência que não pratique o delito.

²⁷ Freitas, Elizongerber de. A pena e sua finalidade no nosso sistema prisional. BuscaLegis. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12626/12190> >. Acesso em 21/08/2010.

Bentham (2000) entregou-se também a criações práticas, sendo o idealizador do *Panopticum*, estabelecimento presidiário em círculo, permitindo assim, a observação de todas as celas de um ponto central da construção.

Na obra de Romagnosi²⁸ **Genesi del Diritto Penal**, também possui caráter utilitário. O autor dizia que, se depois do primeiro delito se tivesse certeza moral de que não seria praticado outro, a sociedade não teria o direito de castigá-lo.

Para Romagnosi, o direito penal é um direito de defesa contra a ameaça permanente do crime. O direito não preexiste à sociedade, mas sucede a ela, como meio de proteção e tutela, e, assim, essa é a finalidade do direito penal. A pena não é vingança, mas deve inculcar temor ao criminoso, para que não torne a delinquir.

Porém, a pena deve ser empregada em último caso, cedendo lugar aos meios preventivos.

Do confronto entre teorias absolutas e relativas, surge a *teoria mista*, que sustenta a índole retributiva da pena e também agrega os fins de reeducação do delincente e de intimidação, contando como um dos idealizadores Pelegriano Rossi.

Portanto, de acordo com o entendimento das doutrinas da Escola Clássica, crime não é um ente de fato, mas entidade jurídica, não é uma ação, mas uma infração, é a violação de um direito e a pena é o meio de tutela jurídica.

O crime é a violação de um direito e, portanto, a defesa contra ele deve encontrar-se no próprio direito, sem o que ele não seria tal.

O postulado da Escola Clássica é a imputabilidade moral. É o pressuposto da responsabilidade penal. Funda-se no livre-arbítrio, elevado por ela à altura de dogma.

²⁸ ROMAGNOSI, Giandomenico. **Genesi del Diritto Penal**. Lisboa: Editora Livros do Brasil, 2006.

1.8.2 Escola Correccionalista

A escola correccionalista aparece na Alemanha em 1839, com a dissertação de Karl Roder (data da obra Referência) “Comentatio na poema malum esse debeat”, tendo como fundamento o sistema filosófico de Krause, pertencente ao movimento do idealismo romântico alemão durante a primeira metade do século XIX.

Alguns dos doutrinadores que se dedicam ao estudo das escolas penais apontam como uma das principais características da Escola Penal Correccionalista fixar a correção ou emenda do delinqüente como fim único de pena.

Bitencourt²⁹ explicita:

Para os correccionalistas, a pena não se dirige ao homem real, vivo e concreto, que se tornou responsável por um determinado crime, revelador de uma determinação defeituosa de vontade. Na verdade, a sua finalidade é trabalhar sobre a causa do delito, isto é, a vontade defeituosa, procurando convertê-la segundo os ditames do direito. O correccionalismo, de fundo ético-panteísta, apresentou-se como uma doutrina cristã, tendo em conta a moral e o Direito natural.

E conclui³⁰:

Em outros termos, o delinqüente, para os correccionalistas, é um ser anormal, incapaz de uma vida jurídica livre, constituindo-se, por isso, em um perigo para a convivência social, sendo indiferente a circunstância de tratar-se ou não de imputável. Como se constata, não dá nenhuma relevância ao livre-arbítrio. O criminoso é um ser limitado por uma anomalia de vontade, encontrando no delito o seu sintoma mais evidente, e, por isso, a sanção penal é vista como um bem. Dessa forma, o delinqüente tem o direito de exigir sua execução e não o dever de cumpri-la. Ao estado cabe a função de assistência às pessoas necessitadas de auxílio (incapazes de autogoverno). Para tanto o órgão público deve atuar de dois modos: a) restringindo a liberdade individual (afastamento dos estímulos delitivos); e b) corrigindo a vontade defectível. O importante não é a punição do delito, mas sim a cura ou emenda do delinqüente. A administração da Justiça deve visar o saneamento social (higiene e profilaxia social), e o juiz ser entendido como médico social.

²⁹ BITENCOURT (op. cit., p. 63).

³⁰ BITENCOURT (Idem).

Na Escola Penal Correccionalista, começa-se a pensar, mesmo que forma indireta, na ressocialização por meio da pena no momento em que se busca a cura do delinquente. Trata-se aqui a pena como meio de controle social, não mais como mera retribuição ao crime praticado.

Prado³¹ aponta as principais características da Escola Correccionalista, destacando o fim único da pena como emenda ou correção do delinquente:

A principal característica da escola correccionalista diz respeito ao fim único da pena: emenda ou correção. De conseguinte, tem-se que: a) a pena idônea é a privação de liberdade; b) a pena deve ser indeterminada – sem prévia fixação do tempo de sua duração; c) o arbítrio judicial deve ser ampliado no que se refere à individualização da pena; d) a função penal deve ser vista como preventiva e de tutela social; e e) a responsabilidade penal deve ser entendida como responsabilidade coletiva, solidária e difusa.

A pena indeterminada tem explicação para os correccionalistas pelo simples fato de que, como tem o fim de curar o indivíduo da doença ou, como preferem chamar, anomalia de vontade, o delinquente deve ter a liberdade tolhida até que seja corrigida essa anomalia, até que esteja curado e pronto para voltar ao meio social.

Pode-se dizer, grosso modo, que a pena para os correccionalistas era entendida como um bem, e o delinquente tinha direito a ela, ao tratamento correspondente.

1.8.3 Escola Positiva

Inspirando-se no iluminismo, a Escola Clássica exalta, no campo penal, o princípio da individualidade, com esquecimento da sociedade. Contra ela se ergueria a Escola Positiva, que se dizia socialista.

³¹ PRADO (op. cit., p.54-5).

A Escola Penal Positiva surge no século XIX, contemporaneamente ao nascimento dos estados sociológicos e biológicos. Situação que fica bastante evidenciada pelas palavras de Bitencourt³²:

A Escola Positiva surgiu no contexto de um acelerado desenvolvimento das ciências sociais (Antropologia, Psiquiatria, Psicologia, Sociologia, Estatística etc.) Esse fato determinou de forma significativa uma nova orientação nos estudos criminológicos. Ao abstrato individualismo da Escola Clássica, a Escola Positiva opôs a necessidade de defender mais enfaticamente o corpo social contra a ação do delinqüente, priorizando os interesses sociais em relação aos individuais.

Assim, de uma análise da necessidade de defender a sociedade do delinqüente, a pena tem por finalidade apenas afastar o criminoso do resto da sociedade pelo máximo tempo possível. O que não se pensava era no retorno do delinqüente ao meio social, a ressocialização não era a finalidade da pena.

A ressocialização do delinqüente fica em segundo plano. A aplicação da pena passou a ser concebida como reação natural do organismo social contra a atividade anormal de seus componentes.

O fundamento do direito de punir assume uma posição secundária, e o problema da responsabilidade perde importância, sendo indiferente liberdade de ação e de decisão no cometimento do fato punível. Admitindo o delito e o delinqüente como patologias sociais, dispensava-se a necessidade de a responsabilidade penal fundar-se em conceitos morais. A pena perde o tradicional caráter vingativo-retributivo, reduzindo-se a um provimento utilitarista, cujos fundamentos não são natureza e gravidade do crime mas a personalidade do réu, capacidade de adaptação e especialmente periculosidade.

O método aplicado nesta escola é indutivo. Por isso alguns autores a chamam de Experimentalista.

A sanção pode ser aplicada antes da prática delituosa, em certas condutas entendidas no estado perigoso tais como embriaguez ou desonestidade.

Aqui, o homem é responsável por viver, e a medida penal é dada pela periculosidade.

³² Bitencourt (op.cit., p. 52).

A pena tem a finalidade de defesa social, não havendo, assim, correspondência precisa entre pena e crime. Então, verifica-se que os fundamentos e características desta escola são: a pena tendo por fim a defesa social e não a tutela jurídica; o crime como fenômeno natural e social, provindo de causas físicas, biológicas e sociais; e a responsabilidade social como decorrência do determinismo e da periculosidade.

Esta escola tomou o crime como realidade fenomênica e fez a sanção anticriminal. Com base na preocupação com a periculosidade do indivíduo, tentando por meio da pena privativa de liberdade afastar o delinquente da sociedade, foram cometidas as maiores atrocidades no que diz respeito aos direitos humanos. A ponto de se aceitar a figura do criminoso em potencial, ou criminoso nato, como preferiu chamar Lombroso (1836-1909), criador da Escola Penal Biológica³³.

Para Lombroso, influenciado pela teoria da evolução de Darwin, os criminosos possuíam traços genéticos específicos, que poderiam ser mapeados e utilizados para a prevenção de novos crimes. O criminoso nato de Lombroso seria reconhecido por uma série de estigmas físicos: assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, tatuagens, irregularidades nos dedos e nos mamilos etc.

Lombroso chegou a acreditar que o criminoso nato era um tipo de subespécie do homem, com características físicas e mentais, crendo, inclusive, que fosse possível estabelecer as características pessoais das diferentes espécies de delinquentes: ladrões, assassinos, tarados sexuais etc. O Experimentalmente, contudo, não conseguiu comprovar.

Pela tentativa de Lombroso de atribuir traços genéticos aos delinquentes, alguns autores consideram sua teoria como um paradigma racista-biologista.

O próprio Lombroso se deu conta do absurdo que era a teoria do criminoso nato e tentou aperfeiçoá-la.

³³ DOURADO, Raul. Escola penal positivista. Shvoong.com. Disponível em < <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1977907-escola-penal-positivista/> >. Acesso em 21.08.2010.

1.8.4 Terza Scuola Italiana

Depois da Escola Penal Clássica e Positiva, surgiram outras correntes denominadas pela doutrina de ecléticas ou intermediárias.

As mais importantes características dessa corrente são: a) a responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral, sem o livre arbítrio, que é substituído pelo determinismo psicológico: a imputabilidade funda-se na dirigibilidade do ato humano e na intimidabilidade; b) o delito é contemplado no aspecto real – fenômeno natural e social; e c) a pena tem função defensiva ou preservadora da sociedade.

Diante da aplicabilidade da medida de segurança no lugar da pena, conclui o Bitencourt³⁴:

O crime, para esta escola, é concebido como um fenômeno social e individual, condicionado, porém, pelos fatores apontados por Ferri. O fim da pena é a defesa social, embora sem perder seu caráter aflitivo, e é de natureza absolutamente distinta da medida de segurança.

Em outras palavras, apesar de utilizar-se da medida de segurança e buscar a defesa social, a Terza Scuola ainda ignora qualquer hipótese de ressocialização do indivíduo. A pena serve apenas para afastar o criminoso do meio social.

A pena simplesmente retributiva dos clássicos é substituída pela pena de fim. A pena tem um fim prático: a prevenção geral ou especial; dentro destas funções entende-se a preventiva geral, aquela que recai sobre todos, e a preventiva especial, a que recai ao delinquente.

Pena é a arma de ordem jurídica na luta contra a delinquência.

Distingue-se o imputável do inimputável sem se fundar, porém, no livre-arbítrio, mas na determinação normal do indivíduo. Substitui-se a noção da imputabilidade pela de periculosidade.

³⁴ BITTENCOURT (op. cit., p. 58).

1.8.5 Escola Moderna Alemã

A Escola Moderna Alemã, considerada por alguns doutrinadores como a mais importante das escolas ecléticas ou intermediárias, surge principalmente dos estudos de um político-criminólogo alemão: Franz von Liszt. Prado³⁵ aponta aspectos importantes e marcantes desta escola:

Configura-se como uma direção política criminal, tendo uma importante função conciliatória e ordenadora. O ponto de partida é a neutralidade entre livre-arbítrio e determinismo, com a proposta de imposição de pena, com caráter intimidativo para os delinqüentes normais e de medida de segurança para os perigosos (anormais e reincidentes), sendo esta última com objetivo de assegurar a ordem social, com fim único de justiça.

Extrai-se do caráter intimidativo uma inovação ante as escolas penais precedentes que atribuíam à pena a única função de afastar o delinqüente do meio social. A pena com a função de desestimular a prática de crimes por meio da intimidação, sem dúvidas faz parte da política penal moderna, da prevenção geral.

As características da Escola Moderna Alemã são: a) distinção entre o direito penal e as demais ciências criminais – criminologia; b) o método lógico abstrato para o direito penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais; c) o delito como fenômeno humano-social e fato jurídico; d) a imputabilidade e a periculosidade; e) a pena e a medida de segurança como duplo meio de luta contra o delito; f) o caráter defensivo da pena, orientada conforme a personalidade do delinqüente: é a denominada pena finalística ou pena de fim, em que coexistem a prevenção geral e a especial (intimidação/adaptação artificial), com prevalência da última. A ideia de mal – imanente à pena – pode ser valorada pela referência direta a uma finalidade: a pena retributiva se transforma em pena determinada totalmente pela prevenção ajustada a um fim; g) a sugestão de que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser eliminadas ou substituídas; e h) o desenvolvimento da política criminal.³⁶

³⁵ PRADO (op. cit., p. 51).

³⁶ LIMA, Antonio Cesar Barros de. Os fins da pena diante das novas exigências do Direito Penal. DireitoNet. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2014/Os-fins-da-pena-diante-das-novas-exigencias-do-Direito-Criminal> >. Acesso em 19/10/2010.

1.8.6 Escola Técnico-Jurídica

Diante do método utilizado pela Escola Penal Positiva, que se utilizava das ciências naturais nos estudos jurídico-penais, a Escola Tecno-Jurídica surge como reação à confusão metodológica, derivada da preocupação com os aspectos antropológicos e sociológicos do crime em prejuízo do jurídico.

Essa nova orientação caracteriza muito mais uma corrente de renovação metodológica do que propriamente jurídica da ciência penal, cujo maior mérito foi apontar o verdadeiro objeto do Direito Penal, qual seja, o crime, como fenômeno jurídico. Sem negar a importância das pesquisas casual-explicativas sobre o crime, sustenta, apenas, que o Direito, sendo uma ciência normativa, deve ter um método de estudo tecno-jurídico ou lógico-abstrato.

Podem-se apontar como as principais características da Escola Tecno-Jurídica: a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui reação e consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança – preventiva – deve ser aplicada aos inimputáveis; d) responsabilidade moral (vontade livre); e) método tecno-jurídico; e f) recusa do emprego da filosofia no campo penal.³⁷

Os estudiosos desta corrente entendem o crime como relação de conteúdo individual e social. O crime é um ente jurídico porque é o direito que valoriza o fato e é a lei que o considera crime. Mas ao mesmo tempo não se nega um fenômeno social e natural provindo de fatores biológicos e sociais.

³⁷ idem

Capítulo II

2 A HISTÓRIA DO SISTEMA PRISIONAL

O Estado promove a execução das sanções penais por meio de seus sistemas penitenciários.

No século XIX, vários estabelecimentos penais foram criados, sistemas penitenciários idealizados, projetos arquitetônicos desenhados e, com algum descrédito, constatou-se que, em pleno século XXI, os sistemas penitenciários violavam os direitos humanos fundamentais.

Uma das primeiras instituições penitenciárias criadas foi a House of Correction, em Bridwell, no ano de 1552, em Amsterdã, na Holanda, tendo por objetivo corrigir o infrator por meio do trabalho e do ensino religioso. Essa casa de correção era administrada mediante rígida disciplina, e tal experiência logo se alastrou por toda a Inglaterra³⁸.

Na Inglaterra também surgiram as Workhouses, 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. Na época, o fator reabilitação era completamente desconsiderado.

Depois surgiram os sistemas penitenciários nos Estados Unidos, que tiveram, além de concepções de inspiração mais ou menos religiosas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdã, nos Bridwells ingleses e em outras experiências similares realizadas na Alemanha e na Suíça.

Tais estabelecimentos não foram apenas um antecedente importante dos primeiros sistemas penitenciários, mas também marcaram o nascimento da pena

³⁸ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia.

Desde a década de 1980, o sistema prisional norte-americano tem deparado com os problemas de superpopulação das prisões e dos custos crescentes do encarceramento.

Apenas nos períodos de 1976 e 1986, a população prisional cresceu 115%³⁹. Em 1986, a taxa de encarceramento dos EUA só perdia para a África do Sul e a União Soviética⁴⁰.

O impacto da superpopulação no sistema penitenciário americano e o crescimento da população carcerária abriram caminho para uma intervenção judicial no sistema penitenciário, outro ingrediente importante da crise. Segundo o Bureau de estatísticas da Justiça, em 1984, 22% das cadeias locais (operando em taxa de acomodação superior a 100%) estavam sob ordem judicial para expandir a capacidade de alojamento ou reduzir o número de detentos, e 24% foram obrigadas judicialmente a melhorar as condições de encarceramento. Em 1987, 60% dos Estados encontravam-se sob ordem judicial para reduzir a superlotação⁴¹.

A superpopulação tem sido explicada de várias maneiras. O aumento expressivo da taxa de natalidade no pós-guerra, mais precisamente entre os anos de 1947 e 1962, é frequentemente referido como um dos principais fatores da crise do sistema penitenciário norte-americano. Segundo esse ponto de vista, em meados da década de 1980 houve aumento substancial do número de indivíduos na faixa etária mais vulnerável ao encarceramento: entre 25 e 27 anos.

De outro lado, a superpopulação também tem sido atribuída à resposta por parte das autoridades encarregadas da gestão do sistema penitenciário diante da demanda crescente da opinião pública pela adoção de políticas penais mais rígidas.

³⁹ MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e criminalidade**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 48.

⁴⁰ A taxa de encarceramento de um país é medida pelo número de presos dividido por 100.000 habitantes.

⁴¹ Cf. RYAN, M.; Ward, T. **Privatization and the penal system: the American experience and the debate in Britain**, ob.cit. p.1; CHI; K.S. Prison overcrowding and privatization: models and opportunities. In **The Journal of State Government**. nº 3, 3ª ed., 1992, p. 70.

Outrossim, em período de escassez de recursos públicos, a construção de novos estabelecimentos foi financiada mediante empréstimos de longo prazo que possuíam limites de endividamento disciplinado por lei, para ultrapassá-lo era necessária autorização da população em forma de plebiscito. Em novembro de 1981, os eleitores do Estado de Nova York negaram autorização ao Estado para o lançamento de títulos destinados à construção de novos estabelecimentos. A persistência da situação levou os Estados a procurar fórmulas alternativas de financiamento para a construção de novos estabelecimentos.

Em relação ao sistema penitenciário na Europa no final do século XVI, foram instaladas em Amsterdã casas de correção destinada a delinquentes de menor periculosidade (*Rasphius* e *Spinhis*). No *Rasphius* de Amsterdã, a pena aplicada poderia ser reduzida conforme o comportamento do detento. O trabalho era obrigatório, comum e remunerado.

2.1 SISTEMA PENITENCIÁRIO PENSILVÂNICO, AUBURNIANO E PROGRESSIVO

Três são os sistemas penitenciários conhecidos, que inclusive alguns chamam de Sistemas Penitenciários Clássicos, a saber: Sistema Penitenciário Pensilvânico, Sistema Penitenciário Auburniano e Sistema Penitenciário Progressivo.

O Sistema Penitenciário Pensilvânico, também chamado Sistema Penitenciário da Filadélfia ou Belga, foi instituído em 1829 na Penitenciária East e consiste no isolamento de presos em cela individual, sem sair, a não ser esporadicamente, e por sinal, sozinho para passeio em pátio fechado.

O intuito é isolar o preso, impedindo qualquer tipo de promiscuidade em torno dele e possibilitando assim que ele possa meditar profundamente, por força do constante isolamento a que é submetido. A única leitura permitida é a leitura da **Bíblia**.

Permite ainda o sistema que o preso execute um ofício ou trabalho no interior de própria cela, onde assiste cerimônias religiosas e recebe visitas do diretor do presídio, médico, sacerdote ou pastor e funcionários do estabelecimento quando necessário.

Em síntese, é um regime rigidamente celular; e, submetido a isolamento de tal monta, é frequente que o preso acometido de distúrbios psicóticos, que podem levá-lo à loucura.

Enrico Ferri percebeu com muita clareza a inconveniência e inutilidade penológica do sistema celular. Em conferência realizada em 1885 sob o título de *Lavoro e Celii dei Condenati*, afirmou que o sistema celular era uma das aberrações do século XIX. No mesmo sentido expressou-se na obra **Sociologia Criminal**, considerando que é um sistema desumano, estúpido e inutilmente dispendioso⁴².

O sistema foi abolido em 1913 nos Estados Unidos.

Diante da extrema rigidez do Sistema Pensilvânico, pensou-se em outro para substituí-lo e conseqüentemente foi criado o Sistema Auburniano, nos Estados Unidos, mais particularmente em Nova York.

Nesse sistema se combinou o isolamento celular apenas noturno com o aprisionamento coletivo diurno. Permite, o sistema, trabalho em comum entre os presos, porém em silêncio. O Sistema Auburniano facilita o aumento da produção no trabalho, assim como propicia melhores condições para a reeducação profissional e a ressocialização do preso.

Já o sistema progressivo dá à vida prisional cunho menos rigoroso, principalmente à medida que a sentença se aproxima do término. Ele começou a ser adotado a partir de 1854 nas prisões da Irlanda. No sistema tudo fica reduzido à equação ou binômio: conduta e trabalho. A prisão é cumprida em quatro etapas: período inicial ou de prova, com prazo indeterminado, nessa fase o condenado fica enclausurado na cela; período de encarceramento noturno combinado com trabalho

⁴² FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Tradução de Paolo Capitano, 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1999, p.291.

coletivo diurno; trabalho em semiliberdade, extramuros; liberdade condicional com fiscalização.

O sistema progressivo propicia ciclos de suavização da pena, que podem culminar com maior facilidade para uma normal reinserção comunitária do preso quando posto em liberdade.

O sistema é adotado por grande parte dos países mais adiantados do mundo: Suíça, Dinamarca, Itália, Inglaterra, França, Holanda, Portugal, Espanha, Irlanda, Argentina entre outros.

O Brasil adota também o sistema penitenciário progressivo, fazendo-o, todavia, com características peculiares, em razão de a pena de detenção não comportar desdobramento em todas as fases deste modelo prisional. É a pena de reclusão a responsável pelo modelo penal-punitivo.

2.1.1 Crítica ao Sistema Progressivo

Hoje se pode dizer que o sistema progressivo se encontra em crise⁴³ e que vai sendo substituído, ao menos teoricamente, por um tratamento de *individualização científica*, embora a aplicação de princípios científicos não resolva todos os problemas que encerra o comportamento delitivo.

Uma das causas da crise do sistema progressivo deve-se à intervenção súbita, nas prisões, dos conhecimentos criminológicos, o que propiciou a entrada de especialistas muito diferentes daqueles a que o regime progressivo clássico estava acostumado. Essa mudança conduziu a uma transformação substancial dos sistemas penitenciários.

⁴³ ARUS, Francisco Bueno. Panorama comparativo, in **Problemas actuales**, nº 8, 3ª. ed., p. 323.

Embora Enrico Ferri⁴⁴ tenha admitido ser o regime progressivo vantajoso, considerando ser melhor que os outros, ele advertia ser necessário levar em consideração que o sistema irlandês havia dado bons resultados, especialmente no que se refere à diminuição de reincidências, pelo fato de que, na Irlanda, grande parte dos liberados condicionalmente emigrava para a América.

Ao regime progressivo podem-se assinalar, entre outras, as seguintes limitações:

a) a ilusão de resultados, ou seja, poucas esperanças sobre os resultados que se podem obter de um regime que começa com um controle rigoroso sobre toda a atividade do preso, especialmente no regime fechado.

b) gera a ilusão de favorecer mudanças que na verdade são progressivamente automáticas, o afrouxamento do regime não pode ser admitido como método social que permitia a aquisição de maior conhecimento da personalidade e da responsabilidade do interno.

c) não é razoável, tampouco em uma prisão, que o recluso esteja disposto a admitir voluntariamente a disciplina imposta pela instituição penitenciária.

d) o maior inconveniente é que as diversas etapas se estabelecem de forma rigidamente estereotipada.

e) o sistema progressivo parte de um conceito retributivo. Por meio da aniquilação inicial da pessoa e da personalidade humana, pretende que o recluso alcance readaptação progressiva com o gradual afrouxamento do regime, condicionando à prévia manifestação de *boa conduta*, que muitas vezes é só aparente⁴⁵

A crise do regime progressivo levou a uma profunda transformação dos sistemas carcerários. Essa transformação se realizou por meio de duas vertentes: por um lado a individualização penitenciária (individualização científica) e, por outro, a pretensão de que o regime penitenciário permita uma vida em comum mais racional e humana.

⁴⁴ FERRI (op. cit., p. 316).

⁴⁵ Idem (p. 325).

Essa maior conscientização social não tem ignorado os problemas que a prisão apresenta e o respeito que merece a dignidade dos que, antes de ser criminosos, são seres humanos.

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU), interessada nos problemas penitenciários, estabeleceu as Regras Mínimas para o tratamento dos Reclusos (Genebra, 1955). Também vale a pena citar os distintos pactos sobre Direitos Humanos, sendo os mais importantes: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Bogotá 1948); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948); a Convenção Europeia para a Garantia dos Direitos Humanos (1950); os Pactos de Direitos Cívicos e Políticos, assim como o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (Nova York, 1966); e a Convenção Americana de Direitos Humanos (São José, 1969).

Todo esse ambiente de crescente conscientização tem levado a um questionamento mais rigoroso do sentido teórico e prático da pena privativa de liberdade, contribuindo ainda mais para o debate sobre a crise.

2.2 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A prisão, símbolo do direito de punição do Estado, teve, quando da implantação no Brasil, utilização variada: foi alojamento de escravos e ex-escravos, serviu como asilo para menores e crianças de rua, foi confundida com hospício ou casa para abrigar doentes mentais e, finalmente fortaleza para encarcerar inimigos políticos.

O descaso das políticas públicas na área penal, como também a inviabilidade da edificação de modelos quanto à aplicação, marcou a história do sistema penitenciário brasileiro, as penitenciárias isoladas em ilhas e lugares inóspitos

escondiam a triste realidade dos maus-tratos, tortura, promiscuidade e vícios, uma representação nada agradável do universo carcerário.

Pelo enfoque da ressocialização do indivíduo, o sistema penitenciário brasileiro recebeu atenção preferencial dos juristas preocupados em edificar modelos perfeitos para o bom gerenciamento da sociedade.

São esses modelos, registrados em forma de leis, decretos e códigos, que possibilitam resgatar as utopias penitenciárias de cada período da história brasileira e verificar como foram estruturadas as práticas de dominação, na medida em que se estabeleceram relações de força, poder e violência, presentes no tecido social.

O Livro V das Ordenações Filipinas do Reino⁴⁶, um código de leis portuguesas que foi implantado no Brasil durante o período colonial, foi o primeiro a fazer menção sobre a prisão no país. O código decretava a colônia como presídio de degredados: A pena era aplicada aos alcoviteiros, culpados de ferimentos por arma de fogo, duelo, entrada violenta ou tentativa de entrada em casa alheia, resistência a ordens judiciais, falsificação de documentos, contrabando de pedras e metais preciosos.

No Brasil, a instalação da primeira prisão é mencionada na Carta Régia de 1769, que manda estabelecer uma Casa de Correição no Rio de Janeiro⁴⁷.

A Constituição de 1824 estipulou as prisões adaptadas ao trabalho e separação dos réus, pelo Código Criminal de 1830, que regularizou a pena de trabalho e da prisão simples, e pelo Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, de importância fundamental, que deu às Assembleias Legislativas provinciais o direito sobre a construção de casas de prisão, trabalho, correção e seus respectivos regimes.

Foi uma época marcada pela participação da opinião pública brasileira, que tomou parte nos debates sobre a implantação do regime penitenciário no país.

⁴⁶ PIMENTEL, José Carlos Dantas, Livro V das Ordenações filipinas. Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l5p1152.htm> >. Acesso em 27/11/2010.

⁴⁷ SILVA MATOS, João da. **Reforma penitenciária, passado e presente**. Lisboa: Sousa Neves, 1885.

A Constituição de 1824 estabelecia que as prisões deveriam ser seguras, limpas, arejadas, havendo a separação dos réus conforme a natureza do crime, porém, as casas de recolhimento de presos do início do século XIX mostravam condições deprimentes para o cumprimento da pena. Um exemplo desse quadro era a Prisão Eclesiástica do Aljube, localizada na cidade do Rio de Janeiro e instituída pelo bispo Antonio de Guadalupe após 1735.

José Vieira Fazenda (1921), em artigo memorável publicado na **Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro**, cita o relatório da comissão nomeada para visitar as prisões em 1828 que apontou para o aspecto maltrapilho e subnutrido dos presos. Além disso, o edifício projetado para abrigar 15 pessoas, comportava, naquela data, cerca de 390 pessoas⁴⁸.

A referida casa de reclusão, como tantas outras nos primeiros anos do século XIX, abrigava presos com diversas categorias de crimes: indivíduos processados por delitos comuns, presos por qualquer motivo ou por nenhum motivo declarado.

O cotidiano carcerário desta prisão revela, além do descaso público, lugar-comum em relação às prisões, aspectos subumanos que apontam para a precária cidadania ou subcidadania dos condenados sociais. Mesmo assim, teoricamente, buscava-se o modelo de enclausuramento perfeito.

Era uma visão utópica de sistema carcerário que tinha a função ressocializadora e intimidatória como principais metas: modificar a índole dos detidos através da recuperação dos prisioneiros; reduzir o crime, a pobreza e a insanidade social; dirigir suas finalidades para a cura e prevenção do crime; reforçar a segurança e a glória do Estado⁴⁹

Os órgãos públicos pouco se interessavam pela administração penitenciária, que ficava entregue ao bel-prazer dos carcereiros, que, por sua vez, instituíam penalidades aos indivíduos privados de liberdade. Assim, a implantação dessas casas foi mascarada por uma realidade brutal, possível de ser observada só pelas pessoas que lá conviviam diariamente.

⁴⁸ FAZENDA, José Vieira. Antiquilhas e memórias do Rio de Janeiro. **Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1921, p. 426.

⁴⁹ ROTHMAN, David. **The discovery of the asylum**. Boston: Little Brown, 1991, p. 30.

A humanização do sistema penitenciário jamais ocorreu, pois a quantidade de novos mandamentos sobre a conduta e direção das casas de aprisionamento fez com que se perdesse a finalidade da origem da prisão, transformando a instituição em mero aparelho burocrático.

Verifica-se, portanto, que o mau gerenciamento foi uma das causas que, desde a implantação dos cárceres em território brasileiro, impediu de alcançar o objetivo ressocializador do criminoso, para uma possível readaptação social.

O Código Penal (CP) de 1890 estabeleceu novas modalidades de penas: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspeição e perda do emprego público e multa. O artigo 44 do CP considerava que não haveria penas perpétuas e coletivas. As penas restritivas de liberdade individual (como eram chamadas) eram temporárias e não deveriam exceder trinta anos. Eram elas: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar.

A grande novidade da revisão penal de 1890 foi a prisão celular (prisão cumprida em celas), considerada punição moderna. O sistema penal brasileiro construiu todo o sistema repressivo sobre essa modalidade de prisão.

De acordo com o novo CP de 1890, a estrutura penitenciária ideal exigia segurança dos detentos, higiene apropriada ao recinto da prisão. Execução do regime carcerário aplicado, inspeções frequentes nas prisões, segurança por parte dos vigilantes e guardas, dentre outros.

Os críticos do sistema eram muitos. Dentre eles, destaca-se Antonio Bezerra, que em 1900 publicou um projeto de reforma do CP, cujo conteúdo era específico sobre a reforma do trabalho penal. Na opinião de Bezerra, a escolha do ofício pelo preso conferia um caráter alheio ao que a ciência penitenciária considerava como trabalho penal. A seu ver era um erro nomear a “prisão com trabalho” de “pena restritiva de liberdade”, mero formalismo⁵⁰.

⁵⁰ BEZERRA, Antonio. O projecto de reforma do Código Penal. **Revista de Jurisprudência**. Rio de Janeiro, 1900.

Além da reabilitação, o trabalho deveria ter a finalidade de ganhos salariais, dependendo da classe a que pertencesse o preso. A sugestão era de que seu salário fosse dividido em três partes: a primeira recolhida ao tesouro contribuindo para o custeio das despesas da penitenciária; a segunda utilizada em proveito do condenado durante o tempo de prisão ou de sua família; e a terceira entregue aos liberados, pela comissão do patronato. Sugestões essas que foram colocadas em prática em 1910⁵¹.

Em meio às reformas carcerárias do período, o governo autorizou em 1893 a fundação da Colônia Correccional da Fazenda Boa Vista, na Paraíba, considerado como local ideal por ser uma fazenda. Foi edificada sob uma antiga colônia militar e deveria receber indivíduos de qualquer sexo que estivessem vagando pela cidade, os criminosos sociais, vagabundos em ociosidade, ou os que andassem armados, inculcando o terror.

Outras colônias seguiram o modelo original. Foi o caso da Colônia Correccional de Dois Rios, criada em 1908, com a finalidade de manter as classes perigosas distantes do convívio social.

Com a medida tentava-se, ao máximo, *limpar* as cidades por meio da *reclusão social* tanto dos criminosos como da população carente. Essas medidas visavam a uma estratégia repressiva considerada *avançada* na legislação, pelo fato de que aliava a perseguição de criminosos à de pobres e despossuídos, potencialmente considerados perigosos.

As ideias e princípios originais confrontaram-se com a mendicância crescente principalmente na cidade do Rio de Janeiro. As *colônias* para os criminosos não passavam de simples *depósitos de indivíduos* renegados pela sociedade, principalmente de negros e mulatos, rejeitados pelo contexto econômico-social e dirigidos à reclusão em cárceres ou asilos.

O Asilo dos Alienados de São João de Deus, fundado em Salvador, na Bahia, em 1874, para loucos, foi um exemplo concreto dessa prática. O asilo registrou um contingente de maioria mestiça e negra: ao todo eram 96 *alienados* encarcerados,

⁵¹ BRASIL. Decreto nº 8.233 de 22 de dezembro de 1910. **Coleção de Leis do Brasil**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1915, p. 550.

sendo que 36 eram negros e 31 mulatos e pardos, enquanto o número de brancos representava a minoria⁵².

A função intimidatória da pena reinava, pois a prisão deveria ser sinônimo de terror, já que se acreditava que, para corrigir o indivíduo, a prisão deveria causar temor para que a sociedade se sentisse amedrontada diante do policial ou judicial: a alma era o alvo preferencial da punição.

No início do século XX, a legitimidade social da prisão ganhou variações para melhor controle da população carcerária. Surgiram tipos modernos de prisão adequados à qualificação do preso segundo categorias criminais: contraventores, menores, processados, loucos e mulheres.

Os *manicômios criminais* foram idealizados para aqueles que sofriam alienação mental e requeriam um regime ou tratamento clínico, enquanto os cárceres de mulheres seriam organizados de acordo com as indicações especiais determinadas pelo sexo.

Percebe-se, nessa forma de distribuição, a tentativa de racionalização do espaço, adequando-o à tipologia do crime tendo por critério grau de infração e periculosidade do réu.

A separação do réu, levando-se em conta o sexo e a idade, também deve ser observada pelo lado técnico. Ao isolar em lugar específico categorias específicas de presos, forma-se um saber mais aprimorado sobre os indivíduos e o controle sobre seu corpo se torna mais direto e elaborado, considerado também uma forma mais adequada de proteger a sociedade.

Surgiram ainda alguns benefícios a que os presos teriam direito por *bom comportamento*, como o *sursis* e *prisão condicional*.

No entanto, o princípio do isolamento dos detidos por categorias criminais entrou em choque com o cotidiano da realidade carcerária, o que impossibilitava, em parte, a aplicação dessas modalidades. Por exemplo, na Colônia Correccional de Dois Rios, as mulheres condenadas eram atendidas por um homem; dormiam em

⁵² CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. Negros, loucos negros. **Revista USP**, nº 18, 1993, p. 149.

edifício separado, mas, quando se ocupavam em lavar a roupa, tinham de atravessar os lugares destinados aos presos de sexo masculino, com grande prejuízo para a *ordem e moralidade* do presídio⁵³.

Medidas paliativas também eram tomadas pela direção dos presídios, que viam na punição e no castigo aos presos formas de suprir as deficiências operacionais dos presídios, que, na prática, não ofereciam condições adequadas para a recuperação do delinquente. Na tentativa de *administrar* a degeneração de alguns e a sublevação de outros, João Pires Farinha, diretor da Casa de Correção do Distrito Federal (RJ), mandou construir em 1907 três celas fortes para nelas ser recolhidos os sentenciados classificados por ele de *incorrigíveis*. Em sua opinião, estes deveriam ser isolados, visto que alguns eram verdadeiros degenerados, que absolutamente não se corrigem com os castigos impostos pelo regulamento, achando-se ainda em construção mais oito⁵⁴.

Com base nessas ideias, a solução para a condição de detenção das mulheres concentrou-se na proposta de se construir uma prisão nacional localizada no Rio de Janeiro. Ali seriam recolhidas as mulheres criminosas de todos o país, condenadas a penas maiores de quatro anos mediante a subvenção de cada Estado de origem. Com base nos relatórios penitenciários, sabe-se que a porcentagem de mulheres no cárcere era muito pequena, em torno de 3% se comparadas aos homens. As causas mais comuns apontadas para a condenação feminina eram: desordem, vadiagem, furto, ferimentos e infanticídio⁵⁵.

A criminalidade não era considerada problema insolúvel. Poderia ser resolvido por meio da prevenção. Nesse sentido, foi decretada em 1924, durante o governo Arthur Bernardes, a criação da Escola de Reforma do Direito Penal, destinada a recolher os menores desprovidos de qualquer orientação de vida: menores reincidentes considerados *rebeldes pelos próprios pais*.

⁵³ BRASIL. Cidade Penitenciária do Distrito Federal. Ministério da Justiça e Negócios Interiores (MJNI). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

⁵⁴ BRASIL. Relatório da Casa de Correção do Distrito Federal referente ao ano de 1907. Ministério da Justiça e Negócios Interiores (MJNI). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908, p.2.

⁵⁵ LEMOS BRITO, J. G. Reforma penitenciária no Brasil. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, s.e., 1933, p. 48.

Os modelos penitenciários da década de 1920 e 1930 buscaram nas colônias agrícolas ou em prisões distantes dos centros urbanos os locais, por excelência, para ocultamento da marginalidade à solta nas cidades.

Em meio a esses modelos utópicos penitenciários, a legislação também ditou regras impraticáveis. Uma delas foi o Regimento das Correições, corpo de leis que pretendia organizar a rotina dos presos e estabeleceu novas regras: o corregedor daria audiência aos detentos internos que tivessem queixas e reclamações a fazer; poderia ser solta toda pessoa detida ilegalmente mediante *habeas-corpus*; e ainda seria proibido qualquer tratamento ilegal a que alguém estivesse sujeito.

Tendo em vista uma organização mais aprimorada do sistema penitenciário, foi aprovado em 1935 o Código Penitenciário da República, que, em inúmeros artigos, legislava em direção ao ordenamento de todas as circunstâncias que envolviam a vida do indivíduo condenado pela justiça.

As penas detentivas propostas a partir de 1935 seguiam o mesmo pressuposto do Código Penal de 1890: a regeneração do condenado. A preocupação com a situação carcerária interferiu na criação de *sanatórios penais*, para os quais seriam enviados os presos com sintomas de tuberculose pulmonar. Contaria também com uma seção especial para *delinquentes leprosos*, anexada às colônias de leprosos ou em circunscrições penitenciárias; assim como um *sanatório de toxicômanos*, para o aprisionamento de alcoólatras e viciados em geral.

A organização disciplinar mostrava-se extremamente rígida, sendo que o chefe da seção disciplinar deveria aplicar as punições pelo Código Penitenciário da República de 1935, censurar as correspondências e observar a devida vigilância aos presos. O rol de penalidades internas apresentava diversidade bem maior que o dos vários regimentos internos dos presídios e do Código de 1890.⁵⁶

O Código Penitenciário da República continha sanções extremamente cruéis ao preso, como, por exemplo, a privação de aulas e a perda do direito de encaminhamento de petições à justiça. Procurava-se por quaisquer meios a extrema disciplina e obediência do detento com o intuito de puni-lo e não de regenerá-lo.

⁵⁶ SOUZA, Fátima. A história do sistema prisional no Brasil. HowStuffWorks. Disponível em: <http://pessoas.hsw.uol.com.br/prisoas2.htm>. Acesso em 23.11.2010.

Foi acionado como modelo ideal de prisão o chamado Sistema de Defesa da Sociedade, composto dos seguintes tipos de prisão:

1. *Colônias de relegação*: espécie de instituições para a repressão. Deveriam ser localizadas em ilha ou local distante onde seriam alojados os detentos de péssimos procedimentos provenientes dos reformatórios ou penitenciárias.

2. *Casas de detenção*: nestas seriam alojados os processados que aguardavam sentenças e os condenados que esperavam transferência ou vaga em algum presídio.

3. *Escolas de educação correcional*: destinadas a jovens delinquentes de mais de 18 anos e menores de 21 anos e que deveriam proporcionar aos reclusos algum tipo de trabalho.

4. *Reformatórios para homens e mulheres delinquentes*: destinados aos reclusos condenados a mais de cinco anos de prisão.

5. *Casas de correção*: destinadas a delinquentes reincidentes e aos considerados difíceis ou irreformáveis, cujo convívio poderia ser prejudicial aos demais reclusos.

6. *Colônias para delinquentes perigosos*: destinados aos reincidentes que fossem trabalhar na agricultura.

7. *Sanatórios penais*: para tuberculosos, leprosos e toxicômanos/alcoólatras.

Porém, em 1937 – dois anos após a aprovação do novo código –, as colônias agrícolas tiveram, por parte do governo, novo tratamento: ali seriam internados apenas os julgados e condenados pelo Tribunal de Segurança Nacional. Segundo a Comissão de Constituição e Justiça, a criação de colônias agrícolas era: “uma necessidade de maior alcance para o problema de regeneração social de criminosos, como também um meio adequado de separar da sociedade elementos que se revelem nocivos á ordem política e social”⁵⁷.

⁵⁷ MENDONÇA, Deodoro. Parecer do Deputado Deodoro Mendonça sobre a mensagem presidencial solicitando a criação de tribunal especial para julgamento de crimes políticos e de colônias penas agrícolas. Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça 1935-1937. Rio de Janeiro, 1937, p.16.

O Estado capitalista via no trabalho do preso uma saída com relação aos custos da prisão e como uma pretensa produtividade do recluso: o detento deveria produzir alguma coisa.

2.2.1 A Cidade Prisional

A busca de soluções trouxe à luz outros tantos projetos irrealizáveis, como, por exemplo, o da Cidade Penitenciária do Rio de Janeiro, que, idealizada em 1937, propunha formas contemporâneas de regeneração ao preso segundo o modelo de uma *prisão moderna*. Pretendia-se dar ao prisioneiro condições de uma vida mais saudável no interior do cárcere, ou seja: assistência médica, dentista, esporte, educação, trabalho e distração.

O projeto de Cidade Prisional, segundo o arquiteto Adelardo Caiuby, visava à total segurança contra possíveis fugas ou rebeliões internas, além de prever a detenção de um maior número de presos para futura regeneração⁵⁸.

Com relação aos menores, previa-se, também, a construção de uma Cidade de Menores no Distrito Federal. A ideia começou a ser pensada em 1936, com a inauguração do Laboratório de Biotipologia Infantil do Juizado de Menores, que atenderia 600 crianças. A capacidade de instalação proposta era para 1.000 menores distribuídos em 28 lares internos. O projeto previa escolas e oficinas com base na regeneração; estádio para cultura física, construído no centro da cidade; hospital, biblioteca, capela e lavanderia; cinema para menores e cassino para os funcionários; horta, pomar, estábulos para vacas leiteiras; oficinas de encadernação, tipografia, impressão e máquinas.

Ante o imenso projeto da construção da Cidade Penitenciária do Rio de Janeiro, a ideia da penitenciária modelo foi colocada em questão, porque o ambiente

⁵⁸ BRASIL. Cidade Penitenciária do Distrito Federal. Ministério da Justiça e Negócios Interiores (MJNI): Imprensa Nacional, 1937.

e a conduta que o preso deveria seguir em estabelecimento desse tipo não condizia com a situação de sua vida extramuros.

O ideal reformador defrontou-se com as reais condições das prisões. No interior do país o problema chegou a ser desesperador. Problema que se arrastou ainda por muito tempo e que nem o Código Penal de 1940 conseguiu corrigir na prática.

2.2.2 Selo Penitenciário

A situação constrangedora, que ia desde a depravação, falta de higiene, conforto e ordem nos infectos e superlotados presídios onde se confundiam e se misturavam menores de todas as idades e criminosos de todos os graus, era uma realidade.

Com o objetivo de minimizar a somatória de problemas do cárcere, foi proposta a circulação de um *selo penitenciário*, aprovado pelo presidente da República em julho de 1934.

A criação do selo visava à solução dessa agravante situação das prisões em todo o país, especialmente, na capital da República, cuja situação era alarmante. Candido Mendes de Almeida, presidente do Conselho Penitenciário, ligado ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores (MJNI), defendia a necessidade de tal investimento ao criticar a execução da pena criminal, que, ao ser ver, era quase: “ilusória por causa da insuficiência e da inaptidão dos estabelecimentos penais”⁵⁹.

Segundo Almeida, a arrecadação do o selo penitenciário seria destinada à celebração das reformas penais no Brasil. Para tanto, a verba ficaria à disposição do ministro da Justiça, que deveria aplicá-la na construção, reformas e manutenção dos estabelecimentos penitenciários, colônias de egressos e penitenciários; cadastro

⁵⁹ ALMEIDA, Candido Mendes de. Criação de um fundo penitenciário destinado à realização de reformas penaes. Ministério da Justiça e Negócios Interiores (MJNI), parecer de 19.07.1934. p. 55.

judiciário; auxílio aos patronatos e asilos destinados a filhos de condenados; Administração Geral Penitenciária; realização de outras providências convenientes à prevenção e à repressão criminal.

Além disso, a verba destinar-se-ia, também, a financiar a representação do Brasil em congressos internacionais penitenciários, assim como para preparar juristas para o exercício perfeito da vocação.

O selo seria impresso pela Casa da Moeda e vendido pelo Tesouro Federal na capital e nos Estados. Estavam obrigados a utilizar o selo todos aqueles que realizassem as seguintes operações: 1) pagamento de multas relativas a infrações penais de qualquer natureza; 2) para todas as sentenças condenatórias nos processos penais; 3) dez por cento sobre o movimento diário de todos os estabelecimentos onde haja apostas de dinheiro ou de jogo; 4) dois por cento sobre a receita global de futebol e boxe, ou qualquer competição atlética ou esportiva; 5) renda produzida pelas certidões do cadastro penitenciário, entre outros.

Em decorrência da dificuldade de arrecadação do novo imposto, Almeida, em despacho ao então ministro da Justiça Vicente Ráo, solicitou que fosse facilitada a cobrança e se recomendasse que as autoridades policiais exigissem dos cassinos, clubes, empresas, jôqueis e outros a exibição diária da quitação do pagamento desse selo. Assim sendo, nova forma de controle social foi acionada.

Entretanto, a questão social ultrapassava o espaço das prisões. Outros segmentos da sociedade clamavam por ajuda, como, por exemplo, o menor abandonado e o delinquente. Outra finalidade para a arrecadação do selo foi dada por Almeida: empregar o dinheiro na construção de instituições para crianças abandonadas.⁶⁰

A justificativa para tal investimento na infância foi o temor de que, no futuro, esses menores abandonados fossem os candidatos em potencial para as prisões. Cuidando-se assim da criança desamparada, estar-se-ia cortando o mal pela raiz.

⁶⁰PEDROSO, Regina Célia. Utopias penitenciárias. JusNavigandi. Disponível em < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5300/utopias-penitenciarias/2> >. Acesso em 19.12.2010.

A superpopulação carcerária influenciou a proposta de Floriano Rei, diretor da Casa de Detenção do Rio de Janeiro, que seria a de remover os presos para o manicômio judiciário, sob a alegação de estes serem criminosos psicopatas: “A permanência desses presidiários, bem como a de alguns outros contumazes em rebeldia e faltas disciplinares, constitui grave perigo à segurança da prisão. A sua remoção para o manicômio judiciário seria a primeira solução”⁶¹. Outra solução foi dada pelo mesmo diretor à prisão de sete detentos, condenados por assalto a mão armada. Foram colocados em cubículos contendo cal, após uma greve de fome deflagrada pelos presos.

Outra estratégia, agora largamente utilizada para o aprisionamento, foi a utilização de embarcações para alojamento dos presos, como foi o caso do *D. Pedro I*, que ficava ancorado defronte às docas, no Rio de Janeiro. Este navio foi símbolo da violência do governo Getúlio Vargas, cuja finalidade era aprisionar os revoltosos e opositores durante a década de 1930.

2.2.3 Geopolítica das Prisões

A utilização de navios, colônias correcionais, prisões comuns ou ilhas para o confinamento carcerário fez parte das estratégias em torno de uma geopolítica das prisões, implantada a partir da criação das colônias correcionais. O intuito era afastar o criminoso dos grandes centros urbanos, objetivando o saneamento da sociedade: mais uma forma de profilaxia social. A prática da tortura no universo carcerário corroborou, ainda mais, para ampliar a dimensão política da prisão. A geopolítica do confinamento desvenda as artimanhas da eliminação do inimigo nocivo ao Estado brasileiro.

⁶¹ CANCELLI, Elizabeth. Repressão e controle prisional no Brasil: prisões comparadas. **História: Questões & Debates**, Curitiba, n. 42, p. 141-156, 2005. Editora UFPR. Disponível em < http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:HuPhvD8LEAIJ:ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/historia/article/download/4648/3804+floriano+reis+direitor+da+casa+de+deten%C3%A7%C3%A3o+do+rio+de+janeiro&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEESiouoIE0ICxENDQN8GPPm7tI3Bs6OF0vHTVM4LQW41Tj5z07LabWoW6V1CqDcWWYczGbM28RrY4nmA0OGDRdTD4W2Fik-1wjB31kYs0wHPCw9RAWPhJW_D-1NjeMpr0djUVJrqv&sig=AHIEtbQSkxed0mzcqscYV5RKBhkhFsy6g >. Acesso em 21/08/2010.

A construção do mundo da reclusão durante o século XIX e XX significou não só a limpeza das ruas contra o inimigo aparente – o vagabundo –, mas uma artimanha para encarcerar todos os inimigos, quer fossem de vertente ideológica, como comunistas, quer sociais, representados pelos bandidos comuns. Punir e castigar essa gama de desclassificados significou a atribuição do poder de vida e morte ao Estado, que se utilizou desses atos para promover uma *nova ordem social*, concretizada durante os governos da década de 1920 e 1930.

A prisão moderna surge na América do Norte como instituição que priva da liberdade o homem que dela tenha abusado, para prevenir novos crimes e desviar dele os demais homens, pelo terror e pelo exemplo, mas completa essa ideia com o conceito de que se trata, também, de uma casa de correção que se deve propor a reformar os costumes das pessoas, nela reclusas, a fim de que a volta à liberdade não constitua desgraça para a sociedade e para o libertado.

A reforma penitenciária americana inicia a prisão moderna com o *solitary confinement* em que o preso é isolado em sua cela, recebe um tratamento digno e humano e, ali, separado dos demais, entregue à solidão, às reflexões e aos pesares, espera, impaciente, o fim da sua reclusão⁶².

Atualmente, o sistema penal punitivo tem por justificativa a teoria da coação psicológica, bem como o tratamento ressocializador. Pela primeira, o medo da pena (castigo) inibe a opção pela conduta criminosa; a segunda entende que a pena tem por objetivo propiciar condições para a harmônica integração social do condenado. Entretanto, é visível a crise que este sistema tem enfrentado nos últimos tempos. Nos cárceres brasileiros, a ressocialização do condenado tornou-se um mito, uma utopia, uma ilusão enganosa e financeiramente irrealizável.

Na superfície da crise, na parte mais visível se percebe o alto custo social da prisão, a superlotação e a precariedade dos estabelecimentos penais, a situação de desumanidade, as constantes rebeliões, além da elevada taxa de reincidência. Enfim, os presídios do país se tornaram universidades às avessas, onde se diploma o profissional do crime.

⁶² SARUBY, Ary; REZENDE, Afonso Celso F. **Sistema Prisional na Europa**. Modelo para o Brasil?, Campinas: Peritas, 1997. p. 47.

2.3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO NA ATUALIDADE

Havia, em dezembro de 2009, 473.626 pessoas encarceradas no Brasil⁶³, número que ora deve chegar a meio milhão de pessoas em mais de 350 estabelecimentos prisionais⁶⁴, sem falar nos milhares de delegacias de polícias. Levando-se em consideração que há aproximadamente 107.000 vagas nos presídios, o déficit supera 80.000 lugares. Só em São Paulo, são pelo menos 80.000 presos para quase 40.000 vagas⁶⁵.

A ONU recomenda como Regras Mínimas a não construção de presídios com mais de 500 vagas. Para ter uma ideia de como o Brasil trata os presos, a Casa de Detenção do Carandiru em 1997 (desativada em 2002) mantinha 6.508 detentos.

As cadeias e penitenciárias brasileiras são reais depósitos humanos, em que mulheres e homens são amontoados sem um pinga de dignidade que merecem como seres humanos. O excesso de lotação das penitenciárias, presídios e até as cadeias dos distritos policiais contribuem para piorar a situação do sistema carcerário.

Um exemplo: a Secretaria de Estado da Segurança Pública foi multada em fevereiro de 2010 em 10.000 reais por dia por não ter cumprido ordem judicial para “esvaziar a Cadeia Pública de Cesário Lange, na região de Sorocaba (a 145 quilômetros de São Paulo). O prédio tem capacidade para abrigar doze detentos, mas estava, na segunda-feira, com 85⁶⁶.

⁶³ INFOPEN. Sistema de Informações Penitenciárias. Ministério da Justiça. Disponível em < www.conjur.com.br/2010-mar-30/brasil-473-mil-presos-cada-tres-provisorio >. Acesso em 10 nov 2010.

⁶⁴ VELOSO, Roberto Carvalho. A crise do sistema penitenciário. JusNavigandi. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4088/a-crise-do-sistema-penitenciario> >. Acesso em 19.11.2010.

⁶⁵ Informações da Secretaria de Administração de São Paulo, publicadas no jornal O Estado de S. Paulo, edição de 20 de agosto de 1999, caderno 3, p. 4. A população carcerária, no Estado, está assim dividida: 49.000 presos no sistema penitenciário e 31.700 no sistema da Segurança Pública — distritos policiais e cadeias públicas.

⁶⁶ R7. Justiça multa Secretaria de Segurança Pública de SP por excesso de presos em cadeia. Agência Estado. 09.02.2010. Disponível em < <http://noticias.r7.com/sao-paulo/noticias/justica-multa-secretaria-de-seguranca-publica-por-excesso-de-presos-em-cadeia-20100209.html> >. Acesso em 16.08.2010.

A superlotação causa o aparecimento de doenças graves e outras mazelas entre os detentos. Como lembra Eduardo Galeano⁶⁷, a prisão “se compara ao inferno de Dante, parece coisa de Disney”.

Na medida em que, sabidamente, o cárcere não reabilita nem reintegra o condenado à sociedade, é preciso evitar, pelo menos, para o pequeno e médio infrator, a prisão, impondo-lhes penas alternativas, também previstas na Constituição da República.

Isso significa deixar o encarceramento apenas para aquela pequena parcela de pessoas que, de fato, necessitam ser segregadas.

É imprescindível que seja levada a cabo uma política criminal coerente com os propósitos manifestados pela Lei Maior em vigor, de maneira a evitar a imposição desnecessária da pena privativa de liberdade e a respeitar, de modo incondicional, a dignidade do ser humano.

Vale lembrar, a propósito, que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, há pouco, estabeleceu, dentre as diretrizes básicas de política criminal⁶⁸:

defender o instituto das penas alternativas, como forma de evitar a privação da liberdade, a qual deve ser imposta excepcionalmente, como *ultima ratio* [e] apoiar a descriminalização e a despenalização de certas condutas, por imperativo da evolução social, à luz da moderna concepção da intervenção mínima do Direito Penal⁶⁹.

É preciso, pois, que o manifestado propósito de intervenção mínima seja implantado, evitando-se o encarceramento inútil, o que, com certeza, colaborará para que a prisão seja local bem diferente do que é hoje, isto é, mero depósito de pessoas.

⁶⁷ GALEANO, Eduardo. **Patatas arriba**: la escuela del mundo al revés. Buenos Aires: Catálogos, 1998, p. 94.

⁶⁸ “A política criminal é ciência e técnica destinadas a promover a interpretação crítica do sistema e formular as propostas de correção.” In DOTTI, René Ariel Dotti. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1998, p. 189

⁶⁹ Arts. 4º e 5º da Resolução nº 5, de 19 de julho de 1999, que “dispõe sobre as diretrizes básicas de política criminal e dá outras providências”.

Capítulo III

3 A PENA DE PRISÃO E A VIOLAÇÃO AOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS

A pena de prisão – que resiste ao tempo, aos governos, aos simpósios e às críticas de todos em todos os tempos, como um desafio à própria inteligência humana, na busca de alternativas que propiciem sua abolição como método ressocializador e de defesa social contra o crime e, especialmente, seu cumprimento – continua sendo um dos maiores problemas enfrentados atualmente pelo Estado brasileiro, que não respeita os princípios contidos na Constituição Federal, quais sejam: o princípio da cidadania, o princípio da igualdade e, precipuamente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Se o atual processo civilizatório ainda não permite a completa abolição da instituição carcerária, igualmente é verdadeiro dizer que se deve ter respeito incondicional à dignidade dos presos, para não ser ao menos infiéis ao ideal de um dos documentos mais significativos da humanidade, no caso a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que o país subscreveu perante a Assembleia das Nações Unidas em 10.12.1948 e dentre cujas diretrizes está inserido o homem preso, bem como a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), que pela expressa vontade geral do povo brasileiro tem por objetivo principal a harmônica integração social do condenado e do internado.

Os direitos humanos de qualquer cidadão, inclusive das pessoas privadas do direito à liberdade, precedem as leis escritas e pairam acima das próprias razões do Estado, porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, que constitui fundamento não só da República do Brasil, como da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Na verdade, como esclarece Dotti⁷⁰, as sucessivas crises penitenciárias não resultam apenas da ausência de leis, mas também da desobediência do poder público e seus agentes em torná-las efetivas, tanto, que como lembro o referido autor, a primeira Constituição, jurada em 25 de março de 1824, promulgada pelo Imperador Dom Pedro I, já declarava no artigo 179, inciso XXI, que as “cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes”.

Nos dias atuais, em que pese a existência de abrangente legislação, é notório que as prisões, cadeias e penitenciárias brasileiras têm servido apenas como depósito de gente, dotadas de infraestrutura quase exclusivamente de concreto e ferro, onde os presos são colocados e têm de sobreviver a torturas psicológicas terríveis, decorrentes sobretudo do desrespeito a direitos humanos elementares.

Afastada a convicção de que a prisão, embora justificada pela necessidade, seria um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o agente, há uma crise no sistema prisional brasileiro.

Crise oriunda do desrespeito aos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal, que abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão se refere à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Nesse sentido, é imprescindível analisar a extensão do conceito de dignidade da pessoa humana e a possível relativização, a própria finalidade da pena, a proteção constitucional como forma de contribuir para a solução da problemática da aplicação das penas privativas de liberdade no país, posto que a compreensão dos conceitos constitucionais penais que regem a execução penal facilita o entendimento do direito e da garantia do preso.

⁷⁰ DOTTI, René Ariel. **Execução penal**: o direito à remição da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 611, 1998.

3.1 MANDADO CONSTITUCIONAL DE RESPEITO À CIDADANIA

A cidadania é exercida de acordo com os princípios democráticos que regem uma sociedade, e, para garantir-lhe o exercício pleno, o Estado necessita de leis para efetivar a execução dos direitos previstos por ela.

Com base no princípio que a concepção de cidadania abarca os direitos como prerrogativa de vida e de dignidade para a existência humana e que a ausência ou a fraca efetivação de um dos direitos elementares constitutivos da concepção de cidadania moderna (direitos civis, políticos e sociais) não elimina a condição de cidadão do sujeito social, portanto, defende-se que os apenados que cumprem pena privativa de liberdade devem ter respeitada a cidadania, embora tenham os direitos políticos suspensos e, bem assim, tenham perdido parcialmente a liberdade, estando sob custódia do Estado, todavia, vale ressaltar que seus direitos civis e sociais são mantidos na integralidade (de propriedade, de registro de nascimento e de casamento entre outros) consoante o previsto na Lei de Execução Penal (LEP), Lei n. 7.210 de 11.07.1984, que passou a ter vigência a partir de 13 de janeiro de 1985, juntamente com a nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro.

A execução penal brasileira trata a terapia do apenado apenas em proposições teóricas, pois sua implantação depende de recursos humanos, edificações e instalações prediais adequados para a execução, porém as práticas nos Estados brasileiros sempre foram de encarcerar e vigiar, esquecendo-se de tratar o preso com o respeito e a dignidade que merece todo cidadão.

A sociedade civil, desde a década de 1920, por meio dos juristas, médicos e sanitaristas, e alguns segmentos do Estado brasileiro demonstram preocupação com a situação da população e, de modo especial, com as condições degradantes existentes no sistema prisional.

Infelizmente, até os dias atuais depara-se com um sistema penitenciário falido, no qual o preso é tratado com profundo desrespeito em relação aos princípios e garantias contidos na Constituição Federal.

A contradição presente na LEP é que o direito ao atendimento das necessidades dos apenados passa a ser concessão, benemerência e favorecimento e não adquire status de cidadania, pois sua operacionalização depende das estruturas físicas e humanas no ambiente penitenciário, bem como dos critérios internos das unidades prisionais para fins de classificação e concessão dos benefícios previstos na LEP.

Outrossim, a LEP, ao focalizar as ações no delito, se esquece que o apenado é um sujeito sócio-histórico e necessita de ações de políticas sociais. Entretanto, as ações desenvolvidas no interior do sistema penitenciário primam pela segurança e pelo confinamento, sendo um indicador da ocorrência da falência da condição de recuperação de conduta desviante, pois o foco continua a ser o delito e não a pessoa que o cometeu.

O sistema penitenciário no Brasil é o retrato fiel de uma sociedade desigual, marcada pela ausência de políticas sociais para o enfrentamento das situações específicas da questão social, bem como pela falta de seriedade política na constituição da cidadania para milhares de homens e mulheres presos.

A legislação em si é *letra morta*, sem o desenvolvimento de políticas sociais distributivas e universalizantes, principalmente para os extratos de baixa renda, que na maioria passam a compor uma parcela da população penitenciária brasileira.

Vislumbra-se também, nesse cenário, grande omissão da LEP em relação às minorias, como é o caso do cumprimento de pena por pessoas com deficiência física, pois simplesmente esta minoria não vê os direitos de cidadão garantidos nem sequer mencionados na Lei de Execuções Penais.

Não existe na legislação lei que regulamente o cumprimento de pena por estas pessoas, que merecem atenção especial, ferindo assim o princípio da cidadania, porque, antes de ser um apenado, este sujeito é um cidadão, e como cidadão deveria ter os direitos e garantias fundamentais respeitados.

Outro exemplo importante é o cumprimento de pena em celas especiais por pessoas com curso superior, excluindo os iletrados desse direito porque a vida não

lhes oportunizou diplomar-se por uma faculdade em nível superior, ferindo assim o princípio da cidadania.

Portanto, pode-se concluir que a LEP fere o princípio da cidadania porque não trata todas as pessoas com o devido respeito e igualdade que deveria tratar os cidadãos, inclusive desrespeitando também o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2 MANDADO CONSTITUCIONAL DE RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É sabido que a sanção por parte do Estado não pode configurar vingança social, mas sim ter como finalidade a retribuição e prevenção do crime, buscando, além disso, a ressocialização do sentenciado.

A ONU, preocupada com a realidade hodierna, editou Regras Mínimas para o tratamento de reclusos por meio da publicação do Centro de Direitos do Homem das Nações Unidas – GE. 94-15440. E subdividiu o instrumento normativo em duas partes: a primeira trata das matérias relativas à administração geral dos estabelecimentos penitenciários aplicáveis a todas as categorias de reclusos, de foro criminal ou civil, em regime de prisão preventiva os condenados, incluindo os que estejam detidos por aplicação de medidas de segurança ou que sejam objeto de medidas de reeducação ordenadas pelo juiz competente. A segunda parte contém regras especificamente aplicáveis às categorias de reclusos de cada seção⁷¹.

Além das regras da ONU, importante salientar que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) prevê, no artigo 10, que toda pessoa privada de liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. Por fim, o citado instrumento normativo internacional consagra que

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo, Saraiva, 2010.

o regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros.

Pode-se trazer à baila, ainda, o previsto no Pacto de São José da Costa Rica (1969), que igualmente prevê regras protetivas aos direitos dos reclusos. O referido pacto define a finalidade essencial das penas privativas de liberdade como *reforma e readaptação social dos condenados*.

Sendo assim, conclui-se, abalizado na doutrina de Antônio Scarance Fernandes, que o princípio da humanidade da pena determina que toda pessoa condenada será tratada humanamente e com respeito à dignidade a todos inerente⁷².

O homem nunca deverá ser tratado como meio, mas somente como fim, como pessoa, o que quer significar que, independentemente da argumentação utilitarista que se siga, o valor da pessoa humana impõe uma licitação à qualidade e quantidade de pena e à necessidade de estudar profundamente no que consiste a garantia e respeito à dignidade.

Muito embora seja árdua a tarefa de conceituar dignidade da pessoa humana, vislumbra-se que o conceito é vago e impreciso, vez que a dignidade não cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de modo que, passou a ser definida como valor próprio que identifica o ser humano como tal.

Nesse sentido, a busca de uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva, impõe-se justamente em face da necessidade de certo grau de segurança e estabilidade jurídica.

Trata-se de uma qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, dessa forma não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade.

³³ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Neste ponto, abra-se um parêntese para constatar a situação do preso no sistema penitenciário brasileiro e verificar que não há sentido em propugnar pelo reconhecimento da dignidade, vez que esta lhe é inerente.

Observa-se tal informação nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet⁷³:

a dignidade independe das circunstâncias concretas já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.

Vale ressaltar o aspecto de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, ou seja, possui uma condição dúplice que aponta para uma paralela e conectiva dimensão defensiva (proteção) e prestacional (assistência) da dignidade.

Como tarefa e prestação imposta ao Estado, é imprescindível que este lhe guie as ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente, criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, o que não dissocia a dignidade de ordem comunitária, vez que é impossível ao indivíduo realizar ele próprio, total ou parcialmente, as necessidades existenciais básicas.

Em outras palavras, a pessoa como sujeito de direitos e obrigações possui o direito fundamental de reconhecimento, segurança e promoção da condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade. As transformações sociais que devem ser executadas pelo estado social e democrático de direito não podem buscar adaptar o indivíduo à sociedade, porém, em sentido contrário, buscam adaptar o espaço social para acolher o indivíduo⁷⁴.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1988, p. 43.

⁷⁴ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. A crise da legalidade na execução penal. In: **Crítica à execução penal**: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Lúmen Júris, 2002, p. 50.

O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana, pela ordem jurídica, devem zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade.

Verifica-se, assim, a particular situação dos presos que, por ser encarcerados, não são tratados de forma benéfica, mas devem ser tratados com dignidade, na condição de seres humanos, não podendo ser torturados, nem humilhados.

Percebe-se que, onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade, a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para falar em dignidade da pessoa humana.

3.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – NORMA FUNDAMENTAL NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Somente após o término da Segunda Guerra Mundial é que a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948.

Todavia, no Brasil, apenas a Constituição Cidadã de 1988 reconheceu, no âmbito do Direito Constitucional positivo, a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito (artigo 1º, inciso II, da CF).

Ou seja, foi conferida à dignidade humana a qualificação de norma jurídica fundamental da ordem jurídico-constitucional brasileira, e, dessa forma, constata-se que o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais (dimensão jurídica).

Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana foi guindada à condição de valor jurídico fundamental da comunidade, ou seja, um valor que justifica a

própria existência do ordenamento jurídico. Pode-se dizer que se trata de um princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

Nesse sentido, vislumbra-se, pela disposição constitucional pátria, que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, uma vez que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal.

3.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não obstante a dignidade preexista ao direito, para que possa ser reconhecida como legítima necessário se faz seu reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica; assim, pela ordem constitucional positiva brasileira pode-se afirmar que todos os direitos e garantias fundamentais encontram fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, verifica-se que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Desse modo, ao reconhecer na pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, estará sendo reconhecida a própria dignidade.

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, tem a função instrumental integradora e hermenêutica, à medida que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.

A relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, a violação de um direito fundamental está vinculada com à ofensa à dignidade da pessoa.

Dessa forma, conclui-se que a dignidade da pessoa humana atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais.

Ocorre que somente no caso concreto é possível avaliar a norma fundamental (na perspectiva objetiva e subjetiva) e, bem assim, a natureza e a gravidade da ofensa, para que se possa fornecer uma solução constitucionalmente adequada.

Todavia, ninguém pode negar que no sistema penitenciário, lamentavelmente, cada vez mais a dignidade da pessoa humana é desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida e, portanto, relativizada, seja pelo incremento assustador dos maus-tratos e falta de adequação, seja pela carência social, econômica e cultural e o grave comprometimento das condições existenciais mínimas para o cumprimento da pena com dignidade.

3.5 A PRISÃO E OS DIREITOS HUMANOS

A finalidade apenas retributiva da pena esteve presente durante longo tempo na história da humanidade. Michel Foucault (2000) na obra **Vigiar e punir**, na narrativa do suplício de Damien, feita logo no início, bem demonstra o poder exercido sobre o corpo do acusado e do condenado.

Embora tenha surgido a finalidade ressocializadora da pena, a verdade é que pragmaticamente o indivíduo preso tem os direitos mínimo violados, e, nesse aspecto, instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos foram criados, dos quais o Brasil é signatário.

3.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS HUMANOS

As constituições carregam sempre uma forte carga ideológica e simbólica. No caso da Constituição Federal (CF) de 1988, de um lado é um marco jurídico da decisão democrática, deixa pra trás um período em que os direitos básicos do ser humano foram violados, em que o Estado de Direito se mostrava enfraquecido, então no campo constitucional traz a transição democrática; e por outro lado a CF traz a institucionalização dos direitos humanos.

A partir da CF de 1988, houve a reinvenção do marco normativo afeto a direitos humanos. Os pactos internacionais passaram a ser incorporados na década de 1990, embora tenham sido criados antes da CF de 1988.

Canotilho⁷⁵ diz que se foi o tempo em que o constitucionalismo falava mais alto, os tratados internacionais, atualmente, possuem valor tanto ou mais importante do que a CF. No topo da pirâmide, atualmente, temos a CF e os Tratados e Convenções internacionais de Direitos Humanos.

3.7 SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Todo e qualquer tratado de direitos humanos tem como poder maior a fixação de parâmetros protetivos mínimos, ou seja, os tratados não constituem um teto Maximo de proteção senão um piso protetivo mínimo.

O padrão de conflituosidade que inspira os tratados de direitos humanos são de um lado o Estado violador, e do outro o indivíduo singularmente considerado como vítima.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. São Paulo: Almeida Brasil, 2007.

Quando um Estado, por soberania, ratifica um contrato de direitos humanos, ele contrai deveres e os indivíduos contraem direitos.

São identificados três deveres dos Estados: o dever de respeitar (o Estado não pode violar direitos), o dever de proteger (o Estado tem de proteger para que ninguém viole os direitos), implantar (aponta do dever do Estado de adotar medidas para a proteção dos direitos humanos).

O sistema global deve prever órgãos e mecanismos de monitoramento e fiscalização quanto aos Estados, para o cumprimento dos tratados.

No campo global, os órgãos de monitoramento são os comitês da ONU, que comitês recebem petições, instauram processos de investigação etc. No sistema global, há ainda a ausência de uma Corte Internacional dos Direitos Humanos, existe apenas o Tribunal Penal Internacional (TPI), que apenas julga os crimes mais graves. Nada justifica a tortura, nada justifica a delinquência estatal.

A justicialização do sistema global se operou especificamente na esfera penal por meio do TPI, e neste caso a responsabilidade penal alcança os indivíduos. Já, nos sistemas regionais, ocorreu o oposto, a justicialização se operou na esfera cível por meio das cortes regionais, estas condenam os Estados. Portanto, o sistema é duplamente lacunoso, tanto do ponto de vista global como do ponto de vista regional.

Os estabelecimentos de mecanismos de monitoramento vêm a seguir.

- a) Direito de petição – o indivíduo pode peticionar para denunciar uma violação às instâncias penais internacionais ou à comissão interamericana, etc. Existem requisitos de admissibilidade para a petição semelhante ao Código Civil brasileiro, porém, existem dois diferentes: prévios esgotamentos dos recursos internos e inexistência de litispendência nos tribunais, ou seja, não pode haver o mesmo caso em vários comitês, não existe hierarquia entre um e outro, a pessoa deve eleger o melhor tribunal, o que seja mais benéfico à vítima.

- b) Relatórios – informes periódicos, ou seja, o Estado tem de prestar contas informando a implantação das políticas de prevenção dos Direitos Humanos e deve informar quais foram as políticas públicas adotadas etc.
- c) Comunicações interestatais – comunicações entre Estados, um Estado-parte pode denunciar que outro Estado-parte está violando direitos humanos.
- d) Investigações *in loco* – o comitê poderá vir ao local tecer investigação, colher depoimentos etc.⁷⁶

3.8 CARTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

A carta internacional de direitos humanos é formada por declarações internacionais de direitos humanos, um deles é a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Tratado é um termo genérico que envolve pactos, cartas etc.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 também compõem a carta internacional de direitos humanos.

3.9 SISTEMA ESPECIAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Existem duas fases de proteção de direitos humanos: 1ª) proteção geral, genérica e abstrata; 2ª) proteção especial. Processo de especificação do sujeito de direito⁷⁷.

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo, Saraiva, 2010.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 7ª ed., Brasília (DF): Universidade de Brasília, 1995.

Concepções de Igualdade:

- 1) Igualdade formal;
- 2) Igualdade material – justiça socioeconômica + justiça de reconhecimento de identidade;
- 3) Injustiça cultural – política de reconhecimento;
- 4) Injustiça econômica – política de redistribuição.

O Brasil foi o último país, nos quatro séculos, a abolir a escravidão, ou seja, um povo que teve, durante cinco séculos, a dignidade negada. O Brasil está no 107º lugar de presença de negros e 43º de brancos. A pobreza no país tem feição negra porque a maioria das pessoas que vivem na pobreza é negra⁷⁸.

Nas Américas, os afrodescendentes são 25% e 8% de povos indígenas, grupos marcadamente discriminados.

Os maiores obstáculos estão no acesso dessas pessoas aos direitos fundamentais básicos.

As medidas especiais são necessárias para saldar uma dívida histórica como também para prevenir e planejar um futuro mais justo para essas pessoas.

3.10. O SISTEMA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A partir do processo de democratização iniciado em 1985 e impulsionado pela Constituição de 1988 – que consagra os princípios da prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana –, o Brasil ratificou os principais tratados de proteção dos direitos humanos.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

a) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989.

b) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989.

c) Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990.

d) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992.

e) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992.

f) Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992.

g) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995.

h) Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996.

i) Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996.

Adicione-se que, em 3 de dezembro de 1998, o Estado brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto Legislativo nº. 89/98. Em 7 de fevereiro de 2000, o país assinou o Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente.

No campo nacional, os instrumentos internacionais conjugam-se com o Direito interno, ampliando, fortalecendo e aprimorando o sistema de proteção dos direitos humanos, sob o princípio da primazia da pessoa humana.

Os instrumentos internacionais permitem invocar a tutela internacional, mediante a responsabilização do Estado, quando direitos humanos internacionalmente assegurados são violados.

A ação internacional tem auxiliado a visibilidade das violações de direitos humanos, o que oferece o risco do constrangimento político e moral ao Estado violador, o que tem permitido avanços e progressos na proteção dos direitos humanos.

Quando um Estado reconhece a legitimidade das intervenções internacionais na questão dos direitos humanos e, em resposta a pressões internacionais, altera a prática com relação à matéria, fica reconstituída a relação entre Estado, cidadãos e atores internacionais.

Pode-se afirmar que, com o intenso envolvimento da sociedade civil, os instrumentos internacionais constituem um poderoso mecanismo para reforçar a proteção dos direitos humanos e o regime democrático no país, a partir dos delineamentos de uma cidadania ampliada, capaz de combinar direitos e garantias nacional e internacionalmente assegurados.

3.11 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948

Fruto de uma guerra sangrenta que dizimou milhões de pessoas, sob a forte influência da afirmação de que todo ser humano, apenas por sê-lo, possui direitos “iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁷⁹, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, pactuou que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes”.

Dentro desse espírito e objetivando maior prevenção dos direitos humanos dos detidos, foi realizado em Genebra, Suíça, em 1955, o 1º. Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes.

Ali, foram geradas regras mínimas, cujo objetivo “não é descrever detalhadamente um sistema penitenciário modelo, mas apenas estabelecer os

⁷⁹ Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

princípios e as regras de uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento de prisioneiros”⁸⁰.

É importante observar que essas Regras Mínimas estabelecem, com relação aos locais para detenção, que:

As celas ou quartos destinados ao isolamento noturno não deverão ser ocupadas por mais de um preso. Se, por razões especiais, tais como excesso temporário da população carcerária, for indispensável que a administração penitenciária central faça exceções a esta regra, deverá evitar-se que dois reclusos sejam alojados numa mesma cela ou quarto individual⁸¹

3.12 A CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

Adotada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1984, foi ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989. No artigo 1º., define o que seja tortura. Entre as várias obrigações dos Estados-parte, duas são muito relevantes para o presente estudo.

A primeira, contida no artigo 16, diz: “cada Estado-parte comprometer-se-á a impedir, em qualquer parte do território sob sua jurisdição, outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que não equivalham à tortura, tal como definida no artigo 1º”.

A segunda, contida no artigo 19, obriga os Estados-parte a submeter ao Comitê, por intermédio do Secretário Geral das Nações Unidas, relatórios sobre as medidas que tomaram no sentido de dar cumprimento às obrigações assumidas em virtude da presente Convenção, no prazo de um ano, contados do início da vigência da Convenção no Estado parte em questão.

⁸⁰ ONU. Observações preliminares do referido documento, Regras Mínimas para o tratamento de prisioneiros, 1955.

⁸¹ ONU (Idem).

A partir de então, os Estados-parte deverão apresentar relatórios suplementares a cada quatro anos sobre todas as novas medidas que tiverem adotado, assim como outros relatórios que o comitê solicitar.

3.13 CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Esta Convenção apresenta no artigos 1º. e 2º. os deveres dos Estados. Os Direitos dos Indivíduos (direitos civis e políticos) estão elencados do artigo 3º. ao 25º.

São competentes como meios de proteção dois órgãos: a comissão interamericana e a Corte Interamericana.

O papel da comissão interamericana é de órgão político quase judicial, que teve papel importantíssimo democratizador da comunidade internacional, realizando, por exemplo, um relatório histórico do ditador chileno Pinochet.

A comissão examina a petição, e o primeiro juízo que fará será o da admissibilidade, atuando num primeiro momento como árbitro.

A Corte Interamericana recebe os casos da comissão, a comissão vai defender a vítima e vai atuar como se fosse o Ministério Público.

A Corte Interamericana apresenta uma dupla competência – diversamente à comissão, a Corte é órgão jurisdicional.

A Corte, então, apresenta no campo da competência contenciosa sentenças e, no que se refere a competências consultivas, a oferece um parecer sobre determinada matéria.

3.14 CONJUNTO DE PRINCÍPIOS PARA A PROTEÇÃO DE TODAS AS PESSOAS SUJEITAS A QUALQUER FORMA DE DETENÇÃO OU PRISÃO

A ONU, na Assembleia Geral de 09 de dezembro de 1988, aprovou um conjunto de princípios a ser aplicados em qualquer caso de detenção ou prisão. O estatuto faz referência à tortura, *mas é silente quanto às condições físicas de detenção ou prisão*. O objetivo maior é assegurar transparência nas prisões efetivadas, dando ao indiciado todos os meios para comunicar aos seus a prisão, ter assistência jurídica e ser apresentado de imediato a uma autoridade judiciária.

Atualmente, o Conselho de Direitos Humanos do Espírito Santo e as organizações não governamentais apresentam à ONU denúncia de violação de direitos humanos em unidades prisionais do Estado⁸².

As denúncias ainda indicam que no ano de 2010, em uma delegacia de Vila Velha, 235 homens estavam presos em uma cela com capacidade para 36 pessoas. Segundo as organizações, 500 homens ainda estavam presos em contêineres de metal no Centro de Detenção Provisória de Cariacica.

Na Delegacia de Homicídios de Vitória, haveria um camburão chamado “micro-ônibus da Homicídios”, em que presos provisórios chegariam a passar semanas aguardando vaga em cela. Na Penitenciária Feminina de Tucum, as organizações informam que “comitiva constatou grave quadro de saúde das mulheres presas e recolheu balas de borracha e de chumbo encontradas dentro das celas”⁸³.

A situação prisional no Espírito Santo já foi alvo de denúncia encaminhada ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, à Organização dos Estados Americanos (OEA) e agora ao Conselho de Direitos Humanos da ONU.

⁸² UCHINAKA, Fabiana. Violação de Direitos Humanos em presídios do ES será discutida na ONU. UOL notícias. Disponível em < <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/03/15/violacao-de-direitos-humanos-em-presidios-do-es-sera-discutida-na-onu.jhtm> >. Acesso em 22/09/2010.

⁸³Idem.

Durante o painel Direitos Humanos no Brasil: Violações no sistema prisional do Espírito Santo foram expostas fotos de casos de tortura e esquiteamento que teriam acontecido dentro de presídios do Estado. Oscar Vilhena, da ONG Conectas, foi o primeiro a falar e disse que o Brasil é o quarto país no mundo em números de presos⁸⁴.

3.15 REFORMA DAS PRISÕES

O movimento para reformar as prisões, para controlar o funcionamento, não é um fenômeno tardio. A reforma da prisão é mais ou menos contemporânea da própria prisão.

Ao longo do tempo, inquéritos foram abertos, na intenção de levantar possíveis soluções para a implantação da prisão, como o de Chaptal em 1801 (quando se tratava de fazer o levantamento do que se podia utilizar para implantar na França o aparelho carcerário); o de Decazes em 1819, o livro de Villermé publicado em 1820; o relatório sobre as penitenciárias preparado por Martignac em 1829; os inquéritos conduzidos nos Estados Unidos por Beaumont de Tocqueville em 1831 e por Demetz e Blouet em 1835; os questionários dirigidos por Montalivet aos diretores de penitenciárias e aos Conselhos Gerais quando se está em pleno debate sobre o isolamento de detentos.

Criaram-se sociedades para controlar o funcionamento das prisões e propor melhoria: em 1818, é a muito oficial Sociedade para a Melhoria das Prisões, um pouco mais tarde a Sociedade das Prisões e diversos grupos filantrópicos.

Inúmeras providências, portarias, instruções ou leis, inquéritos, discursos teóricos rondaram em torno da prisão ao longo do tempo para melhorar o funcionamento de forma pragmática, mas até os dias atuais não obtiveram êxito, e a falência do sistema prisional é motivo de grande discussão no país.

⁸⁴ Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/?q=node/2081>. Acesso em 30.09.2010.

CAPÍTULO IV

4 O FENÔMENO DAS PRIVATIZAÇÕES

Nas últimas décadas, a ideia de privatizar firmou-se como traço identificador da gestão pública. Os supostos problemas do hipertrofiado Estado do Bem-Estar Social, sobretudo as mazelas da ineficácia, alimentaram ao redor do mundo a crença de que a solução deveria ser buscada com a otimização administrativa do capital privado.

Maria Aparecida Fagundes⁸⁵ assinala que, nesse contexto, “apresenta-se a alternativa de tornar mais flexível a administração pública, surgindo, como tema recorrente, e ganhando especial destaque, a ideia de parcerias com o setor privado”.

A onda de privatizações varreu todo o globo, transformando irremediavelmente a relação Estado-sociedade.

No Brasil, o governo Collor no ano de 1993 tratou de institucionalizar localmente essa marcha, por meio do Programa Nacional de Desestatização. João Bosco Leopoldino da Fonseca⁸⁶ dá-nos a essência do plano: “A linha de pensamento desse programa é a de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”.

O fenômeno da privatização gera consequências de extrema importância jurídico-social, ressaltando aqui as questões de ordem constitucional e de direito administrativo, não minimizando as consequências geradas em diversos outros campos do direito.

⁸⁵ FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto. Parcerias em projetos de infra-estrutura. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, n. 233, p. 419-29, jul./set. 2003, p. 419.

⁸⁶ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 22.

4.1 PRIVATIZAÇÃO, TERCEIRIZAÇÃO E PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

4.1.1 Privatização

O conceito amplo de privatização, segundo a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005), abrange todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado e que compreendem, fundamentalmente:

- a) a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico);
- b) a desmonopolização de atividades econômicas;
- c) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização);
- d) a concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais);
- e) os *contracting out* (como forma pela qual a administração pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da terceirização.

Dentro da ideia de privatização, surgem novas formas de parceria, como os contratos de gestão, com as chamadas organizações sociais e, agora, as parcerias público-privadas (PPP). Verifica-se que a privatização de atividades estatais é uma fuga crescente do Direito Administrativo, com fórmulas rígidas tradicionais, e a busca do direito privado, que, por ser utilizado pela administração pública, acaba se mesclando com o Direito Administrativo, ficando a meio caminho entre o público e o privado.

Ao lado do conceito amplo de privatização, existe outro bem mais restrito, que abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais

para o setor privado. Essa é a modalidade de privatização disciplinada, no Direito brasileiro, pela Lei nº 9.491/97.

O conceito amplo de privatização tem a vantagem de abarcar todas as técnicas possíveis, já aplicadas ou ainda a ser criadas, com o mesmo objetivo já assinalado de reduzir a atuação estatal e prestigiar a iniciativa privada, a liberdade de competição e os modos privados de gestão das atividades sociais e das atividades econômicas a cargo do Estado. Nesse sentido amplo, é correto afirmar que a concessão de serviços e de obras públicas e os vários modos de parceria com o setor privado, inclusive a parceria público-privada, constituem formas de privatizar; e que a própria desburocratização proposta para algumas atividades da administração pública também constitui instrumento de privatização.

O próprio vocábulo *privatização*, ligado a privado, evoca ideias de gestão por pessoas privadas e de gestão pelos métodos do setor privado.

Em se tratando da privatização do sistema prisional, tal privatização se traduz como a completa administração da iniciativa privada, que vai da construção dos estabelecimentos à execução da pena privativa de liberdade, como ocorre nos Estados Unidos, tudo sob responsabilidade do particular, sem nenhuma ingerência do Estado.

4.1.2 Terceirização

A terceirização, bastante utilizada no âmbito da iniciativa privada, aparece hoje entre os institutos pelos quais a administração pública moderna busca parceria com o setor privado para a realização de atividades.

Pode-se dizer que a terceirização constitui umas das formas de privatização (em sentido amplo) de que se vem socorrendo a administração pública.

A terceirização se traduz como uma suave forma de privatização, ou seja, a administração não é realizada plenamente pela iniciativa privada, é gerenciada pelo

particular em parceria com o poder público, ou seja, terceirizar consiste na contratação de uma empresa (tomadora) por outra prestadora de serviço para a realização de determinadas atividades-meio (vigilância, limpeza, manutenção, publicidade, conservação, alimentação etc.), que pode tratar de bens, serviços ou produtos.

Na verdade, a terceirização foi importada para o Brasil na década de 1950, por meio das multinacionais, principalmente na indústria automobilística, que passou a contratar outras empresas para produzir peças dos veículos a ser montados pela tomadora de serviços.

A terceirização pressupõe o estabelecimento de uma parceria entre a empresa tomadora e a prestadora de serviços, ambas com responsabilidades e direitos, unidas com o intuito de obtenção de lucro no negócio pactuado.

As vantagens desse processo de terceirização são imensas, pois, além de possibilitar que a empresa tomadora concentre suas forças na atividade-fim, propicia redução de custos administrativos, inclusive encargos trabalhistas e previdenciários.

Além disso, a terceirização pressupõe a geração de novas empresas, portanto, novos empregos e arrecadação de mais impostos.

A terceirização encontra respaldo na legislação brasileira traduzida no Decreto-Lei n. 200/67, no artigo 10, que demonstra claramente os propósitos de reduzir a atuação da máquina administrativa, de modo a torná-la mais eficaz, transferindo determinadas atividades para uma empresa privada, conforme abaixo transcrito:

a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada, (...) parágrafo 7. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução (Decreto-Lei n. 200/67)⁸⁷.

⁸⁷ Decreto-Lei n. 200/67.

A transferência da execução de determinados serviços públicos a particulares por parte do poder público, de acordo com o Direito Administrativo, pode ocorrer mediante concessão, uma das modalidades de delegação da administração pública.

A concessão e a permissão tratadas pelo Direito Administrativo também são formas de terceirização, ou seja, formas de transferência de algumas atividades do Estado para o particular.

Hely Lopes Meirelles⁸⁸ define o serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.

De acordo com o artigo 175 da Constituição, “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Concessão, no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁹:

é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Do conceito apresentado, podem-se extrair algumas características principais da concessão, são elas: ter natureza contratual (acordo de vontades), ser estabelecida de forma não precária e possuir prazo determinado.

Permissão de serviço público, segundo Di Pietro⁹⁰:

é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário.

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 28.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 57.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 112.

São características marcantes da permissão: a) depender sempre de licitação, de acordo com o artigo 175 da Constituição; b) o objeto é a execução de serviço público ; c) o serviço é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco; d) sujeita-se às condições estabelecidas pela administração e a sua fiscalização; e) pode ser alterada ou revogada a qualquer momento pela administração, por motivo de interesse público; e f) não possui prazo definido (embora a doutrina tenha admitido a possibilidade de fixação de prazo).

Consoante Mello⁹¹:

a permissão, pelo seu caráter precário, seria utilizada, normalmente, quando o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço ou (...) quando os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela rentabilidade do serviço, seja pelo curto prazo em que se realizaria a satisfação econômica.

A Lei nº 8.978/95 referiu-se à permissão em apenas dois dispositivos: no artigo 2º, inciso IV, e no artigo 40, pelos quais se verifica que a permissão é definida como contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente.

O termo contrato utilizado aqui é uma impropriedade terminológica, pois foi utilizado com um sentido teleológico, isto é, para dizer que o serviço público reclama regime consagrador de prerrogativas e deveres especiais.

O termo contrato é utilizado como sinônimo de instrumento de formalização da concessão e permissão. Segundo Márcio Cammarosano⁹², “o termo contrato, no texto e contexto, é mero rótulo de que se valeu inadvertidamente o legislador para designar o instrumento de formalização da outorga da permissão”.

Mello⁹³ afirma que permissão “é ato unilateral e precário, *intuito personae*, através do qual o poder público transfere a alguém o desempenho de um serviço de

⁹¹ MELLO (op. cit., p. 89).

⁹² CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 62

⁹³ MELLO (op. cit., p. 25).

sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários”.

4.1.3 Parceria Público-privada e os Reflexos na Economia

Mais do que opção político-ideológica, a parceria com o setor privado passará a ser identificada por diversos governos como sendo grande alternativa para viabilizar projetos de infraestrutura e de provisão de serviços públicos requeridos pela sociedade.

E, embora não se ignorem os diversos tipos de PPP existentes, de modo geral podemos conceituá-la como sendo um novo modelo de delegação, em que o particular assume o risco de projetar, financiar, construir e operar determinado empreendimento de interesse público.

Os países têm buscado também maior eficiência no uso dos recursos, a experiência das privatizações demonstrou que diversas atividades, mesmo as tradicionalmente assumidas pelo setor público, podem ser desempenhadas de forma mais econômica com a aplicação das disciplinas e competências administrativas do setor privado.

Existe também forte demanda pela geração de valor comercial para os ativos do setor público. Montantes significativos de recursos públicos são investidos no desenvolvimento de ativos como tecnologia de defesa e sistemas de informação com tecnologia de ponta, que frequentemente são usados para uma estreita faixa de aplicações dentro do setor público.

Engajar a competência do setor privado na exploração desses ativos em uma faixa mais ampla de aplicações pode levar à realização de um valor incremental substancial para o setor público.

A definição legal do instituto da parceria público-privada consta no art. 2º da Lei Federal 11.079/2004: “é o contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa”. No mesmo dispositivo ainda constam os conceitos de concessões patrocinadas e administrativas.

Nas palavras de Justen Filho⁹⁴:

parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.

As PPPs são contratos que estabelecem vínculo obrigacional entre a administração pública e a iniciativa privada, visando à implantação ou gestão, total ou parcial, de obras, serviços ou atividades de interesse público, em que o parceiro privado assume a responsabilidade pelo financiamento, investimento e exploração do serviço, observando, além dos princípios administrativos gerais, os princípios específicos desse tipo de parceria.

As modalidades de PPP estão elencadas na Lei Federal nº 11.079/04, art. 2º.:

Concessão patrocinada:

§1º. “Concessão patrocinada é a concessão de serviços público ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

Na PPP patrocinada, o serviço é prestado diretamente ao público, com cobrança tarifária que, complementada por contraprestação *pecuniária* do ente público, compõe a receita do parceiro privado. “Estando presentes a cobrança de tarifas aos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente, estar-se-á diante

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549.

de uma concessão patrocinada, ainda que o concessionário também receba contraprestação não pecuniária da administração e outras receitas alternativas”⁹⁵.

Concessão administrativa:

§2º. “Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

A concessão administrativa de *serviços públicos*, em que a administração pública é usuária indireta, tem por objeto os serviços públicos a que se refere o art. 175 da Constituição Federal. A concessão administrativa de *serviços ao Estado* visa prestar serviços ou fornecer utilidades diretamente à administração. Em ambas as modalidades de concessão administrativa, o poder público assume o ônus relativo ao pagamento do serviço prestado.

Distinção de “concessão comum”:

§3º *Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.*

As PPP admitem somente as modalidades de concessão patrocinada e de administrativa; isso significa que a concessão comum, a qual tem por objeto os serviços públicos tratados na Lei nº 8.987/95, não é regida pela Lei Federal nº 11.079/04, mas pela Lei das Concessões e legislação correlata.

Se ausentes os demais requisitos elencados na Lei específica das parcerias e a remuneração por parte da administração pública limitar-se à contraprestação não-pecuniária ou alternativa, caracterizar-se-á a concessão comum.

Em 30 de dezembro de 2004, foi sancionada a Lei Federal nº 11.079, que disciplinou “normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 1º).

No entanto, antes da edição desta lei, diversos Estados, amparados pelo texto do art. 24, §3º, da Constituição Federal, já haviam determinado normas

⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 29.

próprias para esse tipo de contratação. Minas Gerais, com a Lei nº 14.868/03, Santa Catarina, com a Lei nº 12.930/04, e São Paulo, com a Lei nº 11.688/04 são exemplos de Estados que possuem lei estadual com regras específicas sobre o tema.

A legislação brasileira já autorizava, há muito, o negócio jurídico entre o setor público e o privado em cooperação e parceria na prestação de atividades públicas. A novidade é que a Lei Federal nº 11.079/04, além de suprir a ausência de um conceito de PPP, delineou um sentido restrito para o termo, limitando as parcerias às modalidades patrocinadas e administrativas.

Importante ressaltar que a lei federal fornece normas gerais sobre matéria de contratação, licitação e orçamento, aspectos regulados por outras normas federais, tais como a Lei nº 8.666/93 de Contratações Públicas e Licitação, a Lei nº 8.987/95 das Concessões e, ainda, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece diversos limites à assunção de encargos pelo poder público.

Assim, as normas que regulam as PPP integram um complexo normativo amplo, sem derogar regras específicas, e, por isso, não podem ser analisadas de forma isolada⁹⁶.

A seguir as características das PPP.

4.1.4 A Tutela dos Riscos na PPP Brasileira.

Uma característica inovadora dos contratos de PPP é a previsão legal da repartição objetiva dos riscos entre as partes (art. 5º, III), observando a capacidade do contratado. A transferência de riscos é fundamental para que o contrato alcance o objetivo principal de constituição, a eficiência econômica na prestação de serviços públicos.

⁹⁶ TALAMINI, Eduardo; SPEZIA JUSTEN, Monica (coord.). **Parcerias público -privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 12.

Ademais, se a repartição dos riscos é prevista pela lei vigente e claramente explicitada no edital, e, ainda, respeitadas as condições objetivas do particular de se responsabilizar por tais riscos, não há de se falar em quebra do equilíbrio econômico-financeiro, muito menos em desvirtuamento das condições efetivas da proposta.

É importante salientar que o contrato de PPP não é um contrato privado da administração pública. O regime jurídico das concessões patrocinadas e administrativas não difere substancialmente do regime contratual da concessão comum, exceto por algumas peculiaridades previstas na Lei Federal nº 11.079/2004, que determina, no art. 3º, a qual regime jurídico estão submetidas as respectivas modalidades de concessão.

A necessidade da estipulação em contrato do prazo máximo do vínculo obrigacional, inciso I, art. 5º da Lei 11.079/04, e a previsão relativa à inadimplência pecuniária do concedente, inciso VI do mesmo artigo, são exemplos de exigências contratuais que se aplicam à concessão patrocinada mas não às comuns.

Outros traços contratuais, como a previsão de garantias de adimplemento das obrigações pecuniárias do concedente (art. 6º) e a exigência de constituição de sociedade de propósito específico (art. 9º), são, também, aspectos exclusivos das concessões patrocinadas e administrativas, as quais são submetidas ao mesmo regimento, diferenciando-se apenas na matéria tributária, inexistente na concessão administrativa.

4.1.5 Distinção de Privatização

Ao contrário do que ocorre nas privatizações, as PPP não importam em alienação definitiva do controle da política pública. Ademais, os contratos de parceria possuem maior abrangência em relação aos objetos cuja delegação é permitida. Portanto, privatização e PPP são contratos administrativos distintos e não se confundem.

Requisitos:

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

(Lei 11.079/04, art. 2º)

A Lei Federal nº 11.079/04 fixou alguns requisitos para a contratação da PPP, diferenciando, portanto, no plano jurídico, as respectivas modalidades de concessão, afastando eventual confusão entre a concessão comum e a patrocinada, que possuem objetos similares.

A contratação das parcerias tem como finalidade arrecadar investimento privado para setores de infraestrutura pública, o que envolve custos elevados. Portanto, não se justifica a contratação do particular por meio de PPP cujo valor do objeto seja inferior a 20 milhões de reais.

A prestação dos serviços deve perdurar no mínimo por cinco anos. Ainda em relação a prazo, o art. 5º da Lei das PPP exige a previsão nas cláusulas contratuais do termo final do vínculo obrigacional, assim a vigência do contrato de PPP não pode ter prazo inferior a cinco anos nem superior a 35 anos. A previsão do prazo mínimo legal visa tanto a permitir à administração pública amortizar o investimento, como expor o responsável pela obra ou serviço (particular contratado) ao risco do prejuízo econômico da má execução da infraestrutura⁹⁷.

Não obstante, os demais elementos essenciais do contrato devem restar caracterizados. Portanto, em instituto distinto das PPP resulta o contrato que não estipular a repartição dos riscos entre as partes, nem delegar a responsabilidade e a gerência pela execução da obra.

É necessário reconhecer a possibilidade ou não da contratação da PPP que tenha por objeto *único* a execução de obra pública. Essa dúvida resulta da interpretação extraída do confuso conceito legal de concessão patrocinada (“... a concessão de serviços públicos *ou* de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987”⁹

⁹⁷ SUNDFELD (op. cit., 2005, p. 35).

[grifo nosso]), em face da limitação prevista no inciso III, §4º, art. 2º da Lei 11.079/04.

Este dispositivo legal veda a celebração do contrato de PPP que tenha por objeto único a execução de obra pública. De consequência, visando resolver o conflito, entende-se que a concessão patrocinada resta caracterizada na prestação de serviços públicos, precedida ou não do fornecimento de mão-de-obra, equipamentos ou da execução de obra pública.

Dessa ideia compartilham Di Pietro (2005), para quem as obras públicas seriam admitidas como preliminares da contratação de serviços públicos por meio da parceria público-privada⁹⁸, e Mello⁹⁹, que considera nulo o contrato de parceria que estipule como objeto principal prestação de atividade que não seja serviço público.

Em resumo, é vedada a celebração de contrato de PPP que tenha como objeto único a execução de obra pública. Da interpretação do confuso texto legal do §1º, art. 2º da Lei 11.079/04, extrai-se que as obras públicas podem preceder ou não a prestação de serviços públicos, no entanto, na ausência da contratação destes, estar-se-á diante de contrato diverso ao de PPP.

As diretrizes a ser observadas na contratação de PPPP estão dispostas no art. 4º da Lei das Parcerias Público-privadas. Além dos princípios gerais consagrados no ordenamento jurídico, a celebração do contrato deve observar alguns preceitos específicos.

Na contratação deve ser observada a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas do projeto de parceria (inciso VII, art. 4º). Isto quer dizer que o contrato celebrado entre o poder público e o particular deve tanto observar a viabilidade econômica e o retorno financeiro como atender ao interesse público.

É necessário, ainda, identificar a abrangência do contrato de PPP, ou seja, quais funções podem ser delegadas ao ente da iniciativa privada. Da leitura do inciso III, art. 4º, da Lei 11.079/04, extrai-se que “a margem para atuação da

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006. p.308

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio B. de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.728-9.

iniciativa privada dependerá dos termos de cada contrato, o que expressamente permite delegar todas as funções, à exceção das funções de regulação, jurisdicional e do exercício de poder de polícia”, e de outras atividades exclusivas do Estado.

4.1.6 Experiência Brasileira nas Parcerias Público-Privadas

O contrato administrativo de PPP é considerado um meio eficaz na obtenção de recursos da iniciativa privada destinados a serviços públicos e setores de pouca viabilidade econômica quando prestados exclusivamente pelo poder público. Países como Inglaterra – no qual as PPP são denominadas Private Finance Initiative –, Portugal, Chile, além de outros, já comprovaram a eficiência econômica da parceria e cooperação entre o particular e o ente da administração pública na prestação de serviços.

No Brasil, há muito já ocorria a associação entre Estado e particular visando à satisfação de interesses públicos; isso significa que, em relação à experiência jurídica brasileira, o instituto da PPP não importou substancial alteração. De consequência, as inovações apresentadas pela Lei Federal nº 11.079/04 limitam-se à formação do conceito legal de contrato de PPP, à definição das respectivas modalidades e à previsão de características peculiares do instituto.

A concessão de rodovias é uma das principais experiências brasileiras na efetivação de contratos de PPP. Aproximadamente 10.000 quilômetros da malha rodoviária brasileira são gerenciados por concessionárias privadas, todas constituídas em sociedades de propósito específico¹⁰⁰.

Portanto, experiências internacionais comprovam a eficácia da atuação da iniciativa privada nas políticas públicas, com vantagens não somente econômicas como também práticas, em que o particular contratado detém condições de prestar um serviço público mais qualificado. Assim, interessa cada vez mais à sociedade a

¹⁰⁰ CAMACHO, Bruno Sanna. Parcerias Público-Privadas, conceito, princípios e situações práticas JusVigilantibus. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/34139>. Acesso em 19/12/2010.

aproximação do Estado da iniciativa privada, direcionada à arrecadação de capital privado para investimento e financiamento de obras e serviços públicos.

Dentre os contratos administrativos que possibilitam essa relação entre o setor público e o privado, a PPP se destaca pelo compartilhamento dos riscos e pela arrecadação de valores elevados, assumindo fundamental importância nos investimentos em infraestrutura e, de consequência, no crescimento econômico brasileiro.

CAPÍTULO V

5 PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS: HISTÓRICO DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

A ideia contemporânea de privatização das prisões surgiu em meio a um sistema penitenciário falido, em que a pena de prisão se encontra em franco declínio, marcada pelo flagrante desrespeito aos direitos humanos, inviabilizando por completo a ressocialização do indivíduo.

5.1 O MODELO NORTE-AMERICANO

Na década de 1980, primeiramente nos EUA e, a seguir, em outros países industrializados, a ideia de privatização das prisões torna-se uma realidade no combate à crise generalizada do sistema penitenciário das sociedades capitalistas avançadas do Ocidente.

Atualmente existem cerca de 200 presídios privados no mundo, sendo a metade deles nos Estados Unidos. Esse modelo penitenciário atende 7% dos condenados naquele país¹⁰¹.

Em meados do século XIX, alguns Estados norte-americanos, como Nova Iorque, entregaram a gestão de estabelecimentos penitenciários a empresas privadas, a exemplo das prisões de Auburn e Sing-Sing. Porém, a experiência restou

¹⁰¹ MINHOTO (op. cit., p. 63).

fracassada diante das várias denúncias de maus-tratos e abusos físicos cometidos contra os reclusos¹⁰².

Outro fator que contribuiu para o fracasso dessa empreitada foi a utilização de mão-de-obra gratuita dos presos pelos empresários gestores das prisões, propiciando-lhes menor custo na produção e, conseqüentemente, colocando os demais concorrentes numa posição de evidente desvantagem, o que gerou grandes protestos¹⁰³.

Na Espanha, alguns estabelecimentos penitenciários chegaram a ser administrados por religiosas, sem nenhuma intervenção estatal, como foi o caso da Casa Galera de Mujeres de Alcalá de Henares¹⁰⁴.

No século XX, alguns fatores foram decisivos para que a ideia de privatizar fosse retomada pelos Estados Unidos: a ideologia do mercado livre, o aumento exacerbado do número de prisioneiros, o aumento dos custos da prisão¹⁰⁵.

Há bem pouco tempo, o preso passou a ser visto como sujeito de direitos, deixando de ser considerado mero objeto da execução penal, devendo, portanto, ser-lhe assegurado o respeito à dignidade por meio de um tratamento humano e justo, possuindo a pena um caráter inquestionavelmente ressocializador.

Diante da comprovada incapacidade do Estado para administrar o sistema prisional, assegurando aos presos os direitos humanos fundamentais, e em face da total impossibilidade de propiciar meios para que a pena cumpra os objetivos de retribuição, prevenção e ressocialização, têm sido realizadas algumas experiências quanto à forma de gerenciamento prisional.

É nesse contexto que vem ganhando espaço o discurso em favor da privatização ou, para alguns, da terceirização do sistema prisional, inicialmente levado a efeito pelos Estados Unidos da América.

¹⁰² ROSAL BLASCO, Bernardo Del. La privatización de las prisiones: una huida hacia la pena de privación de libertad. **Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**. San Sebastián, n.12 ext., p 115-132, dic./1998.

¹⁰³ SMITH, Phill. Private prisons: profits of crime. Covert action. Disponível em <<http://mediafilter.org/MFF/Prison.html>>. Acesso em 20.08.2010.

¹⁰⁴ ROSAL BLASCO (op. cit., 1998).

¹⁰⁵ SMITH (op. cit., 2010).

A prisão de Saint Mary, localizada numa área rural do Kentucky, é tida como o primeiro estabelecimento prisional privatizado nos Estados Unidos. A empresa U.S. Corrections Corporation administra Saint Mary desde 1986 (MINHOTO, 2000)¹⁰⁶.

Não há armas na prisão, e os presos, todos, estão próximos do livramento condicional e foram selecionados para que a empresa pudesse operar sem maiores problemas¹⁰⁷.

A privatização de estabelecimentos penitenciários nos EUA inicialmente foi mais bem-sucedida no setor de *confinamento secundário* e no nível de cadeias locais. Um número crescente de Estados tem contratado à iniciativa privada serviços relacionados às *halfway houses*, como centros de saúde mental, centros de tratamentos para viciados em drogas, centros de pré-liberação e reentrada no sistema etc.¹⁰⁸.

No caso das cadeias locais, que, em tese cadeias teriam de abrigar presos que estejam aguardando julgamento, porém, diante da superpopulação, já abrigavam presos já condenados pela justiça.

A Corrections Corporation of America (CCA) é a empresa que administrava a gestão particular dos presídios nos Estados Unidos e parece dominar o setor, operando desde 1984 os seguintes estabelecimentos: cadeia local e centro de detenção de Silverdale, no Condado de Hamilton, no Tennessee, com capacidade para abrigar 300 a 350 presos; desde 1986, opera a cadeia local do Condado de Bay Count, na Flórida, com capacidade para 200 presos; e também uma cadeia de segurança máxima no Condado de Santa Fé, no Novo México¹⁰⁹.

A partir de 1988, a CCA também começou a operar um centro de detenção no Condado de Pecos, no Texas, com capacidade para abrigar 532 detentos¹¹⁰.

¹⁰⁶ MINHOTO (op. cit., 2000).

¹⁰⁷ Ryan, M.; Ward, T. (op. cit, 1983) Privatization and the Penal System: the American Experience and the debate in Britain, ob.cit.p.14.

¹⁰⁸ Como o nome indica, trata-se de estabelecimentos que abrigam a população a meio caminho entre a prisão e a liberdade.

¹⁰⁹ MINHOTO (op. cit., p. 72).

¹¹⁰ CHI (op. cit., 1987).

Um traço singular do processo de privatização de presídios nos EUA é o estreito vínculo entre as principais empresas privadas envolvidas no programa de privatização e o aparato burocrático público e formal do sistema penitenciário. As empresas mais bem-sucedidas frequentemente mantêm nos quadros dirigentes ex-autoridades do sistema, além de contar com uma poderosa rede política de influências, notadamente entre os conservadores.

O presidente-fundador da CCA, Thomas Beasley, foi presidente do Partido Republicano no Tennessee e era amigo pessoal do governador quando a empresa firmou o primeiro contrato para administrar uma cadeia local do Estado (KEATING, 1986 apud ROSAL BLASCO, 1991)¹¹¹.

5.2 A EXPERIÊNCIA DA INGLATERRA

No Reino Unido, a concepção de PPP até 1989 baseava-se em um conjunto de regras e diretrizes que determinava quais projetos – como construção de estradas, presídios, hospitais – deveriam estar sob a responsabilidade do setor público e, se acaso houvesse participação privada, a cobertura dos investimentos se daria pelo Estado. Essas regras se destinavam a regular o modo como o investimento privado se daria nas empresas nacionalizadas daquele país¹¹².

Em maio de 1989, o governo britânico extinguiu esse conjunto de regras, alegando ter perdido a utilidade, surgindo então, em 1992, a versão inglesa da PPP, a Private Finance Initiative (PFI). Que nasceu durante o governo do conservador John Major e tinha por objetivo estimular empreendimentos conjuntos envolvendo o setor público e o privado em um contexto de implantação da agenda liberal de

¹¹¹ KEATING JR., J.M. Seeking profit in punishment: the private management of correctional institutions, Washington DC, American Federation of State Country and Municipal Employees, 1986, p. 11-15. In ROSAL BLASCO, B.R. **As prisões privadas**: um novo modelo em uma nova concepção sobre execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 665, 1991, p.251.

¹¹² SUNDFELD (op. cit., p. 50).

Margareth Thatcher. A PFI foi definida como o conjunto de ações para aumentar a participação do capital privado na prestação de serviços públicos¹¹³.

Os setores da Inglaterra que mais utilizaram as PPP foram transporte, educação, saúde, presídios, defesa, lazer, meio ambiente, habitação, desenvolvimento de tecnologia e obras públicas em geral. Até o ano de 2003, totalizavam-se mais de 600 projetos de PFIs com capital envolvido de mais de 50 bilhões de Euros. O projeto individual de maior envergadura na Inglaterra foi a construção, em 1996, da linha de trem – em parte submersa – que cruza o Canal da Mancha, com um custo de mais de 4 bilhões de Euros¹¹⁴.

No final da década de 1980, o sistema carcerário da Inglaterra atingiu um quadro de superpopulação que, somado ao alto custo de manutenção, levou o país a adotar um modelo de sistema prisional privado.

A escassez do número de vagas nos presídios foi um dos vários problemas enfrentados por Inglaterra e País de Gales e resolvido com a privatização. O governo inglês assinou contratos com consórcios de empresas privadas para a construção de nove penitenciárias. Atualmente, dos 138 presídios existentes na Inglaterra, nove são estabelecimentos privados¹¹⁵.

As empresas que assinaram contratos com o governo inglês construíram as penitenciárias e tiveram como contrapartida financeira o recebimento de valores do governo por um prazo de 25 anos.

Os presídios privatizados estão sendo construídos desde 1992, e as empresas são responsáveis por todos os setores exceto transporte de presos para audiência ou julgamentos, executado por uma empresa privada de segurança, que não é a mesma que gerencia o estabelecimento prisional. Não há guaritas nem cercas elétricas, e os guardas trabalham desarmados. Em 1999 e 2000, não houve fugas ou resgates no sistema de regime fechado.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ MINHOTO (op.cit.)

¹¹⁵ Idem.

Os presídios são monitorados por câmeras de TV móveis na parte interna e externa. Nas penitenciárias, entre o alambrado e a muralha existe no chão um sistema de alarme com fibras ópticas que impede o preso de cavar túneis. Cada cela abriga, na maioria dos presídios, dois detentos.

O preso primário jamais fica na mesma cela que o reincidente. Mais de 15.000 condenados de uma população carcerária de 65.000 cumprem penas alternativas fiscalizadas, orientadas e supervisionadas por comissões. Além de aparelhos de segurança como os detetores de metais, a revista pessoal é feita em todas as autoridades inclusive nos advogados, sendo que, no Reino Unido, apenas a família real está isenta da revista ao entrar no presídio¹¹⁶.

A adoção britânica da privatização de penitenciária difere do modelo norte-americano por centralizar o poder nas mãos do Estado e ainda ser financiada com dinheiro arrecadado por meio de impostos ou de empréstimos ao mercado, contrariamente ao que ocorre nos Estados Unidos, onde as receitas para construção de prisões são financiadas com títulos públicos que necessitam de aprovação legislativa para ser emitidos e são limitados a determinado valor.

5.3 MODELO FRANCÊS

Na França, a ideia da privatização dos presídios também surgiu por causa da crise em que vivia o sistema. Havia superlotação, que conduzia ao questionamento não só da política penitenciária seguida ou a se seguir, porém, mais genericamente sobre a política criminal adotada.

¹¹⁶ SILVA, Alessandra Priscila Moura; ARAÚJO JUNIOR, Jorge. Privatização pode ser a solução para a decadência do sistema penitenciário? *DireitoNet*. 31.12.2003. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/textos/x/52/55/525/> >. Acesso em 30.09.2010.

Muitos projetos de lei tramitaram na França até chegar à Lei nº. 87/432, promulgada em 22.06.1987. Araújo Junior¹¹⁷ faz uma breve síntese dos pontos de maior importância da referida lei traduzida para o idioma pátrio:

Lei n. 87/432: A Assembleia Nacional e o Senado aprovaram. O presidente da República promulga a lei cujo teor é o seguinte: (...)

Art. 2º. O Estado pode confiar a uma pessoa de direito público ou privado uma missão versando ao mesmo tempo sobre a construção e adaptação de estabelecimentos penitenciários (...).

Estas, pessoas, ou grupos, são designadas ao final de um processo licitatório.

Nos estabelecimentos penitenciários as funções outras que de direção, cartório, vigilância, podem ser confiadas a pessoas jurídicas de direito público ou privado segundo uma habilitação definida por decreto. Estas pessoas podem ser escolhidas em processo licitatório na forma prevista na alínea precedente.

Art. 3º. Os estabelecimentos penitenciários podem ser erigidos em estabelecimentos públicos penitenciários, submetidos à tutela estatal. (...) Cabe ao Ministro da Justiça designar os membros da direção do cartório e da vigilância dos estabelecimentos.

Observa-se, dos trechos da lei citada, que os particulares que desejam participar do sistema privatizado devem habilitar-se num processo licitatório, obedecendo aos requisitos do poder público.

No sistema de privatização francês há uma dupla gestão, incumbindo ao Estado e também ao grupo privado o gerenciamento e a administração conjunta do estabelecimento prisional.

Ao Estado incumbe a indicação do diretor-geral do estabelecimento e a responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão, bem como a relação com juízo de execução penal; enquanto à empresa privada compete fornecer e gerir o trabalho, educação, transporte, alimentação, lazer, assistência social, jurídica, espiritual e saúde física e mental do preso, e receberá um valor, pago pelo Estado, para cada preso. No modelo, portanto, todos os serviços penitenciários podem ser privatizados, com exceção da direção, da secretaria e da segurança.

¹¹⁷ ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de (coord.). **Privatização das prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

O modelo francês, portanto, adota o sistema misto, no qual poder público e iniciativa privada se unem para propiciar aos detentos melhores condições de reintegração na sociedade, bem como o respeito aos direitos previstos em lei.

5.4 DELEGAÇÃO DA EXECUÇÃO DA PENA EM PENITENCIÁRIAS PRIVATIZADAS DOS ESTADOS UNIDOS

A delegação às empresas privadas do poder estatal de executar as penas tem despertado forte oposição. A argumentação dos críticos mobiliza razões de ordem jurídica, política e ética. Em termos jurídicos os críticos alegam que o poder estatal de privar um cidadão da liberdade e aplicar coerção seria intransferível.

Outro ponto jurídico controvertido diz respeito aos procedimentos disciplinares adotados pelas empresas no âmbito interno das prisões. Tradicionalmente, certa margem de discricionariedade tem sido conferida ao corpo de funcionários dos estabelecimentos prisionais norte-americanos para a tomada de decisões importantes, tais como, julgamento de apenações de infrações internas, bem como a instrução de requerimentos de livramento condicional.

A transferência dessa margem de discricionariedade a agentes privados pode dar lugar a distorções.

Em termos políticos existe o receio de que os interesses privados das companhias passem a influir crescentemente na política criminal.

Do ponto de vista ético, a privatização vem sendo criticada basicamente por extrair lucros do sofrimento humano.

Diante da análise realizada nos presídios privatizados nos Estados Unidos, pode-se dizer que as prisões privadas têm operado aquém dos termos em que têm sido propostas e, no entanto, o setor continua em franca expansão. De um lado, há evidências fundadas de que a operação privada de estabelecimentos correccionais

não tem executado um serviço mais eficiente nem tampouco mais barato, como também não tem conseguido fazer frente aos objetivos internos de justiça criminal, notadamente o alívio da superpopulação e a reabilitação dos presos, além de despertar forte polêmica. Por outro lado, é certo que as prisões privadas se vêm expandindo e as companhias ampliando largamente as margens de lucratividade.

5.5 A LUCRATIVIDADE DO ENCARCERAMENTO

Um dos motivos que fomentam a ideia da privatização dos presídios em todo o mundo, independentemente da eficácia desse tipo de gestão, é a lucratividade auferida pela iniciativa privada, pois se trata de um novo e promissor ramo de negócio. E os dados estatísticos demonstram que a privatização prisional é um negócio bastante rentável.

A execução da pena privativa de liberdade enfrenta ao longo do tempo o grande desafio de buscar formas capazes não só de castigar o indivíduo criminoso, como também proporcionar-lhe a ressocialização, reintegrando-o à vida em sociedade.

A ânsia de auferir lucros por parte do particular é um dos motivos de discórdia da ideia privatizadora de presídios por algumas pessoas, entendendo que isso poderá comprometer a finalidade da pena de prisão e da ressocialização do mesmo, que passaria a ser apenas um homem-objeto e não um sujeito de direitos.

De qualquer maneira, observa-se que o setor privado desburocratizaria a gestão dos presídios, reduziria encargos trabalhistas e até mesmo o poder de barganha dos sindicatos envolvidos no sistema. Aos Estados estaria garantida a possibilidade de expandir e acelerar a política de construção de novos estabelecimentos, as empresas teriam mais agilidade e flexibilidade, o que se

poderia comprovar a partir de algumas experiências de conversão de residências, hospitais desativados e até mesmo motéis em estabelecimentos penitenciários¹¹⁸.

Porém, esse retrato aparentemente perfeito não tem sido confirmado pelo funcionamento concreto das prisões privadas. Em termos exclusivamente financeiros, existem histórias de sucesso e de fracasso do novo tipo de gestão.

Em outubro de 1985, a CCA assumiu o controle da cadeia local de segurança máxima do Condado de Bay, na Flórida, à época o estabelecimento estava sob intervenção judicial para reduzir a superpopulação e sob acusações quanto a supostas violações de normas de segurança e inadequação dos serviços de saúde e do corpo de funcionários. Em oito meses, a intervenção foi suspensa, a superpopulação reduzida, o estabelecimento reformado, a equipe de funcionários foi ampliada e o Condado parece ter poupado 700.000 dólares¹¹⁹.

Já a experiência da mesma CCA com o centro de detenção de Silverdale, com capacidade para abrigar 300 detentos, no Condado de Hamilton, Tennessee, parece ter sido bem diferente. Apenas nos primeiros sete meses de operação, houve três substituições na administração do estabelecimento, autoridades públicas da área relataram que “houve custos contratuais adicionais da ordem de US\$ 200.000”¹²⁰.

Verifica-se que uma análise mais sóbria constatou que, visto que a privatização tem constituído questão altamente controversa e polêmica, as dificuldades de comparação entre estabelecimentos públicos e privados e o caráter inconclusivo das pesquisas realizadas até aqui têm permitido uma fácil manipulação do tópico *custos*, oscilando assim ao sabor das conveniências de lado a lado (GRAAF apud ENGLAND, 1999)¹²¹.

¹¹⁸ PAULA, Roberto de. Privatização dos presídios e trabalho dos presos: mão-de-obra encarcerada. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3888.pdf>>. Acesso em 19/12/2010.

¹¹⁹ MATTHEWS, Roger. **Privatizing criminal justice**. London: Sage Publications, 1988, p.32.

¹²⁰ Idem, p. 32.

¹²¹ GRAAF, A. Privately managed prisons; ensuring better Standards or reducing government control, in ENGLAND. **Privatization and market testing in the prison service**, Londres: Prison Reform Trust's Publications, 1994, p. 50.

CAPÍTULO VI

6 A PROPOSTA DE PRIVATIZAÇÃO PRISIONAL NO BRASIL

Em 1992, já na esteira da experiência internacional, discutia-se também no Brasil a viabilidade da adoção das prisões privadas como resposta à crise que assola o sistema penitenciário brasileiro.

No mesmo ano, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), órgão subordinado ao Ministério da Justiça, propôs formalmente a adoção das prisões privadas no Brasil.

A proposta, oriunda de reflexões sobre as modernas e recentes experiências, que, nesse sentido, vêm sendo colocadas em prática em estabelecimentos prisionais dos EUA, França, Inglaterra e Austrália, tem o objetivo de reduzir os encargos e gastos públicos, introduzir no sistema penitenciário um modelo administrativo de gestão moderna, atender ao preceito constitucional de respeito à integridade física e moral do preso e aliviar, enfim, a dramática situação de superpovoamento do conjunto penitenciário nacional.

Tal proposta previa ainda a criação de um Sistema Penitenciário Federal, ao qual caberia a responsabilidade pelo cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado (estabelecimento de segurança máxima), permanecendo com os Estados a responsabilidade pelo cumprimento da pena privativa de liberdade em regime médio, semiaberto e aberto.

A admissão das empresas seria feita por concorrência pública, e os direitos e obrigações das partes seriam regulados por contrato. O setor privado passaria a prover serviços penitenciários, tais como alimentação, saúde, trabalho e educação aos detentos, além de poder construir e administrar os estabelecimentos.

A administração se faria em sistema de gestão mista, ficando a supervisão geral dos estabelecimentos com o setor público, cuja atribuição básica seria supervisionar o efetivo cumprimento dos termos fixados em contrato.

Tal como para os norte-americanos, o argumento central da proposta dizia respeito à suposta redução de custos que a privatização acarretaria para o Estado e para os contribuintes.

Ainda que alguns Estados, sob a liderança de São Paulo, tenham demonstrado interesse na adoção das prisões privadas, houve enorme oposição à proposta do governo.

Na época, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) condenou a proposta da privatização, alegando que tal experiência estaria longe de ser moderna, antes, constituindo um retrocesso histórico em termos de desenvolvimento da política criminal; que a execução da pena é uma função pública intransferível; que a política de privatização dos presídios daria margem a uma contínua exploração do trabalho prisional; e que a proposta violaria direitos e garantias constitucionais dos presos.

A proposta, que parecia uma viável solução para a crise do setor penitenciário brasileiro, foi, simplesmente, arquivada.

No Estado de Goiás, foi apresentado um projeto de lei na Câmara dos Deputados pelo então deputado estadual Sandro Mabel (Projeto de Lei nº. 1.727 de 1996) que dispunha, entre outras coisas, sobre a permissão a particulares para a prestação de serviços penitenciários durante a execução da pena, bem como sobre a participação, com igual objetivo, da comunidade e de associações sem fins lucrativos durante o mesmo período.

A justificativa do referido projeto de lei era a emergência da adoção de prisões privadas no Estado de Goiás, vez que a triste realidade de Aparecida de Goiânia¹²² demonstrava a falta total de condições em absorver o grande contingente de condenados pela justiça criminal goiana.

¹²² Projeto de Lei n. 1.727/96. Justificativa. 1996. Brasília/DF

O Projeto alcançava somente condenados a regime semiaberto e regime aberto, faixa na qual se concentra grande parte dos presos, reservando ao Estado a custódia daqueles de maior periculosidade.

Esta a justificativa apresentada pelo Deputado Sandro Mabel¹²³ no projeto de lei n 1.727/96:

Destarte, em relação à fonte de recursos, o estado arcará com um percentual mínimo para a manutenção do sistema, que receberá, ainda, recursos advindos do trabalho dos próprios condenados, da colaboração das suas famílias e da comunidade (...). Com a medida ora proposta, espera-se iniciada a solução de um dos mais delicados problemas da sociedade, qual seja a situação prisional do país, de forma a assegurar tranqüilidade à comunidade com a efetiva aplicação da pena aos criminosos, sem, contudo, deixá-los à mercê da desumanidade que hoje é encontrada no interior das prisões.

6.1 EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS DE GESTÃO PRIVATIZADA DE PRESÍDIOS

6.1.1 Paraná

O Estado do Paraná é o pioneiro em matéria de gestão compartilhada em estabelecimentos prisionais. A primeira Penitenciária Industrial do País, destinada a presos condenados do sexo masculino, em regime fechado, foi inaugurada em 12 de novembro de 1999, está localizada no município de Guarapuava, distante 265 quilômetros de Curitiba e tem capacidade para abrigar até 240 presos¹²⁴.

A Penitenciária Industrial de Guarapuava (PIG)¹²⁵ foi construída com recursos do governo federal e estadual, numa parceria estratégica. O custo total, incluindo projeto, obra e circuito de TV, foi no valor de 5.323.360,00 reais, sendo 80% provenientes de convênio com o Ministério da Justiça e 20% do Estado.

¹²³ Projeto de Lei n. 1.727/96. Justificativa. 1996. Brasília/DF.

¹²⁴ ARAÚJO JUNIOR (op. cit., p. 112).

¹²⁵ Regimento Interno do Presídio, Disponível em < <http://www.pr.gov.br/depen/pig.pdf> >. Acesso em 12.11.2010.

A unidade foi projetada objetivando o cumprimento das metas de ressocialização do interno e a interiorização das unidades penais (preso próximo da família e local de origem), política esta adotada pelo governo do Estado do Paraná, que busca oferecer novas alternativas para os apenados, proporcionando-lhes trabalho e profissionalização, viabilizando, além de melhores condições para reintegração social, o benefício da redução da pena.

Nesta prisão, a administração da penitenciária foi terceirizada, mas não de modo total. A empresa contratada é a Humanitas Administração Prisional S/C, na verdade um sub-ramo da empresa Pires Segurança¹²⁶. O trabalho exercido por tal empresa envolve o atendimento aos presos no que se refere a alimentação, necessidades de rotina, assistência médica, psicológica e jurídica dos presidiários.

Por seu turno, o governo do Paraná é responsável pela nomeação do diretor, do vice-diretor e do diretor de disciplina, que supervisionam a qualidade de trabalho da empresa contratada e fazem valer o cumprimento da Lei de Execuções Penais.

A PIG tem capacidade para 240 presidiários. Tem 117 funcionários, sendo que, em média, de 10% a 12% encontram-se em licença médica. O contrato estabelecido entre a empresa de administração penitenciária Humanitas e o poder público tem duração estabelecida em dois anos, podendo ser. O Estado paga à empresa a quantia mensal de 297.000 reais, o que equivale a cerca de 1.200 reais por preso renovado¹²⁷.

No Estado do Paraná, considerando a pioneira experiência exitosa, as iniciativas se multiplicaram. Além de Guarapuava, outros presídios já foram implantados sob a égide deste novo paradigma, tais como a Casa de Custódia de Curitiba, a Casa de Custódia de Londrina, as prisões de Piraquara e Foz do Iguaçu¹²⁸.

¹²⁶ CORDEIRO, Grecianny Carvalho. O modelo brasileiro de privatização do sistema prisional. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, Consulex, n. 185, ano VIII, p. 58-60, 2004, p. 59.

¹²⁷ PARANÁ. Departamento Penitenciário do Estado do Paraná, referente ao mês de abril de 2004. Disponível em < <http://celepar7.pr.gov.br/depen/populacaocarceraria.asp> >. Acesso em 11./2010.

¹²⁸ PARANÁ (op. cit.).

Salta aos olhos o índice de reincidência criminal dos egressos do presídio de Guarapuava, que chega a ínfimos 6%. Em Maringá, no mesmo Estado, tal índice alcança 30%. A média nacional é gritante: 70% de reincidência criminal¹²⁹.

O nível de reincidência é ainda mais baixo em Guarapuava: meros 2%¹³⁰. Urge concluir que, com mais investimento em estrutura e redes de apoio, os presos não voltarão a reincidir ou reincidirão em percentuais ínfimos, reduzindo-se a violência urbana relacionada ao retorno de pessoas perigosas ao convívio social.

Evidente é que o modelo paranaense apresenta problemas, os quais não podem ser ignorados nem subestimados pelos gestores públicos. A conhecida ocorrência de greve no Presídio de Piraquara é um dos fatores negativos, porquanto a falta de controle sobre os agentes empregados no sistema conduziu a sérios danos e riscos à sociedade.

Além disso, há notícia no sentido de que o Estado do Paraná, por meio da Secretaria de Justiça, estaria realizando concurso público para substituir os agentes penitenciários das empresas terceirizadas por servidores públicos em alguma das unidades como forma de enfrentar o problema. Porém, trata-se de reconhecer, pura e simplesmente, a importância de mecanismos de controle da obrigatoriedade dos serviços públicos, tidos como essenciais, e que sejam contínuos, permanentes e ininterruptos.

Os custodiados que não estão implantados no canteiro da fábrica trabalham em outros canteiros, tais como: faxina, cozinha, lavanderia e embalagens de produtos. Todos recebem remuneração (75% do salário mínimo) e o benefício da remição de pena (1 dia remido a cada três dias trabalhados). O Estado do Paraná, quando em 2005 ainda vigia o contrato com a empresa Humanitas, pagava o equivalente a cerca de 1.200 reais por detento¹³¹.

Antes de o governo paranaense finalizar os contratos de co-gestão dos serviços nos presídios, o sistema se havia estendido para a Casa de Custódia de

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ PARANÁ (op. cit.).

Curitiba, a Casa de Custódia de Londrina, a Prisão de Piraquara e a Prisão de Foz do Iguaçu.

A reincidência criminal entre os egressos do presídio de Guarapuava em 2005 era de 6%. Em Maringá, no mesmo Estado, tal índice alcançava 30%. A média nacional é de 70% de reincidência criminal¹³².

6.1.2 Ceará

No Ceará, o presídio Estadual do Cariri também é uma realidade. A empresa de segurança que o administra recebe do governo algo em torno de 1.200 reais por preso. Tal valor seria semelhante ao gasto em presídios públicos.

Todos os passos dos presos que cumprem pena no estabelecimento prisional são monitorados por 64 câmeras ligadas dia e noite. Tudo que é gravado no presídio fica arquivado por três dias. Os presos só ficam livres das câmeras em uma situação: quando entram nas celas. Em quase três anos, nenhuma fuga, nenhuma rebelião. E ainda se conta com um instrumento contra a corrupção: ocorre rodízio de funcionários por hora e setor e inexistência de intimidade com os presos.

A implantação da gestão compartilhada em presídios no Ceará teve início em 17 de novembro de 2000, com a adoção do sistema penitenciário industrial regional do Cariri, no município de Juazeiro do Norte.

Destinada aos presos do regime fechado, a PIRC tem capacidade para 549 presidiários¹³³.

Com área de 15.000 metros quadrados, tem 66 celas coletivas com acomodação para cinco presos em cada uma e 117 celas para dois presos em cada uma.

¹³² Idem.

¹³³ CEARÁ. Secretaria de Justiça e Cidadania do Ceará; disponível em: <http://www.sejus.ce.gov.br/index.php?cdP=1&cdS=28>. Acesso em 07.11.2010.

Possui ainda doze *quartos de convivência familiar*, 850 metros de cercas eletrificadas (com ouriços e sensores de movimento) sobre muralhas de 7 metros de altura; dezessete guaritas; cozinha industrial; sistema de som; sala de controle de 64 câmaras de circuito interno; auditório com salão de artes e eventos; cabines telefônicas, campo de futebol, cinco quadras poliesportivas, quatro salas de aula, biblioteca e administração, lanchonete, consultórios médico-odontológicos, enfermaria, farmácia, cinco refeitórios de detentos e quatro para administração e lavanderia¹³⁴.

Em 30 de maio de 2001, foi inaugurado o núcleo de ressocialização, com a finalidade de preparar o encarcerado para enfrentar a discriminação ou as reservas da população com ex-presidiários, para tanto, além do trabalho, dos exercícios físicos e da recreação, o preso recebe aulas, ouve palestras de psicólogos¹³⁵.

Essa co-gestão foi implantada com a Humanitas Administração Prisional S/C, posteriormente passando a denominar-se Companhia Nacional de Administração Prisional (Conap).

Dentre as responsabilidades da empresa privada estão selecionar e contratar sob inteira responsabilidade, observadas as regras de seleção da Superintendência do Sistema Penal (Susip), preferencialmente da região do Cariri, os recursos humanos necessários para o pleno desenvolvimento da Penitenciária Industrial do Cariri, assumindo os encargos administrativos dos mesmos e cumprindo com todas as obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias, em decorrência da condição de empregadora/contratante.

A execução penal permanece nas mãos do Estado. De acordo com Marcos Prado, diretor de recursos humanos da Conap, a execução da pena na Penitenciária do Cariri¹³⁶:

¹³⁴ JUAZEIRO PORTAL DO NORDESTE. Disponível em < <http://www.juazeiro.com.br/juace/hoje.htm> >. Acesso em 07 nov 2010.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ SILVA, Cosmo Sobral da; BEZERRA, Everaldo Batista. A terceirização de presídios a partir do estudo de uma penitenciária do Ceará. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6541>>. Acesso em 07 nov 2010.

(...) você não pode comparar o que estamos fazendo aqui com uma simples detenção, uma simples cadeia. Aqui existe toda uma infra-estrutura visando ao atendimento da lei de execução penal, e obviamente, à ressocialização do preso. O nosso maior desafio é provar tanto para o governo quanto para a sociedade, que essa experiência dá certo.

Na penitenciária, por meio de parceria com a empresa Criativa Jóias, 150 presidiários fabricam folheados, com uma produção de 250.000 peças/mês. Cada preso recebe cerca de 75% do salário mínimo por mês e redução da pena¹³⁷.

No tocante à individualização da pena, os serviços de assistência psicológica e orientação social e sexual, tanto ao interno quanto ao egresso, são efetuados por um quadro de funcionários próprios da Conap. Já a assistência jurídica é prestada na Penitenciária Industrial Regional do Cariri (Pirc) por um quadro composto por quatro advogados contratados, que assistem aqueles que não possuem defensores.

No que se refere à saúde dos presos, o atendimento é prestado por uma equipe composta de um médico, um psiquiatra, dois psicólogos, um dentista, dois enfermeiros e três assistentes sociais.

A infraestrutura física é dotada de um núcleo de saúde, em que são prestados atendimentos ambulatoriais, uma enfermeira e um centro cirúrgico, no qual são feitos procedimentos de baixa e média complexidade.

A assistência educacional do preso se dá através de uma escola de ensino fundamental e médio na qual os internos recebem a instrução escolar¹³⁸.

No ano de 2002, com apoio do Ministério da Justiça, o governo do Ceará levou adiante a política de terceirização dos estabelecimentos penais, inaugurando a Penitenciária Industrial Regional de Sobral (Pirs) e o Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II.

Em 2007, o Ministério Público Federal (MPF) contestou a privatização dos presídios no Ceará – Penitenciária Industrial Regional do Cariri, Penitenciária Industrial Regional de Sobral e Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II. Para o

¹³⁷ CORDEIRO (op. cit., 2006).

¹³⁸ SILVA; BEZERRA (op. cit.).

MPF, a privatização das penitenciárias no Ceará tem ocorrido com dispensas de licitação sucessivas e a elevadíssimos custos para o erário, de contratos de terceirização ou co-gestão prisional, sem nenhum respaldo legal¹³⁹.

6.1.3 Bahia

A população carcerária na Bahia está sob responsabilidade de dois órgãos da administração centralizada, a Secretaria Estadual de Segurança Pública/Polícia Civil e a Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos/Superintendência de Assuntos Penais. As estatísticas condensadas pelo Estado informam que o sistema prisional, em dezembro de 2007, possuía aproximadamente 13.919 custodiados (5.659 presos na polícia e 8.260 na Superintendência de Assuntos Penais)¹⁴⁰.

Desses estabelecimentos penitenciários, cinco são administrados em gestão compartilhada. São eles, por ordem de implantação: Conjunto Penal de Valença (01/2003), Conjunto Penal de Juazeiro (08/2005), Conjunto Penal de Serrinha (08/2006), Conjunto Penal de Itabuna (11/2006) e Conjunto Penal de Lauro de Freitas (11/2006), totalizando 1.717 internos¹⁴¹.

A Pastoral Carcerária na Bahia manifestou-se em 30 de março de 2008 a respeito da situação das unidades de aprisionamento. De acordo com o relatório, os presos mantidos em delegacias “estão em celas subumanas, imundas, fétidas e superlotadas, sem nenhum tipo de assistência médica e com policiais civis custodiando presos”¹⁴².

¹³⁹ MPF/CE. Procuradoria Geral da República no Ceará. Ação MPF/CE questiona privatização dos presídios no estado. Disponível em < [http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/mpf-ce-acao-contra-privatizacao-dos-presidios-sera-intensificada-com-completa-investigacao/?searchterm=Ação MPF/CE questiona privatização dos presídios no estado](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/mpf-ce-acao-contra-privatizacao-dos-presidios-sera-intensificada-com-completa-investigacao/?searchterm=Ação%20MPF/CE%20questiona%20privatização%20dos%20presídios%20no%20estado) >. Acesso em 06.11.2010.

¹⁴⁰ INFOPEN. Ministério da Justiça. Disponível em < <http://www.mj.gov.br/data/pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C68400068B1624D28407509CPTBRNN.htm> >. Acesso em 06.11.2010.

¹⁴¹ SENNA, Viridal. Participação na Iniciativa privada. Web artigos. 14.02.2008. Disponível em < <http://www.webartigos.com/authrs/1647/Virdal-Senna> >. Acesso em 12.09.2010.

¹⁴² BAHIA. Pastoral Carcerária da Bahia Brasil – Situação das Unidades de Aprisionamento na Bahia. Disponível em < <http://www.adital.com.br/site/noticias.asp?lang=PT&cod=32426> >. Acesso em 07.11.2010.

Nas unidades penais de Valença, Itabuna, Serrinha, Juazeiro e Lauro de Freitas, que são administradas pelo modelo de co-gestão, o governo do Estado paga, por preso, o equivalente a algo em torno de 1.400 reais por mês. Todavia, ainda conforme o relatório elaborado pela Pastoral Carcerária, a realidade dessas unidades é de que “a preocupação apenas é manter o cidadão preso, sem que se possa dar qualquer destaque a projetos que, efetivamente, trabalhem a questão da ressocialização do apenado”¹⁴³.

6.1.4 Espírito Santo

No Estado do Espírito Santo, o modelo de co-gestão implantado com o governo estadual está presente em dois estabelecimentos, a Penitenciária de Segurança Média de Colatina, em Colatina, e a Penitenciária de Segurança Máxima (PSMA) localizada no município de Viana.

Em julho de 2005, foi inaugurada a Penitenciária de Colatina, com capacidade para 300 vagas, sendo 24 delas destinadas à ala feminina. O governo estadual firmou parceria com o Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda. (Inap). O parceiro privado, além de arcar com os custos para aquisição, instalação e manutenção de equipamentos de segurança, uniformes (agentes, internos e funcionários), fornecimento de colchões, roupas de cama, kits de higiene, alimentação e serviços de apoio à cozinha, instalação de estrutura para atendimento médico, odontológico e enfermaria, também oferece trabalho e educação para os internos do presídio.

Com o modelo de co-gestão, a empresa contratada pelo governo do Estado oferece aos internos serviços ocupacionais, mantendo um setor de seleção e ocupação, sob supervisão da direção, com as atribuições de selecionar os internos para as atividades nos canteiros de trabalho, elaboração de relatório de frequência

¹⁴³ Idem.

dos internos ao trabalho, para efeito de remuneração, e emissão de atestado de trabalho para efeito de remição da pena.

O presídio dispõe de mais seis salas específicas para o desenvolvimento de atividades voltadas para o trabalho dos internos. Além do trabalho, a empresa mantém salas específicas para estudos. Nesses locais, os internos frequentam aulas do Ensino Fundamental. E todas as alas do presídio são monitoradas por um sistema de câmaras, inclusive a portaria.

No ano de 2006, a Penitenciária de Colatina registrou um foco de rebelião em uma das alas (cerca de 53 internos), devido a reivindicação contra proibição da entrada de malotes na penitenciária. O presídio não estava superlotado (possuía cerca de 300 presos), e dava todas as assistências necessárias garantidas, incluindo quatro alimentações diárias e atendimentos médicos. A reivindicação dos presos não foi atendida e, após onze horas de protesto, a situação voltou à normalidade.¹⁴⁴

A Penitenciária de Segurança Máxima (PSMA) do município de Viana também adotou, em 2007, o sistema de gestão compartilhada com o Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda. (Inap); tem capacidade para 500 vagas e foi totalmente reformada com recursos próprios do Estado, com gastos no valor de 6,7 milhões de reais no início do ano passado.

A PSMA conta com circuito interno de TV com 64 câmeras, espaços e salas para administração, alojamento para agentes, ambulatório com consultório médico, psicológico e atendimento odontológico, pessoal técnico da unidade e área de segurança, quatro salas para fins pedagógicos e educacionais, uma sala de múltiplo uso e uma biblioteca, salas para assistência social e jurídica, defensoria pública e assistência psicológica, além de áreas de visitas para familiares e seis quartos para encontros íntimos cada ala¹⁴⁵.

¹⁴⁴ D'URSO, Luiz Flávio Borges. Privatização das prisões: mais uma vez a polêmica. **Direito Criminal**. Disponível em < <http://www.direitocriminal.com.br> >. Acesso em 01.08.2010.

¹⁴⁵ ESPÍRITO SANTO. Ministro da Justiça visita novas unidades do Complexo Penitenciário de Viana. 01.03.2007. Disponível em < <http://www.es.gov.br/site/noticias/show.aspx?noticiald=99666035> >. Acesso em 07.11.2010.

6.1.5 Amazonas

No Amazonas, o governo estadual firmou parceria com a empresa Companhia Nacional de Administração Penitenciária (Conap) com a finalidade de terceirizar serviços na área de três penitenciárias. São elas: Complexo Penitenciário Unidade Prisional do Puraquequara, com capacidade para 614 internos, destinado aos presos provisórios; Instituto Penal Antonio Trindade, presídio de segurança máxima com capacidade para 496 presos do regime provisório; e Complexo Penitenciário Anísio Jobim, presídio com capacidade para 450 presos do regime fechado e 138 vagas no regime semi-aberto (estas não terceirizadas, sendo administradas pela Secretaria de Justiça do Estado)¹⁴⁶.

Em outubro de 2007 durante inspeção-surpresa, 25 dias após uma rebelião, no Instituto Penal Antônio Trindade, o Corregedor de Justiça, o representante da OAB e o Ministério Público constataram que houve falha da Conap, empresa que administra o presídio.

É claro que o problema dos motins não pode ser resolvido num passe de mágica, mas é possível, em ambientes controlados e transparentes, reduzir a níveis mínimos, praticamente nulos, os riscos de rebeliões. Não se olvide o fato de que grande parcela dos motins guarda relação com violência sistemática a direitos dos presos, corrupção e falta de qualidade mínima no cumprimento da pena. Resolvidos tais problemas, reduzem-se os riscos de revoltas. Outros fatores, é certo, especialmente relacionados a conflitos entre grupos criminosos, podem conduzir a movimentos de rebelião.

Um sistema duro de disciplina, com respeito aos direitos humanos e fundamentais dos presos, esvazia consideravelmente essa perspectiva. Resta a superlotação, que, por si só, fomenta ambientes de risco. Nesses casos, não apenas a expansão da rede prisional constitui alternativa idônea. Tem-se, ainda, a

¹⁴⁶ SILVA, Mario Bezerra da. Privatização do sistema prisional. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3149/Privatizacao-do-sistema-prisional> >. Acesso em set/2010.

necessidade de redistribuição dos presos no sistema, a partir de uma gestão pública compartilhada entre o Executivo e o Judiciário, aliviando focos de tensão.

A criação de novos horizontes, com parcerias qualificadas com o setor privado, configura instrumento importante de gestão, visto que não elimina outros espaços ou alternativas de escolhas e ações. Todavia, tampouco constituem, tais parcerias, panaceia para todos os males.

Os custos das parcerias que vêm sendo empreendidas em nosso país, em um primeiro momento, também parecem altos. Resta saber se há uma satisfatória relação entre o custo e o benefício da empreitada.

6.2 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS BRASILEIRAS

A escassez de recursos públicos para fazer frente a investimentos em setores de responsabilidade do poder público, mormente na área de transportes (rodovias, ferrovias, portos, aeroportos), saneamento, presídios, saúde, habitação, fez com que o Estado procurasse novas formas de relacionamento entre o setor público e o privado. Diversos países têm buscado modelos de gestão em que a participação do setor privado em investimentos de grande interesse público e social tende a se tornar mais ativa.

As PPPs no Brasil, antes de ser disciplinadas em âmbito federal, já haviam sido normatizadas no âmbito de alguns Estados, como Minas Gerais (o pioneiro nesse aspecto), Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul, Amazonas, entre outros.

Em 2004 foi publicada a Lei nº. 11.079, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da administração pública.

Dentre os modelos 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, em 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, a citada lei, que as funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado são indelegáveis.

Ainda não há no Brasil nenhuma experiência de contratos de gestão de presídios nos moldes da Lei de PPP (Lei 11.079/2004), entretanto, Minas Gerais (que colocou em consulta pública a PPP para 3.000 detentos de uma prisão orçada em 200 milhões de reais) e Pernambuco (que também submeteu à consulta pública uma PPP visando a construção e gestão de um Centro Integrado de Ressocialização) resolveram se utilizar desse importante instrumento na tentativa de melhoria da segurança pública.

Em Pernambuco, uma empresa ficará responsável por investir cerca de R\$ 240 milhões na construção de um presídio para 3.126 detentos e depois pela gestão dele por três décadas. Em troca, o Estado pagará uma mensalidade por preso¹⁴⁷.

O grande atrativo das parcerias público-privadas são os longos contratos que o governo tem a oferecer. Em Pernambuco serão 33 anos e em Minas Gerais 27 anos, diferentemente de co-gestão, onde são celebrados contratos, de no máximo, cinco anos.

É o caso da empresa Humanitas Administração Prisional S/C, pioneira da co-gestão no estado do Paraná, onde administrava a penitenciária de Guarapuava. Todavia, o atual governo paranaense reassumiu a gestão daquele e de outros quatro presídios que também tinham sido implantados no sistema de gestão compartilhada (Casa de Custódia de Curitiba, a Casa de Custódia de Londrina, a prisão de Piraquara e a prisão de Foz do Iguaçu).

¹⁴⁷ SETTE, Azevedo. Primeiro passo para parcerias. Disponível em < http://www.azevedosette.com.br/ppp/noticias/2008-01-17_05.html >. Acesso em 07.11.2010.

Em Minas Gerais, estudo realizado pelo governo fixa a mensalidade a ser paga por cada detento, no sistema de PPP, em 2.100 reais e, em Pernambuco, o valor sobe para 2.400 reais. Em dezembro de 2007, o Brasil possuía cerca de 422.000 presos, sendo que o número de vagas em presídios era de 263.000¹⁴⁸. Há um déficit de mais de 150.000 vagas no sistema prisional brasileiro.

6.2.1 A Implantação da PPPs em Pernambuco

O Estado de Pernambuco colocou em consulta pública um projeto para a construção de um presídio por meio de parceria público-privada em 11 de janeiro de 2008.

É a penitenciária de Itaquitinga, estima-se que os gastos com a construção e compra de equipamentos para esta nova unidade, criada para ser de segurança máxima, cheguem a R\$ 248 milhões.

No projeto está prevista a construção de cinco salas exclusivas para visitas íntimas, um parlatório (recinto onde o preso se comunica por telefones), padaria, capacitação profissional, além de contar com um moderno sistema de segurança (com uso de raio “x” e várias áreas de revista).

A Secretaria de Ressocialização (Seres) vai abrir licitação para que empresas se apresentem para construir (num prazo de 18 meses) e manter (por 30 anos para concessão administrativa) a nova unidade. Cada preso custará 2.400 reais por mês. Atualmente os gastos giram em torno de 1.400 reais¹⁴⁹.

No novo complexo prisional o apenado será individualizado de acordo com a pena e o perfil criminológico atendendo a Lei de Execução Penal (LEP).

¹⁴⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Quadro sintético da população carcerária. Disponível em < <http://www.mj.gov.br/data/pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm> >. Acesso em 10.11.2010.

¹⁴⁹ SEPLAN. Itaquitinga vai abrigar presídio. Secretaria de Planejamento e gestão de Pernambuco. Disponível em < <http://www.ppp.seplan.pe.gov.br/noticias.php?id=36> >. Acesso em 07.11.2010.

De acordo com Sílvio Bompastor, gerente-geral de PPP da Secretária de Planejamento do Estado, “escolhemos o sistema PPP por saber que o Estado não tem recursos para construir um presídio”¹⁵⁰.

De acordo com a minuta do contrato, caberá à concessionária, entre outros compromissos, dotar a unidade prisional dos seguintes profissionais: advogado, assistente social, médico clínico, médico psiquiatra, psicólogo, terapeuta educacional, odontólogo, enfermeiro, professores de educação física, professores de Ensino Fundamental e Ensino Médio e instrutor de informática.

O objetivo é a prestação de serviços assistenciais à população carcerária, tendo por fim harmonizar a convivência entre os internos e seu futuro retorno à sociedade e proporcionar as condições físicas e psicológicas para o cumprimento de pena que lhes foi imposta.

O cargo de diretor-geral, diretor adjunto e coordenador de segurança e disciplina serão ocupados por servidores públicos do Estado de Pernambuco. Ao diretor-geral caberá, entre outras responsabilidades, garantir a vedação contratual à ultrapassagem do limite nominal de capacidade do Centro de Integração de Ressocialização de 3.126 internos.

Caberá a Polícia Militar pernambucana a manutenção dos serviços de policiamento e vigilância externa na unidade prisional, nos vários postos de segurança, bem como o acompanhamento em escoltas para hospitais, fórum e outros locais, dentro e fora dos limites do município, e ainda intervenção na área interna das unidades, por solicitação da direção.

A concessionária também será responsável pela reinserção dos internos à sociedade, com a realização de projetos que deverão ser implantados com o propósito de possibilitar a educação e a qualificação profissional, bem como a possibilidade de trabalho e sua respectiva remuneração, e o resgate da cidadania.

Além do fator financeiro, outro fator relevante que integra a punibilidade do parceiro privado (em caso de má gestão do presídio) é se for declarada a

¹⁵⁰ SEPLAN. Itaquianga vai abrigar presídio. Secretaria de Planejamento e gestão de Pernambuco. Disponível em < <http://www.ppp.seplan.pe.gov.br/noticias.php?id=36> >. Acesso em 07.11.2010.

caducidade da concessão administrativa. Ela pode acontecer quando houver, entre outras ocorrências: serviço prestado inadequada ou deficientemente (de acordo com o Quadro de Indicadores de Desempenho); reiterada oposição ao exercício da fiscalização, não acatamento de determinações ou sistemática desobediência às normas de operação; se a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações nos prazos estabelecidos; se obtiver notas de desempenho que caracterizem *desempenho geral nulo* na prestação de serviço por dois trimestres consecutivos, em virtude do descumprimento das metas estabelecidas no Quadro de Indicadores de Desempenho.

Se a concessionária, no prazo fixado, não corrigir as falhas e transgressões apontadas, o governo instaurará o competente processo administrativo para configurar a inadimplência da concessionária e, conseqüentemente, a retomada da administração prisional.

Pode-se verificar que o setor público está equipado com instrumentos eficazes para o total cumprimento das obrigações por parte do parceiro privado; tanto no campo financeiro, quanto no campo administrativo (caducidade do contrato).

6.2.2 Implantação das PPPs em Minas Gerais

O Estado de Minas Gerais abriu consulta pública, em janeiro de 2008, com vista ao processo de licitação para, no regime de concessão pública, efetivar a construção e gestão de um complexo penal nos moldes de PPP. O prazo para a gestão do complexo será de 27 anos.

A capacidade será para cerca de 3.000 detentos, em Ribeirão das Neves, na região metropolitana de Belo Horizonte. O teto para manutenção do preso será de 2.100 reais por mês, valor 20% abaixo do custo atual.

Por ano, o edital prevê o pagamento máximo de 76 milhões de reais ao vencedor da concorrência¹⁵¹.

Para a concessionária, entre outras responsabilidades, está prestar serviços na área jurídica, psicológica, médica, odontológica, psiquiátrica, assistencial, pedagógica, esportiva, social e religiosa, para o desenvolvimento e acompanhamento dos sentenciados, em conformidade com o disposto na Lei de Execução Penal.

O projeto que está sendo desenvolvido foi embasado em alguns princípios. O primeiro é a necessidade de uma gestão profissional de unidades penitenciárias, de modo a imprimir conceitos de qualidade e eficiência na custódia do indivíduo infrator, promovendo a efetiva ressocialização deste.

O segundo é a importância de controle e transparência na execução da política de segurança pública.

O terceiro é a relevância de padrões contratuais que incentivem a cooperação entre o setor público e privado, para que os ganhos de eficiência possam ser verificados e os níveis adequados de retorno sejam garantidos ao operador e ao investidor¹⁵².

O poder público permanece responsável pelas atividades de segurança armada nas muralhas e pela segurança externa à unidade, bem como pela supervisão, controle e monitoramento de todas as atividades. O diretor de segurança também permanece como agente governamental e tem exclusivamente as responsabilidades de monitorar e supervisionar os padrões de segurança da unidade, além de aplicar eventuais sanções administrativas aos internos.

O governo do Estado também se responsabiliza por administrar as transferências dos presos relacionadas à unidade, sendo vedada expressamente qualquer forma de superlotação.

¹⁵¹ SETTE (op. cit.).

¹⁵² MINAS GERAIS. Projeto PPP no sistema penitenciário. 3.000 mil vagas prisionais. Disponível em < <http://www.ppp.mg.gov.br/pppemminas/projetos-ppp/penitenciarias/> >. acesso em 07.11.2010.

A remuneração do parceiro privado será vinculada à disponibilidade da vaga prisional e aos indicadores de desempenho dos serviços prestados. Dentre os indicadores definidos estão: número de fugas; número de rebeliões; nível educacional dos internos; proporção de internos que trabalham; quantidade e qualidade da assistência jurídica e psicológica dos presos¹⁵³.

A questão de a remuneração do parceiro privado estar, também, vinculada à qualidade dos serviços prestados tem duas finalidades: primeiro, quanto menor for o número de fugas/rebeliões/motins, quanto maior o nível educacional dos presos e a proporção dos internos que trabalham ou a qualidade dos serviços de saúde, assistência jurídica, entre outros, maior será a remuneração da concessionária e melhores chances de sucesso terá o reingresso do detento na vida em sociedade, sendo menor o índice de reincidência criminal.

¹⁵³ MINAS GERAIS. Projeto PPP no sistema penitenciário. 3.000 mil vagas prisionais. Disponível em < <http://www.ppp.mg.gov.br/pppeminas/projetos-ppp/penitenciarias/> >. Acesso em 07.11.2010.

CAPÍTULO VII

7 FORMAS DE PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS

Necessário se faz a compreensão das várias significâncias que pode assumir a expressão *privatização dos presídios*. Isso ajudará, certamente, a alcançar um diagnóstico mais cuidadoso quanto à viabilidade das prisões privatizadas pela qual o capital privado se relaciona com o cárcere. Maurício Kuehne¹⁵⁴ aponta para quatro enfoques principais no fenômeno da privatização carcerária.

O primeiro e mais radical desses enfoques consiste na construção e administração plena dos estabelecimentos carcerários por sociedades empresárias privadas. O próprio Kuehne, analisando nossas matrizes normativas, mormente no que diz respeito ao monopólio estatal do *jus puniendi*, é enfático ao concluir que “essa administração total pela empresa privada é (...) completamente descartada em nosso ordenamento jurídico”¹⁵⁵.

Outra possibilidade seria a construção dos presídios pelo capital privado, com posterior locação pelo poder público. Tal hipótese, contudo, não teria nenhum reflexo sobre o trabalho dos detentos, que continua controlado pelo Estado.

Um terceiro enfoque seria a utilização da mão-de-obra carcerária pela empresa, para recuperar os custos com a construção, manutenção e administração do presídio.

A última possibilidade visualizada por Kuehne (2005) consiste na terceirização de determinados segmentos da administração prisional. Em cada um desses possíveis arranjos pode-se identificar uma variedade de problemas de ordem ética, política e jurídica, que será estudada adiante, buscando sempre reafirmar a universalização da proteção ao trabalho e a salvaguarda dos direitos humanos.

¹⁵⁴ KUEHNE, Maurício. **Lei de execução penal anotada**. São Paulo: Juruá, 2005.

¹⁵⁵ Idem (p. 161).

7.1 OBSTÁCULOS ÉTICOS

Os obstáculos de natureza ética estariam ligados ao próprio princípio ético da liberdade individual, consagrado na Constituição Federal brasileira como garantia constitucional do direito à liberdade.

De acordo com esse princípio, a única coação moralmente válida seria aquela imposta pelo Estado por meio da execução de penas ou outras sanções, sendo ainda que o ente estatal não está legitimado a transferir o poder de coação a uma pessoa física ou jurídica.

Do ponto de vista ético, seria intolerável que um indivíduo, além de exercer domínio sobre outro, aufera vantagem econômica do trabalho carcerário.

Esse ofício faz parte da natureza da pena e somente ao Estado será moralmente lícito obter receita do mesmo.

Segundo Araújo Junior¹⁵⁶, este princípio ético está consagrado nas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, estabelecidas pela Organização das Nações Unidas em 1955.

Tais regras determinam que o trabalho penitenciário, embora obrigatório, não deverá ter caráter aflagante (Regra 71.1) e que a organização do trabalho penitenciário deverá assemelhar-se o mais possível à que se aplica a um trabalho similar fora do estabelecimento (Regra 72.1).

O respeito aos preceitos da ONU é tradicional no Brasil, assim como é tradicional, também, o respeito aos preceitos éticos, em matéria de trabalho prisional.

Seria, portanto, intolerável enriquecer sobre a base do *quantum* de castigo que seja capaz de infringir a um condenado.

¹⁵⁶ ARAÚJO JUNIOR (op. cit.).

7.2 OBSTÁCULOS JURÍDICOS

No Brasil, a execução penal sempre pretendeu ser uma atividade jurisdicional. Atualmente, com a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11/07/84), o caráter jurisdicional e processual da execução ficou perfeitamente marcado.

O princípio da jurisdição única atribui ao Estado o monopólio da imposição e da execução de penas ou outras sanções. Inconcebível seria que o Estado executasse a tutela jurisdicional, representado por autoridade que não se reveste de poderes suficientes para tanto. O Estado não está legitimado para transferir a uma pessoa física ou jurídica o poder de coação de que está investido e que é exclusivamente seu. A violação de indelegabilidade da atividade jurisdicional importaria em inconstitucionalidade.

7.3 OBSTÁCULOS POLÍTICOS

Privatizar prisões significa consagrar um modelo penitenciário que a ciência criminológica revelou fracassado e, além disso, considerado violador dos direitos fundamentais do homem.

Vale ressaltar que o antigo liberalismo político preconizado por Adam Smith, mesmo com todo estímulo à participação privada na vida econômica, jamais colocou em dúvida o monopólio do Estado com referência às atividades de segurança pública, administração da justiça e defesa nacional. Transferir essas atividades a particulares seria negar existência ao próprio órgão político, seria desvirtuar-lhe o ser, o próprio significado.

O objetivo teórico da administração penitenciária é combater a criminalidade, e não obter lucros; ora, as empresas que desejam participar da administração penitenciária visam obter lucro e retirá-lo da própria existência da criminalidade;

logo, tais empresas não iriam lutar contra a criminalidade e, se não têm tal interesse, não devem administrar prisões.

7.4 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

Na edição 2101, a revista **Veja**¹⁵⁷ divulgou dados interessantes e favoráveis à privatização de presídios. Comparou o Presídio Central de Porto Alegre, considerado o pior do país, com a Penitenciária Industrial de Joinville. Segundo a revista, os resultados são tão promissores que existe uma tendência de ampliar a participação da iniciativa privada na área prisional, seja por meio de terceirização, seja por meio de PPP.

Dante Alighieri¹⁵⁸ descreve o inferno como um lugar úmido, sujo, fétido, sombrio, mal iluminado. A foto estampada na reportagem supramencionada retrata o inferno de Dante no Presídio Central de Porto Alegre, onde as condições de habitação são abjetas.

Dos modelos de privatização que se destacam, o americano permite maior autonomia no gerenciamento do estabelecimento, já no francês a participação do Estado é maior – o modelo brasileiro de privatização tende a se aproximar do modelo francês.

D'Urso¹⁵⁹ defende a tese da privatização de presídios como forma redutora dos malefícios causados pelas prisões brasileiras modernas. De acordo com o atual presidente da Ordem dos Advogados do Brasil paulista, o preso custa ao Estado 50 dólares por dia, enquanto na administração privada o valor cairia para 25 dólares.

¹⁵⁷ SCHELP, Diogo. Nem parece presídio. **Veja**. Ed. 2101, 25.02.2009. São Paulo: Abril, 2009, pp. 85-7.

¹⁵⁸ ALIGUIERI, Dante. **A divina comédia**. Vol.1, 2. ed. São Paulo: Edusp, 1979.

¹⁵⁹ D'URSO, Luiz Flávio Borges. A privatização dos presídios. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19923/A%20privatiza%c3%a7%c3%a3o%20dos%20pres%c3%addios.pdf?sequence=1>>. Acesso em 07.11.2010.

D'Urso ainda avalia que, se a Constituição Federal não proibiu a privatização, permitiu. E conclui distribuindo as tarefas: a jurisdicional sempre nas mãos do Estado-juiz, restando ao particular cuidar da alimentação, limpeza, roupas, e demais serviços materiais da execução penal.

Em 2003, D'Urso, que presidiu o Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária de São Paulo e é Membro do Conselho Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e atual presidente da OAB/SP, emitiu a seguinte opinião:

Registro que sou amplamente favorável à privatização, no modelo francês e as duas experiências brasileiras, uma no Paraná há um ano e outra no Ceará, há dois meses, há de se reconhecer que são um sucesso, não registram uma rebelião ou fuga e todos que orbitam em torno dessas unidades, revelam que a "utopia" de tratar o preso adequadamente pode se transformar em realidade no Brasil. (...) Das modalidades que o mundo conhece, a aplicada pela França é a que tem obtido melhores resultados e testemunho que, em visita oficial aos estabelecimentos franceses, o que vi foi animador. Trata-se de verdadeira terceirização, na qual o administrador privado, juntamente com o Estado fazem parceria administrativa, inovando o sistema prisional. Já o modelo americano, o qual também visitei, tal seria inaplicável ao Brasil, porquanto a entrega do homem preso ao particular é total, fato que afrontaria a Constituição brasileira (...). De minha parte, não me acomodo e continuo a defender essa experiência no Brasil, até porque não admito que a situação atual se perpetue, gerando mais criminalidade, sugando nossos preciosos recursos, para piorar o homem preso que retornará, para nos dar o troco!¹⁶⁰

7.5 DA CONSTITUCIONALIDADE DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NA GESTÃO DE PRESÍDIOS

Uma das principais alegações dos doutrinadores contrários à proposta de privatização do sistema prisional é a alegação de inconstitucionalidade de tal medida uma vez que o poder de império é do Estado, e esta função jamais poderá ser delegada a um particular.

Nesse sentido, pode-se verificar que a PPP não é a privatização total, ou seja, não será entregue todo o poder do Estado ao particular, mas, sim, alguns serviços, portanto, a execução da pena privativa de liberdade será sempre prerrogativa

¹⁶⁰ D'URSO (op. cit.).

estatal. O que será delegado ao particular é a maneira de executar a pena, limitando-se o particular a serviços de hotelaria e não interferindo diretamente na individualização da pena.

Não se tem a menor dúvida de que a PPP, também em presídios, tem lastro jurídico adequado. Não se está a propor, pura e simplesmente, a privatização de presídios, nem a retirada do Estado desse vital setor.

Ao contrário, quer-se reforçar a presença do Estado com novas parcerias, dentro de um ambiente de cooperação, comprometimento com metas e resultados. Quer-se agregar à legalidade o princípio da eficiência administrativa, ambos inscritos expressamente no art.37, *caput*, da Magna Carta. É o que autoriza e visa tornar realidade o projeto de PPP, uma das principais iniciativas do Ministério Federal do Planejamento¹⁶¹.

Tal modalidade de contrato foi regradada na esfera federal pela Lei nº 11.079/2004, já tendo sido criado, inclusive, por meio do Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005, o Comitê Gestor de Parceria Público-privada Federal (CGP). Também foi regradada na esfera estadual por meio da Lei nº 12.234/2005, estabelecendo a natureza (art. 2º) e o que pode ser objeto de Parceria Público Privada (art. 3º).

No caso dos presídios, trata-se de concessão administrativa, tendo em vista que ocorrerá repasse financeiro do Estado, porém sem cobrança de tarifa do *usuário* do serviço – no caso, o prisioneiro. É verdade que, numa visão mais limitadora, o preso não seria propriamente um usuário, porquanto não lhe é dada essa opção de usar ou não usar o sistema. Ele seria, sem embargo, não apenas um usuário forçado, compelido, mas um beneficiário dos serviços públicos internos e um destinatário de outros serviços públicos, como os de vigilância, segurança, monitoramento.

¹⁶¹ O Ministério do Planejamento, possui inclusive uma carteira de projetos para serem efetivados por meio de parceria público -privada, no período compreendido entre os anos de 2004 e 2007, incluindo rodovias, ferrovias, portos, e obras de irrigação, projetos estes que somam um total de 13 bilhões de reais. Disponível em < www.planejamento.gov.br >. Acesso em 09.11.2010.

Ademais, sendo portador de direitos fundamentais perante o Estado, o preso resulta posicionado como usuário, eis que lhe assiste razão ao reivindicar determinados padrões de qualidade, segurança, higiene, saúde. De sorte que não parece inviável considerar o presidiário como genuíno usuário do sistema, ainda que tal terminologia possa parecer, num olhar preliminar, inadequada.

Grande parte daqueles que rechaçam a proposta da terceirização ou de PPP dos presídios brasileiros tem como ponta de lança de argumentação o fato de ser monopólio do poder público o controle da execução penal. Tal questão é pacífica, ninguém a discute. Ao poder público, consubstanciado tanto no Executivo quanto no Judiciário, compete a gestão do sistema, com prerrogativas indisponíveis.

Entretanto, toda a sociedade pode vir a colaborar para a melhoria da execução da pena, entendimento este, aliás, respaldado pelo artigo 4º da Lei de Execução Penal. E a administração dos presídios, não importa se no sistema misto ou essencialmente público, deverá ser supervisionado pelo Departamento Penitenciário Nacional, o qual, aliás, já possui tal atribuição, segundo o art. 72, inciso II, da Lei de Execução Penal.

Assim, casos de má administração em presídios terceirizados, que firam o interesse público, farão com que os contratos eventualmente estabelecidos entre o poder público e as empresas privadas possam ser imediatamente rescindidos, vez que tal opção se configura como direito da administração pública, uma das cláusulas exorbitantes, por meio de ato fundamentado e observado o devido processo legal.

Nas palavras de Diógenes Gasparini¹⁶²:

Nos contratos administrativos reconhecem-se em razão da lei, da doutrina e da jurisprudência, a favor da Administração Pública contratante, certas prerrogativas, a exemplo de: a) modificar a execução do contrato a cargo do contratante particular; b) acompanhar a execução do contrato; c) impor sanções previamente estipuladas; d) rescindir, por mérito ou legalidade, o contrato.

¹⁶² GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 81.

Em suma: se for irregular a administração dos presídios sob os cuidados de entes privados, o poder público terá todo um rol de prerrogativas para fazer com que o interesse público se sobreponha aos interesses dos particulares.

Sempre deve se buscar a autossustentabilidade das unidades prisionais, com o objetivo de alocar, cada vez menos, recursos estatais para o funcionamento do estabelecimento prisional. O trabalho do sentenciado, incluindo remuneração e período de descanso, dentre outros fatores, deve ser definido e regulado em conformidade com a Lei de Execuções Penais.

Sobre a privatização, Fernando Capez¹⁶³ é contundente:

É melhor que esse lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábrica de rebeliões. O estado não tem recursos para gerir, para construir os presídios. A privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios; aumentamos o número de presídios; melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é a questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível, é um fato.

7.6 DO TRABALHO CARCERÁRIO NAS PPP NA GESTÃO DE PRESÍDIOS

Outrossim, a doutrina apresenta pensamentos contrários à tese da privatização, sob o argumento da exploração do trabalho do preso pela empresa privada, caracterizando trabalho forçado, e de obter lucro na exploração do sofrimento do homem encarcerado, além do possível apego ao lucro excessivo.

O trabalho é das atividades que guarda maior identificação com o próprio elemento humano. Assim, encarrega-se o trabalho de criar os ambientes artificiais duráveis, nos quais a marca do humano seja sólida, indelével. Toma-se, então, o

¹⁶³ DATAVENI@. Direito Público em pauta. Entrevista concedida por Fernando Capez, **Dataveni@**, Entrevistas, ano VI, nº 55, março de 2002. Disponível em < <http://www.datavenia.net> >. Acesso em 07.11.2010.

raciocínio de Hannah Arendt¹⁶⁴ para afirmar que a ação do *homo faber* parece essencial para a construção de ambientes humanos. Nesse sentido, conforme bem sintetiza Daniela Muradas¹⁶⁵, “a existência do homem é existência pelo trabalho (...). O trabalho é um processo de formação do homem”.

O ócio absoluto, e isso é comprovado na experiência histórica dos presídios, animaliza os indivíduos, bloqueando a construção e a manutenção de ambientes humanos. O trabalho indigno ou superexplorado, da mesma forma, desumaniza. Restam, daí, as cogitadas benesses da laborterapia, por meio da qual a relação indivíduo-ambiente parece ganhar maior equilíbrio.

Parece, aqui, necessário dar breve notícia sobre a evolução histórica do trabalho carcerário, associado às mudanças que acometeram o próprio sistema penal ao longo dos séculos. Chegando-se, enfim, aos modelos prisionais que vigoram na atualidade, mais sólida será compreensão de qual é o papel que o trabalho desempenha nos presídios de nosso tempo.

7.6.1 O Trabalho Penitenciário ao Longo da História

Chama-se de fase religiosa e cristã do trabalho penitenciário o período que abrange a introdução do trabalho em algumas prisões – a partir do século XVI até o século XVII, por influência do sistema da Igreja, das suas organizações ou instituições, erguidas graças às ideias e esforços de autorizados representantes seus, principalmente na Itália. Da mesma maneira abrange na fase cristã do trabalho a introdução por influencia de ideias cristãs, como dos burgueses protestantes que levantaram as prisões de Amsterdã em 1595 e 1598.

¹⁶⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 149.

¹⁶⁵ MURADAS, Daniela. **Trabalho, ética e direito: fundamentos da ética hegeliana para a restrição jurídica da negociação coletiva**. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2002, p. 80.

O trabalho na prisão era contrário à *Penitência Canônica*, pois antigamente prevalecia nas prisões a reclusão pura e simples, num mosteiro ou na prisão episcopal, com a ideia de contemplação e meditação do delinquente para arrepende-se do delito praticado. Esse regime consiste essencialmente na privação da nutrição e do bem-estar corporal em geral – o jejum, privação total ou parcial de todos os alimentos que não sejam necessários à simples conservação da existência durante todo ou parte do período da pena. Tais são os sofrimentos impostos ao condenado.

Portanto, a partir do século XVI, os princípios de emenda moral do homem caído saíram dos ambientes acanhados e fechados das clausuras e dos mosteiros para penetrar nas instituições civis, e a ideia de trabalho começou a surgir com mais clareza como método moralizador, um dos elementos da reabilitação moral do criminoso.

Se o trabalho penitenciário era relegado para um plano inferior, porque perturbava a contemplação e a meditação do delinquente, e já que o isolamento celular era um entrave para sua utilização, passou, entretanto, a ser encarado como elemento de melhoria nas prisões seculares, inspiradas pela Igreja. Foi preciso deixar os ambientes monásticos para ter expressão e valor o trabalho penitenciário.

Embora o trabalho, nessa fase religiosa, possa ser suscetível de discussão e de crítica pela imposição de princípios teológico-penais, em contraste com a ociosidade predominante na maioria das prisões resultou em grande progresso para a época.

Somente com a humanização das penas e o triunfo da pena de prisão, o trabalho passou a desempenhar novas funções no âmbito carcerário. Sobre essa virada fundamental, discorreu Miotto¹⁶⁶:

Integrando-se no regime de execução da pena (da sanção penal) o trabalho é um valor instrumental para o condenado, o que é coisa bem diversa de ser o trabalho uma espécie de pena — trabalho forçado — como ocorria no passado (...). Neste último caso, o condenado é que é o instrumento de trabalho — o que é imoral, iníquo, desumano (de vez que coisifica o homem).

¹⁶⁶ MIOTTO (op. cit., p. 493).

A penitenciária de Auburn, no Estado de Nova Iorque, sagrou, ao final do século XVIII, um modelo caracterizado pelo isolamento celular durante a noite e pelo trabalho conjunto em absoluto silêncio durante o dia. Fernando Salla¹⁶⁷ assevera que o sucesso desse sistema foi garantido, em muito, pela sua similitude à fábrica, implantando no interior do cárcere o trabalho produtivo, que requer “determinadas regras para a interação entre os condenados, no sentido dos tempos e modos similares ao do trabalho operário, provocando a substituição da disciplina simplesmente fundada na vigilância pela disciplina da organização do trabalho”.

7.6.2 Papel e Finalidade do Trabalho no Cárcere

Pode-se afirmar que a maioria dos modelos de aplicação da pena privativa de liberdade tem no trabalho dois elementos fundamentais, em primeiro lugar, busca-se a disciplina dos internos e organização do ambiente prisional, em segundo lugar, o objetivo da regeneração e ressocialização dos indivíduos presos, o que faz do trabalho verdadeiro pilar do tratamento penitenciário.

Ao criar uma rotina produtiva, rejeitar a insubmissão e premiar os *bons operários*, o trabalho tem uma força disciplinar inigualável no ambiente prisional. Por meio do trabalho, o indivíduo encarcerado adere mais fortemente a uma série de regras hierárquicas típicas dos presídios, retendo paixões e ímpetos. O hábito de trabalhar dociliza (apesar de, por uma ótica transversa, também fomentar a organização da resistência) e incorpora o indivíduo àquela diagramação de autoridade, o que ajuda a manter a organicidade da instituição em funcionamento.

A finalidade ressocializadora também é central no discurso justificativo do verdadeiro triunfo da privação de liberdade no último século. Verbos como

¹⁶⁷ SALLA, Fernando Afonso. **Trabalho penal**: uma revisão histórica e as perspectivas frente à privatização das prisões. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 1991, p. 69.

readaptar, reeducar, regenerar e reintegrar são verdadeiras palavras de ordem nesse discurso. Na lição de Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça¹⁶⁸:

Viver em grupo pressupõe uma renúncia ao individualismo absoluto diretamente proporcional à preocupação que se deve dirigir ao outro. O trabalho atende a essa finalidade na medida em que destinado à construção do bem comum. Aquele que trabalha, portanto, mostra-se integrado ao grupo social.

Esse adensamento moral patrocinado pelo trabalho no presídio está fortemente ligado à reabilitação do indivíduo encarcerado, para que este aceite conscientemente as regras seguidas em sociedade. Firma-se, aí, a ideia de um verdadeiro tratamento prisional, que seja um *bem* para o delinquente, removendo-o da margem do tecido social. Miguel Reale Júnior¹⁶⁹ captura bem esse papel mediato do trabalho penal, pela reintegração futura do indivíduo à sociedade:

Outorga-se um prêmio ao trabalho tal o relevo que possui o exercício de tarefas, seja para o presente, como condição de higiene mental e sustento da família, que não pode ser em atividades sem expressão econômica, visando ao futuro viabilizar a obtenção de emprego, com o aprendizado recebido.

Para Marx¹⁷⁰, o crime e a punição prisional têm papel funcional específico no modo de produção capitalista:

Um filósofo produz idéias, um poeta poemas, um pastor sermões, um professor tratados, etc. Um criminoso produz crimes (...). O criminoso não produz somente crimes, ele produz também o Direito Penal e, em conseqüência, também o professor que produz cursos de Direito Penal (...). O criminoso produz, além disso, toda a polícia e toda a justiça penal, os beleguins, juízes, carrascos, jurados etc. (...). Enquanto o crime retira uma parte da população supérflua do mercado de trabalho e assim reduz a competição entre os trabalhadores (...) a luta contra o crime absorve outra parcela dessa mesma população.

Tratando da especificação e da delinquência, Foucault¹⁷¹ entende que a prisão tem um papel produtivo bastante peculiar, dotando de alta carga simbólica a persecução penal pela privação de liberdade:

¹⁶⁸ MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves. **Da obrigatoriedade do trabalho do condenado**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2004, p. 33.

¹⁶⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 16.

¹⁷⁰ MARX, Karl. **Teorias da mais-valia**. Trad. Vinícius Caldeira Brant. O trabalho encarcerado. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 31 e 36.

O circuito da delinquência não seria o subproduto de uma prisão que, ao punir, não consegue corrigir: seria o efeito direto de uma penalidade que, para gerir as práticas ilegais, investiriam algumas delas num mecanismo de 'punição-reprodução' de que o encarceramento seria uma das peças principais.

Todo esse argumento crítico envolve um imenso discurso de justificação de fundo jurídico e humanitário, pela punição legítima e reabilitação. Disse o Marquês de Beccaria¹⁷², prenunciando uma marcha pela justiça e razoabilidade da execução penal: “As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos”.

Depara-se, então, com questões emblemáticas relacionadas ao trabalho prisional, como: até que ponto o benefício da laborterapia resiste à engrenagem do capital e à necessidade social da delinquência? O trabalho ajuda na manutenção da *salvação pública* de Beccaria? Essas questões estruturais devem informar sempre os diagnósticos específicos e as soluções propostas para o sistema prisional.

7.6.3 A Lógica do Trabalho no Cárcere Privatizado: Prós e Contras

A introdução de capitais privados nos estabelecimentos prisionais para a configuração da execução penal e, conseqüentemente, para o trabalho dos reclusos é diversificada e sustenta uma gama de argumentos favoráveis e desfavoráveis à adoção do sistema. Podem-se destacar aqui algumas facetas que podem ter maior peso na decisão por adotar ou proibir o trabalho dos internos, aliadas ao fenômeno da injeção de capital privado nas prisões.

¹⁷¹ FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhte. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 244.

¹⁷² BECCARIA (op. cit., p. 20).

Na década de 1960, Henry Ford¹⁷³ salientou a necessidade de aliviar o ônus social do encarceramento por meio do uso racionalizado da própria força produtiva dos apenados com privação de liberdade. Ford advogava a autossuficiência das prisões, a ser obtida com os recursos advindos do próprio trabalho dos internos, organizados sob a influência direta dos princípios econômicos.

Ainda nessa lógica utilitária, surgiu a ideia da formação de uma poupança para os presos, constituída dos rendimentos auferidos com o trabalho encarcerado, a ser resgatada quando do término do *tratamento penitenciário*. Tal pecúlio faria da reintegração social um processo mais viável e ameno, no qual restaria preservada a dignidade do egresso do sistema prisional¹⁷⁴.

Outrossim, a faceta utilitária do trabalho prisional ganha força, pois o desempenho de atividades similares àquelas exercidas no mercado de trabalho além-muros, durante o período da execução penal, mantém mais altas as chances de o interno ser reintegrado à estrutura produtiva quando regressar à liberdade. E, para desempenhar tal mister de capacitação e atualização da força produtiva, o capital privado tenta se vender como a solução por excelência.

E a lógica da defesa do trabalho prisional encontra na necessidade de manutenção da família do preso e na indenização das vítimas outro ponto de apoio. Tal argumento pode ser extremamente persuasivo, por ter forte carga moral. Neuman e Irzurzin¹⁷⁵, por exemplo, defendem que:

Todo el que entra en la cárcel debe trabajar aunque sean pocos meses. Ese trabajo debe ser útil, provechoso y bien remunerado. Ha de servir a la manutención de su familia que se ve privada moral y económicamente. También, y en la medida de lo posible, a la indemnización de las víctimas de determinados delitos o sus familias.

¹⁷³ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Trabalho Encarcerado e a privatização dos presídios: reflexões à luz da convenção 29 da OIT. Artigo disponível em < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/832/592> >. Acesso em 19.10.2010.

¹⁷⁴ Vale aqui um breve parêntese para salientar a força desse argumento, a ser ilustrada pela adoção da ideia na legislação brasileira (art. 29, §2º da Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210/84): “Art. 29, §2º. Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para a constituição do pecúlio, em cadernetas de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade”.

¹⁷⁵ NEUMAN, Elias; IRURZUN, Víctor. *La sociedad carcelaria*. Buenos Aires: Depalma, 1974, p. 27. Tradução livre: “Todo aquele que entra no cárcere deve trabalhar ainda que durante poucos meses. Esse trabalho deve ser útil, proveitoso e bem-remunerado. Deve servir à manutenção de sua família, que se vê privada moral e economicamente. Também, e na medida do possível, à indenização das vítimas de determinados delitos ou suas famílias”.

A ideologia da privatização do sistema prisional enfrenta o primeiro grande problema, que é a questão estrutural. A gestão carcerária privada traria, em tese, a desburocratização e a otimização, mas, na prática essas vantagens podem ser inviabilizadas, como, por exemplo, a necessidade da formação de uma estrutura estatal fiscalizadora e o crescimento dos custos reflexos para o Estado. Estes últimos podem concretizar-se em benefícios e isenções tributárias, por meio dos quais o Estado deixaria de arrecadar, ocasionando perda que deve integrar o cômputo final das vantagens. Além disso, a projeção de preços fornecida pelos particulares tem algumas experiências de falência prática, sobretudo nos Estados Unidos.

Além dos eventuais desvios de efetivação, há questões como o crescimento no número de presídios e presidiários em consequência direta da proposta de tornar *negócio* a administração carcerária, pela própria vocação expansiva do capital privado.

O receio daqueles que se mostram contrários à privatização dos presídios reside principalmente nesse ponto, ou seja, de que na ânsia de auferir lucros a iniciativa privada se distancie por completo dos fins da pena de prisão e do homem encarcerado que necessita de reabilitação para reintegrar-se à sociedade, ou seja, a geração do lucro a partir da miserabilidade do ser humano.

E esta questão se coloca ainda mais implacável quando se lida com o trabalho encarcerado, conforme assinalou Salla, ao afirmar ser “aceitável que o Estado procure reduzir os custos por meio da utilização do trabalho do preso, porém, não se justificaria lucrar através dele, nem mesmo recorrendo a empresas privadas”¹⁷⁶.

Vislumbra-se, a partir desse rol de indagações, que muitos e delicados são os reflexos jurídicos das privatizações, exatamente por ter o serviço público prisional feições tão peculiares, lidando com uma situação de extremos jurídicos. Há, como anotou Cordeiro¹⁷⁷, delegação de aspectos derivados do *jus puniendi* estatal para o

¹⁷⁶ SALLA (op. cit., p. 134).

¹⁷⁷ CORDEIRO (op. cit., 2004, p. 59).

particular, “a partir do exato momento que se entrega à iniciativa privada a responsabilidade pela segurança interna da penitenciária”.

E conclui a autora¹⁷⁸:

Além do caráter de flagrante ilegalidade de que se reveste a ‘permissão’ do particular em aplicar sanções disciplinares aos presos, mediante a aquiescência do Estado, tal aspecto propicia e até mesmo estimula o cometimento de arbitrariedades por parte dos administradores das prisões privatizadas. Através desse modelo (...) o Estado está delegando ao particular parte de um direito que, historicamente, do qual sempre fora o único e exclusivo detentor, o direito de punir.

Em relação à exploração do trabalho dos internos nessas instituições privatizadas, mantêm-se as mesmas emblemáticas questões jurídicas. Os reclusos que cumprem penas em presídios como mão-de-obra suscitam reflexões, visto que se trata de um grupo vulnerável de indivíduos, privados de liberdade de locomoção e, reflexamente, de liberdade de escolha.

Como os presos já se encontram privados de liberdade, há risco evidente de uma contratação privada de trabalho penitenciário envolver exploração, negando-se assim qualquer pretensão do exercício da voluntariedade. Quando essas práticas constituem trabalho forçado, elas agem em detrimento tanto do preso que trabalha, como da população economicamente ativa em geral. Pode-se tirar lucro privado de encarceramento público?

Surgem, portanto, preocupações quanto à configuração de trabalho forçado ou obrigatório, contemplados pela Convenção 29 da OIT.

Até que ponto as benesses da laborterapia poderão entrar em conflito com a exploração do trabalho penitenciário pelo capital privado? Resta, então, a busca pela melhor interpretação do quadro dos fatos e da referência normativa aplicável, de modo a estruturar respostas pautadas sempre na dignidade e efetivação dos direitos humanos.

¹⁷⁸ CORDEIRO (op. cit., 2004, p. 59).

7.6.4 A Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Aprovada na 14ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1930, a Convenção 29 da OIT entrou em vigor no plano internacional em 1º de maio de 1932, contando, desde a composição inicial, com massiva adesão por parte dos Estados-membros, pela própria importância de seu conteúdo¹⁷⁹.

A Convenção 29 trata do trabalho forçado ou obrigatório, estabelecendo normas para a erradicação de todas suas formas. Já no artigo inaugural, a Convenção 29 afirma um claro compromisso de erradicação, de denotada urgência: “Art. 1. Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente convenção se obrigam a suprimir o emprego de trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas no mais curto prazo possível”.

As formas pelas quais se manifesta o trabalho forçado sempre foram grande preocupação da OIT; em trabalhos e relatórios, a própria OIT coloca o trabalho forçado como realidade em evolução, em construção.

A centralidade da Convenção 29 é também reforçada pelo fato de estar o diploma incluído na declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, por meio da qual, a organização externa àquelas que são, efetivamente, as prioridades máximas na regulação e fiscalização do trabalho ao redor do mundo.

Ao alvorecer do novo milênio o homem ainda se encontra, recorrentemente, às voltas com situações de *coisificação* do humano, em evidente descompasso com a marcha paralela de consolidação e efetivação dos direitos fundamentais.

O conceito de trabalho forçado ou obrigatório, consignado no art. 2 da Convenção 29 da OIT, diz: “Para os fins da presente convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um

¹⁷⁹ No Brasil, a Convenção 29 foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29 de maio de 1956, ratificada em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25 de junho 1957. Encontra-se em vigor desde 25 de abril de 1958.

indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”.

Dentre as outras modalidades de trabalho forçado, destacam-se dois aspectos fundamentais: *ameaça de penalidade* ou *ausência de manifestação espontânea da vontade*, que sempre foram elementos tradicionalmente associados à estrutura de sujeição escravocrata e se mantiveram na concepção do trabalho forçado moderno.

Trazendo tal conceito ao universo carcerário, verifica-se que os presídios, de modo geral, podem conter essas facetas da ameaça de penalidade para o não exercício do trabalho.

Assim sendo, a pena pelo não-trabalho pode tomar a forma de exclusão do grupo, ou até mesmo de supressão dos benefícios das sanções premiaias, como a remição, por exemplo, sem falar na relação entre as unidades prisionais e os internos, que pode abrigar essas formas de ameaça.

Outro ponto importante na definição do trabalho forçado é a liberdade de escolha, manifestação espontânea da vontade para o trabalho.

Estão entre as preocupações da OIT¹⁸⁰ a respeito: “forma e conteúdo do consentimento; papel das pressões externas ou das coações indiretas e possibilidade de revogar o consentimento dado livremente”.

Nesse sentido, o consentimento de indivíduos encarcerados afigura-se como ponto de especial delicadeza. O próprio confinamento e o ambiente social do cárcere podem interferir, *per se*, na manifestação da vontade, direcionando-a para tal ou qual caminho.

Alie-se isso à ameaça de imposição de penalidade e voluntariedade, que poderá transmutar-se em uma possível obrigatoriedade de contornos obscuros.

¹⁸⁰ OIT. Aliança global contra o trabalho forçado. Organização Internacional do Trabalho, p. 6. Disponível em: < http://www.reporterbrasil.com.br/documentos/relatorio_global2005.pdf >. Acesso em 12.11.2010.

7.6.5 O Trabalho em Presídios Privatizados

Analisando a possibilidade de se concretizarem no interior das cadeias privatizadas situações que a lei classifique como de trabalho forçado, há que se analisar, *a priori*, o que especificamente estatui a Convenção 29 sobre a matéria.

Diz o estatuto no art. 2.2:

2.2. Entretanto, a expressão 'trabalho forçado ou obrigatório' não compreenderá para fins da presente convenção: (...) c) qualquer trabalho ou serviço exigido de um indivíduo como consequência de condenação pronunciada por decisão judiciária, contanto que esse trabalho ou serviço seja executado sob a fiscalização e o controle das autoridades públicas e que dito indivíduo não seja posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas privadas.

Em outras palavras, ao estabelecer uma exceção àquilo que se considera trabalho forçado, a Convenção 29 expressamente permite as atividades laborais no cárcere, desde que controladas por agentes do Estado.

A classificação estabelecida pela Convenção 29 incide apenas sobre os serviços exigidos dos presidiários quando estes são colocados à disposição dos particulares.

Deve-se buscar entender, portanto, o sentido da expressão *posto à disposição*, por ser esta a definidora da materialidade do trabalho forçado nos presídios controlados por particulares, o que não se caracteriza como tarefa fácil.

No Relatório-Geral da Comissão de Expertos da OIT, na sessão da Conferência 89, datada de 2001, o tema foi debatido com algum detalhe. Os representantes de cada uma das classes, de acordo com a estrutura tripartite da OIT, manifestaram o ponto de vista quanto ao significado de cuja expressão¹⁸¹:

¹⁸¹ OIT. General report of the Committee of Experts on the application of conventions and recommendations. Organização Internacional do Trabalho. Genebra: ILO, 2001. p. B.II..3.

Um representante do governo expressou a visão de que um prisioneiro somente poderia ser considerado posto à disposição de uma companhia privada nos casos em que o prisioneiro fosse empregado pela companhia privada, que pode ser tanto a operadora da prisão ou uma terceira parte, ou em que o prisioneiro fosse colocado em uma posição de servidão em relação à companhia privada (...). Prisioneiros também não deveriam ser considerados como postos à disposição de companhias privadas quando as companhias não tiveram discricionariedade absoluta sobre o tipo de trabalho que elas poderiam requisitar que os presos fizessem, mas foram limitados por regras da autoridade pública (*trad. livre*).

E, em conclusão, diz o relatório¹⁸²:

A Comissão consistentemente afirmou que o trabalho para companhias privadas poderia ser compatível com o Artigo 2(2)(c) apenas onde os prisioneiros trabalhassem em condições aproximadas de uma relação livre de emprego. Isso necessariamente requer o consentimento voluntário do preso bem como outras garantias (...) cobrindo os elementos essenciais da relação de emprego.

Assim, para que se pudesse compatibilizar o trabalho encarcerado e a privatização dos presídios, necessário seria que os elementos de configuração do trabalho forçado (ausência de voluntariedade e ameaça de penalidade) fossem definitivamente afastados, em busca da reprodução máxima das condições que permeiam as relações livres de trabalho.

Nesse contexto, a exploração do trabalho dos internos nos cárceres privatizados é merecedora de análise jurídica das mais cuidadosas.

7.6.6 Lei de Execução Penal Brasileira acerca do Trabalho no Cárcere

Os diplomas penais nacionais que disciplinam a matéria não tratam da relação específica entre a empresa dirigente do cárcere privatizado e a mão-de-obra presidiária. As hipóteses de trabalho, interno e externo, previstas na Lei de Execuções Penais (Lei nº. 7.210/84), não são reportadas a estabelecimentos

¹⁸² OIT (op. cit., B.II.4).

carcerários privatizados, nem tampouco implicam a colocação do apenado à disposição desses particulares.

São, a bem da verdade, hipóteses de concretização de um direito ao trabalho previsto no art. 39 do Código Penal. Vale frisar que, na disposição expressa do art. 28 da LEP, o trabalho do condenado é, nomeadamente, condição de dignidade humana.

Quanto ao trabalho interno, a LEP estabelece que este possa ser gerenciado por fundação ou empresa pública, facultando convênios com a iniciativa privada para a implantação de oficinas em setores de apoio (art. 34, §2º). A influência do capital privado, nesses casos, dá-se de forma bastante restrita, dado que não há o controle total sobre a mão-de-obra carcerária, não estando esta à disposição daquele.

Em relação ao trabalho externo exercido para entidades privadas, há que se observar o § 3º do art. 36 da LEP, que diz: “A prestação de trabalho a entidade privada depende do consentimento expresso do preso”. Quanto a essa expressão da voluntariedade se aplicam todas as preocupações suscitadas pela OIT e discutidas anteriormente.

Em síntese, a transferência da administração prisional para mãos particulares abriga reflexos de legalidade questionável, sobretudo quanto à exploração do trabalho carcerário, em face das disposições da Convenção 29, dos limites constitucionais e da própria disciplina da execução penal.

Portanto, depara-se com a diferença entre a simples participação de entidades privadas no curso da execução da pena privativa de liberdade, como descrito na Lei de Execuções Penais já mencionada, mesmo como tomadoras de serviço, e da transferência para elas do controle sobre a mão-de-obra.

De acordo com a LEP brasileira, o momento da execução da pena contém uma finalidade reabilitadora ou de reinserção social, assinalando-se o sentido pedagógico do trabalho.

Entende-se hoje por trabalho penitenciário a atividade dos presos e internados, no estabelecimento penal ou fora dele, com remuneração equitativa e

equiparada à de pessoas livres no concernente à segurança, higiene e direitos previdenciários e sociais.

O trabalho prisional não constitui, portanto, *per se*, agravação da pena, nem deve ser doloroso e mortificante, mas um mecanismo de complemento do processo de reinserção social para prover a readaptação do preso, prepará-lo para uma profissão, evitando assim a ociosidade.

Nas Regras Mínimas da ONU, prevê-se que o trabalho penitenciário não deve ter caráter afitivo (n.71.1); na medida do possível deverá contribuir, por sua natureza, para manter ou aumentar a capacidade do preso para ganhar honradamente a vida depois da liberação (n.71.4), e sua organização e métodos devem assemelhar-se o máximo possível às dos que realizam trabalho similar fora do estabelecimento prisional a fim de trabalhar o preso para as condições normais do trabalho livre (n.72.1).

Nos termos da LEP brasileira, o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva (art.28). Ressalta-se, assim, no dispositivo, que o trabalho é um **dever** do condenado, o que é reiterado no artigo 31, *caput*, e art.39, V, do referido diploma. Não se confunde, assim, com o trabalho espontâneo e contratual da vida livre, já que entra no conjunto dos deveres que integram a pena¹⁸³.

O Estado tem o direito de exigir que o condenado trabalhe, conforme os termos legais e o preso têm o *direito social* ao trabalho (art. 6º. da Constituição Federal de 1988), do mesmo modo que o Estado tem o dever de dar-lhe trabalho. Por isso, dispõe-se que é direito do preso a atribuição de trabalho e sua remuneração (art.41, II da LEP). Como a obrigatoriedade do trabalho, porém, se vincula ao dever da prestação pessoal do condenado, embora descartando a lei a coação para concretizar o cumprimento desse dever, recorre às sanções disciplinares, prevendo como falta grave o descumprimento do dever de trabalhar (art. 50, VI, da LEP).

¹⁸³ CALIXTO, Negi. Trabalho externo particular do condenado na execução penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto. Alegre, v.9/10, p.51-63.

O trabalho penitenciário é recepcionado pela legislação pátria de maneira pedagógica para o sentenciado, pois, além de ser previsto na LEP, trazendo inclusive benefícios aos presos pelo trabalho desempenhado, como a remição, por exemplo, a legislação penal brasileira ainda prevê penas de prestação de serviços à sociedade, como pena, aos crimes de menor potencial ofensivo.

Conclui-se, portanto, que o trabalho do preso em penitenciárias de PPP não caracterizaria violação aos preceitos de trabalho forçado contido na legislação e na OIT, sobretudo, pelo fato de o trabalho do preso traduzir a dignidade da pessoa humana no Brasil, que é a norma hipotética fundamental que trata de direitos fundamentais e deve estar acima de quaisquer outras questões.

7.7 LUCRATIVIDADE E CUSTOS NA GESTÃO DE PRESÍDIOS EM PPP

Receia-se, como já assentado, que a voracidade com que as empresas administradoras de presídios buscariam os lucros poderia macular os ideais constitucionais da dignidade da pessoa humana.

Minhoto ensina que as duas maiores empresas mundiais do ramo, a Corrections Corporation of America e a Wackenhut Corrections Corporations, apresentam grande margem de lucro. A primeira apresentou, em 1996, faturamento de 137,8 milhões de dólares, e a segunda faturou 206 milhões de dólares, tendo lucro líquido de 21,2 milhões de dólares.

Os custos das parcerias que vêm sendo empreendidas em nosso país, em um primeiro momento, também parecem altos¹⁸⁴. Resta saber se há uma satisfatória relação custo-benefício da empreitada.

Lance-se um olhar comparativo sobre custos globais que têm sido publicados nesses empreendimentos, apenas como exercício de observação.

¹⁸⁴ A título comparativo, o custo do preso no Estado do Rio Grande do Sul, ano a ano, foi o seguinte: 1999: R\$ 441,39; 2000: 426,10; 2001: R\$ 434,34; 2002: R\$ 460,06; 2003: R\$ 601,52; 2004: R\$ 533,47.

Em Minas Gerais, a empresa Emprex ofereceu proposta para o governo estadual a fim de administrar uma prisão (Unidade Penitenciária Pará de Minas). No orçamento, o custo por preso alcançou a monta de 1.539,91 reais, isto em setembro de 2003¹⁸⁵.

No Ceará, o presídio estadual do Cariri¹⁸⁶ também é uma realidade. A empresa de segurança que o administra recebe do governo algo em torno de 1.200 reais por preso. Tal valor seria semelhante ao gasto em presídios públicos. Todos os passos dos presos que cumprem pena no estabelecimento prisional são monitorados por 64 câmeras ligadas dia e noite. Tudo que é gravado no presídio fica arquivado por três dias. Os presos só ficam livres das câmeras em uma situação: quando entram nas celas. Em quase três anos, nenhuma fuga, nenhuma rebelião. E um instrumento contra a corrupção: ocorre rodízio de funcionários por hora e setor e inexistente intimidade com os presos.

¹⁸⁵ PAUL, Gustavo. Privatizar resolve? Exame.com. Disponível em < <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0876/economia/noticias/privatizar-resolve-m0108154> >. Acesso em 19/12/2010.

¹⁸⁶ Sobre o Presídio Industrial Regional de Cariri (Pirc), veja-se o artigo de SILVA e BEZERRA (2005).

CONCLUSÃO

A situação atual do sistema penitenciário brasileiro é, notoriamente, caótica. A ressocialização do apenado não passa de mera utopia, aliás, ressocialização nunca antes alcançada (exceto em raras exceções). Sem falar que os presídios brasileiros são verdadeiras *universidades do crime*. As penitenciárias e as cadeias em delegacias não passam de depósitos humanos, sem a mínima condição de salubridade, sem falar em dignidade humana, superlotação, uso de drogas, planejamento e organização de facções criminosas, transmissão de doenças.

O fator mais importante a ser enfrentado na tentativa de buscar novos paradigmas para a administração prisional é a **ressocialização** do apenado. O interno que ingressa no atual sistema prisional, ao retornar para o convívio em sociedade, o faz mais revoltado com o que sofreu lá dentro e mais especializado em crimes, devido ao que lá aprendeu. O Estado não lhe proporciona a oportunidade de quitar a dívida com a sociedade, pelo crime que cometeu, de maneira minimamente digna.

Por outro lado, a maioria das experiências em gestão compartilhada, dentre elas com algumas penitenciárias no Estado do Paraná, mostram que o quadro de abandono pelo qual passa o sistema prisional brasileiro pode ser revertido.

O sistema de co-gestão adotado na Penitenciária de Guarapuava, no Paraná, comprova que a adoção desse tipo de gestão resultou em aspectos efetivamente positivos. O índice de reincidência diminuiu significativamente (média nacional 70%; Guarapuava 6%), a questão de fugas e rebeliões também é positiva, além do ensino e da profissionalização do apenado, tudo isso resultado de um tratamento digno proporcionado ao presidiário.

A adoção do sistema de PPP em presídios já é uma realidade, ficando a cargo do parceiro privado o investimento para a construção do sistema penitenciário (demasiadamente alto), operação e manutenção. No tocante ao poder público restam as obrigações de nomear os diretores e chefes de funções-chave do estabelecimento penal; proporcionar segurança interna e externa ao presídio;

executar as penas e/ou medidas de segurança em todas as acepções; proporcionar o acesso ao Ensino Fundamental, bem como, de acordo com o desempenho do trabalho efetivado pelo parceiro privado, arcar com o retorno financeiro a este.

A nova realidade poderá trazer benefícios no sentido de aumentar a capacidade de vagas no sistema prisional (hoje superlotado); proporcionar um cumprimento de pena de maneira digna ao presidiário; estabelecer parcerias com a sociedade no sentido de oferecer trabalho ao apenado e com isso facilitar-lhe a ressocialização, além de desonerar o Estado no tocante a investimentos em curto prazo (verbas para construção de unidades prisionais).

A implantação do sistema de PPP na gestão de estabelecimentos prisionais, diante da realidade carcerária vivida hoje pelo país, enseja aspectos profundamente positivos. O poder público há de estar presente na fiscalização, tanto da implantação quanto no decorrer da gestão modelo de parcerias, com o intuito de evitar o que recentemente ocorreu, por exemplo, nos modelos de co-gestão prisional do Estado do Amazonas e Ceará.

Com o fiel cumprimento das obrigações impostas a ambos os lados da parceria, tendo em vista o objetivo de recepcionar, no seio da comunidade, um ex-detento ressocializado, o novo modelo de gestão prisional, que agora inicia procedimento de implantação, trará muitos benefícios para a sociedade, mormente se comparado com o atual modelo vigente.

Portanto, a parceria entre a administração pública e a iniciativa privada, me parece uma alternativa totalmente viável, que poderá auxiliar o aparelho estatal na parte administrativa não judicial da execução penal, sendo uma opção que atuaria diretamente no sentido de atenuar a grave crise que se encontra o sistema penitenciário atualmente, garantindo, sobretudo a Dignidade Humana do próprio preso.

REFERÊNCIAS

- ALIGUIERI, Dante. **A divina comédia**. Vol.1, 2. São Paulo: Edusp, 1979.
- ALMEIDA, Gevan de. **O crime nosso de cada dia**. Rio de Janeiro. Impetus, 2004.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Privatização das prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ARUS, Francisco Bueno. Panorama comparativo, in **Problemas actuaes**, nº 08, 3ª ed., p. 323.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- BEZERRA, Antonio. O projecto de reforma do Código Penal. **Revista de Jurisprudência**. Rio de Janeiro, 1900.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 7ª ed. Brasília (DF): Universidade de Brasília, 1995.
- BOLSANELLO, Elio. Panorama dos processos de reabilitação de presos. **Revista Consulex**. Ano II, n. 20, p. 19-21, Ago. 1998.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2006.
- BRANT, Vinícius Caldeira. **O trabalho encarcerado**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- BRASÍLIA. Cidade Penitenciária do Distrito Federal. Ministério da Justiça e Negócios Interiores (MJNI). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistemas de penas, dogmático jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMILO Roberta Rodrigues. Realidade nos estabelecimentos prisionais brasileiros e a dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 1ª ed. São Paulo, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. São Paulo: Almeida Brasil, 2007.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. Negros, loucos negros. **Revista USP**, nº 18, 1993, p. 149.

CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko V. De. **Controle de legalidade na execução da pena**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

CHI; K.S. Prison overcrowding and privatization: models and opportunities. In **The Journal of State Government**, ed. 4, nº 2103, 2000, p. 70.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. O modelo brasileiro de privatização do sistema prisional. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, Consulex, n. 185, ano VIII, p. 58-60, 2004, p. 59.

_____. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 2005.

DOTTI, Rene Ariel. **Bases alternativas para um sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Execução Penal: o direito à remição da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. 611.

DRUMMOND, José de Magalhães. **Aspectos do problema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Sfredo & Gravina, s.d.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Privatização de presídios. **Revista Consulex**. Ano III, n. 31, p. 44-6, Jul. 1999.

ENGLAND. **Privatization and market testing in the prison service**, Londres: Prison Reform Trust's Publications, 1994, p. 50.

FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto. Parcerias em projetos de infraestrutura. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

FAZENDA, José Vieira. Antiquilhas e memórias do Rio de Janeiro. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1921, p. 426.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Trad. Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1999.

FERRINI, Contardo. Diritto Penale Romano In: **Completo tratado**. Milano, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2000.

GARRIDO GUZMAN, Luis. **Manual de ciência Penitenciária**. Madrid: Edersa, 1983.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu tempo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

HABERMAS, Jurgen. **Fundamentação do Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ISSA ÁSSALY, Alfredo. **O trabalho penitenciário: aspectos econômicos e sociais**. São Paulo: Martins, 1944.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte General – Fundamento e teoria de la imputación**. 2ª ed. São Paulo: Marcial Ponz, 1997.

_____. **Direito Penal do inimigo**. São Paulo: Editora e Livraria do Advogado, 2009.

JESUS, Damásio E. de. Sistema penal brasileiro: execução das penas no Brasil. **Revista Consulex**. Ano I, n. 1, p. 24-28, Jan. 1997.

_____. **Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada**. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KUEHNE, Mauricio. **Lei de execução penal anotada**. São Paulo: Juruá, 2005.

KUEHNE, Maurício. Privatização dos presídios. **Revista CEJ**, Brasília, CEJ, n. 15, p.12-19, 2001.

LEMOS BRITO, J. G. Reforma penitenciária no Brasil. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: s./e.,1933.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Safe, 2003.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MARX, Karl. **Teorias da mais-valia**. Trad. do original por Vinícius Caldeira Brant. O trabalho encarcerado. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 31 e 36.
- MATTHEWS, R. (ed.). **Privatizing criminal justice**. London: Sage Publications, 1989.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MENDONÇA, Deodoro. Parecer do Deputado Deodoro Mendonça sobre a mensagem presidencial solicitando a criação de tribunal especial para julgamento de crimes políticos e de colônias penais agrícolas. Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça 1935-1937. Rio de Janeiro, 1937, p.16.
- MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves. **Da obrigatoriedade do trabalho do condenado**. Dissertação (Mestrado em área) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2004.
- MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. As prisões do mercado. **Revista Lua Nova**, São Paulo, Cedec, n. 55-6, 2002.
- MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de Direito Penitenciário**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1975.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MURADAS, Daniela. **Trabalho, ética e direito: fundamentos da ética hegeliana para a restrição jurídica da negociação coletiva**. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2002, 80 p.
- NEUMAN, Elías. **Evolución de la pena**. Buenos Aires: Depalma, 1971.
- NEUMAN, Elías; IRURZUN, Víctor. **La sociedad carcelaria**. Buenos Aires: Depalma, 1974.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal** – vol. 1 (Introdução e Parte Geral). São Paulo: Saraiva, 2000.
- ONU. Regras Mínimas para o tratamento de prisioneiros. Organização das Nações Unidas. 1955.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Safe, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime e pena: problemas contemporâneos. **Revista de Direito Penal**, ed. 35, p. 26, 1979.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. São Paulo, Saraiva, 2010.

PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. **Execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal: parte geral**. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Anabela de Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROMAGNOSI, Giandomenico. **Genesi del Diritto Penal**. Lisboa: Editora Livros do Brasil, 2006.

ROSAL BLASCO, Bernardo Del. Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid, v. 43, n.02, p. 557-80, mayo/ago. 1990.

_____. **As prisões privadas: um novo modelo em uma nova concepção sobre execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 665, 1991, p.251.

_____. La privatización de las prisiones: una huida hacia la pena de privación de libertad. **Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**. San Sebastián, n.12 ext., p 115-132, dic./1998.

ROTHMAN, David. **The discovery of the asylum**. Boston: Little Brown, 1991, p. 30.

ROXIN, Claus. **Tratado de Derecho Penal – parte general**, Tomo I. Cidade: Civitas, 1997.

_____. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006.

RYAN, M.; Ward, T. **Privatization and the penal system: the American experience and the debate in Britain**, ob.cit. p.1; CHI; K.S. Prison overcrowding and privatization: models and opportunities. **The Journal of State Government**, 3ª ed., nº 3, 1992.

SALLA, Fernando Afonso. **Trabalho penal: uma revisão histórica e as perspectivas frente à privatização das prisões.** Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1991.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica.** 2ª. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6ª ed. Porto Alegre: Editora e Livraria do Advogado, 2004.

SARUBY, Ary e REZENDE, Afonso Celso F. **Sistema prisional na Europa.** Modelo para o Brasil? Cidade: Perittas, 1997.

SCHELP, Diogo. Nem parece presídio. **Veja.** Ed. 2101, 25.02.2009. São Paulo: Abril, 2009, página 85-87.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. A crise da legalidade na execução penal. In: **Crítica à execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos.** Cidade: Lúmen Júris, 2002.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena.** São Paulo:

SILVA MATTOS, J. da. **Reforma penitenciária: passado e presente.** Lisboa: Sousa Neves, 1885.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privadas.** São Paulo: Malheiros, 2005.

TALAMINI, Eduardo; SPEZIA JUSTEN, Monica (coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** São Paulo: RT, 1997.

PESQUISAS NA INTERNET

AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Amazonas. Inspeção Surpresa no IPAT. Disponível em < <http://www.tj.am.gov.br/index.php?ls=notas&cat=noticia2210200701> >. Acesso em 26.10.2010.

BAHIA. Pastoral Carcerária da Bahia Brasil. Situação das unidades de aprisionamento na Bahia. Disponível em <

<http://www.adital.com.br/site/noticias.asp?lang=PT&cod=32426> >. Acesso em 07.11.2010.

BOLLER, Luiz Fernando. Privatizar o sistema prisional diminuirá as rebeliões. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2006-mai-20/privatizar_sistema_prisional_diminuira_rebelioes >. Acesso em 01.10.2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Quadro sintético da população carcerária. Disponível em < <http://www.mj.gov.br/data/pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm> >. Acesso em 10.11.2010.

CAMACHO, Bruno Sanna. Parcerias Público-Privadas, conceito, princípios e situações práticas. JusVigilantibus. Disponível em < <http://jusvi.com/artigos/34139> >. Acesso em 19/12/2010.

CANCELLI, Elizabeth. Repressão e controle prisional no Brasil: prisões comparadas. **História: Questões & Debates**. Curitiba, n. 42, p. 141-56, 2005. Editora UFPR. Disponível em < http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:HuPhvD8LEAIJ:ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/historia/article/download/4648/3804+floriano+reis+direitor+da+casa+de+dete+n%C3%A7%C3%A3o+do+rio+de+janeiro&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEESiouoIE0ICxENDQN8GPPm7tI3Bs6OF0vHTVM4LQW41Tj5z07LabWoW6V1CqDcWWYczGbM28RrY4nmA0OGDRdTD4W2Fik-1wjB31kYs0wHPCw9RAWPhJW_D-1NjeMpr0djUVJrqv&sig=AHIEtbQSkxed0mzccqscYV5RKBhkhFsy6g >. Acesso em 21/08/2010.

CEARÁ. A privatização dos presídios. Disponível em < <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19923/A%20privatiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20pres%C3%addios.pdf?sequence=1> >. Acesso em 07.11.2010.

CEARÁ _____. Secretaria de Justiça e Cidadania do Ceará; disponível em: <http://www.sejus.ce.gov.br/index.php?cdP=1&cdS=28>. acesso em 07 nov 2010.

CEARÁ. Procuradoria-Geral da República no Ceará. Ação MPF/CE questiona privatização dos presídios no Estado. Disponível em < [http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/mpf-ce-acao-contra-privatizacao-dos-presidios-sera-intensificada-com-completa-investigacao/?searchterm=Ação MPF/CE questiona privatização dos presídios no estado](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/mpf-ce-acao-contra-privatizacao-dos-presidios-sera-intensificada-com-completa-investigacao/?searchterm=Ação%20MPF/CE%20questiona%20privatiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20pres%C3%addios%20no%20estado) >. Acesso em 06.11.2010.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Privatização das prisões: mais uma vez a polêmica. **Direito Criminal**. Disponível em < <http://www.direitocriminal.com.br> >. Acesso em 01.08.2010.

DATAVENI@. Direito Público em pauta. Entrevista concedida por Fernando Capez.. **Dataveni@**, Entrevistas, ano VI, nº 55, março de 2002. Disponível em < <http://www.datavenia.net> >. Acesso em 07.11.2010.

DOURADO, Raul. Escola penal positivista. Shvoong.com. Disponível em < <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1977907-escola-penal-positivista/> >. Acesso em 21.08.2010.

DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. Jusnavegandi. Disponível em < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/932/evolucao-historica-do-direito-penal/2> >. Acesso em 11.2010.

ESPÍRITO SANTO. Ministro da Justiça visita novas unidades do Complexo Penitenciário de Viana. 01.03.2007. Disponível em < <http://www.es.gov.br/site/noticias/show.aspx?noticiald=99666035> >. Acesso em 07.11.2010.

INFOPEN. Sistema de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça. Disponível em < www.conjur.com.br/2010-mar-30/brasil-473-mil-presos-cada-tres-provisorio >. Acesso em 10.11.2010.

JINKINGS, Daniela. Direitos humanos no Brasil. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/?q=node/208>. Acesso em 10.11.2010.

JUAZEIRO PORTAL DO NORDESTE. Disponível em < <http://www.juazeiro.com.br/juace/hoje.htm> >. Acesso em 07.11.2010.

LIMA, Antonio Cesar Barros de. Os fins da pena diante das novas exigências do Direito Penal. DireitoNet. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2014/Os-fins-da-pena-diante-das-novas-exigencias-do-Direito-Criminal> >. Acesso em 19/10/2010.

MAGNABOSCO, Daniele. Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos. Jusnavegandi. Disponível em < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1010/sistema-penitenciario-brasileiro-aspectos-sociologicos/3> >. Acesso em 11.2010.

MINAS GERAIS. Projeto PPP no sistema penitenciário. 3.000 vagas prisionais. Disponível em < <http://www.ppp.mg.gov.br/pppemminas/projetos-ppp/penitenciarias/> >. Acesso em 07.11.2010.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Trabalho Encarcerado e a privatização dos presídios: reflexões à luz da convenção 29 da OIT. Disponível em < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/832/592> >. Acesso em 19.10.2010.

NUNES, Patrícia. A pena na antiguidade e nos dias atuais. DireitoNet. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1125/A-pena-na-antiguidade-e-nos-dias-atuais> >. Acesso em 19/12/2010.

OLIVEIRA, Henricson Luiz N. Riscos a uma gestão privada do sistema penitenciário. Disponível em < <http://jusvi.com/artigos/25439> >. Acesso em 21.11.2010.

PARANÁ. Departamento Penitenciário do Estado do Paraná, referente ao mês de abril de 2004. Disponível em < <http://celepar7.pr.gov.br/depem/populacaocarceraria.asp> >. Acesso em 11./2010.

PARANÁ. Regimento interno. Departamento Penitenciário do Paraná. Disponível em < <http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=36> >. Acesso em 17.11.2010.

PAUL, Gustavo. Privatizar resolve? Exame.com. Disponível em < <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0876/economia/noticias/privatizar-resolve-m0108154> >. Acesso em 19/12/2010.

PAULA, Roberto de. Privatização dos presídios e trabalho dos presos: mão-de-obra encarcerada. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3888.pdf> >. Acesso em 19/12/2010.

PEDROSO, Regina Célia. Utopias penitenciárias. JusNavigandi. Disponível em < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5300/utopias-penitenciarias/2> >. Acesso em 19.12.2010.

PERNAMBUCO. Secretaria de Planejamento e gestão de Pernambuco. Itaquitinga vai abrigar presídio. Disponível em < <http://www.ppp.seplan.pe.gov.br/noticias.php?id=36> >. Acesso em 06.11.2010.

PIMENTEL, José Carlos Dantas, Livro V das Ordenações Filipinas. Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1152.htm> >. Acesso em 27/11/2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. São Paulo, Saraiva, 2010.

R7. Justiça multa Secretaria de Segurança Pública de SP por excesso de presos em cadeia. Agência Estado. 09.02.2010. Disponível em < <http://noticias.r7.com/sao-paulo/noticias/justica-multa-secretaria-de-seguranca-publica-por-excesso-de-presos-em-cadeia-20100209.html> >. Acesso em 16.08.2010.

SENNA, Virdal. Participação na Iniciativa Privada. Web artigos (14.02.2008). Disponível em < <http://www.webartigos.com/authrs/1647/Virdal-Senna> >. Acesso em 09.11.2010.

SEPLAN. Itaquitinga vai abrigar presídio. Secretaria de Planejamento e gestão de Pernambuco. Disponível em < <http://www.ppp.seplan.pe.gov.br/noticias.php?id=36> >. Acesso em 07.11.2010.

SETTE, Azevedo. Primeiro passo para parcerias. Disponível em < http://www.azevedosette.com.br/ppp/noticias/2008-01-17_05.html >. Acesso em 07.11.2010.

SILVA, Alessandra Priscila Moura; ARAÚJO JUNIOR, Jorge. Privatização pode ser a solução para a decadência do sistema penitenciário? DireitoNet. 31.12.2003. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/textos/x/52/55/525/> >. Acesso em 30.09.2010.

SILVA, Cosmo Sobral da; BEZERRA, Everaldo Batista. A terceirização de presídios a partir do estudo de uma penitenciária do Ceará. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6541>>. Acesso em: 08.11.2010.

SILVA, Eloy Ferreira da. Relatório do sistema prisional brasileiro. Disponível em < <http://www.cedefes.org.br/new/index.php?conteudo=materias/index&secao=4&tema=11&materia=2901> >. Acesso em 16.11.2010.

SILVA, Mario Bezerra da. Privatização do sistema prisional. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3149/Privatizacao-do-sistema-prisional> >. Acesso em set/2010.

SMITH, Phill. Private prisons: profits of crime. Covert action. Disponível em < <http://mediafilter.org/MFF/Prison.html> >. Acesso em 13.09.2010.

SOUZA, Fátima. A história do sistema prisional no Brasil. HowStuffWorks. Disponível em: <http://pessoas.hsw.uol.com.br/prisoes2.htm>>. Acesso em 23.11.2010

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A terceirização do sistema carcerário no Brasil. Disponível em < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5055/a-terceirizacao-do-sistema-carcerario-no-brasil> >. Acesso em 22.11.2010.

UCHINAKA, Fabiana. Violação de Direitos Humanos em presídios do ES será discutida na ONU. UOL notícias. Disponível em < <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/03/15/violacao-de-direitos-humanos-em-presidios-do-es-sera-discutida-na-onu.jhtm> >. Acesso em 22/09/2010

VELOSO, Roberto Carvalho. A crise do sistema penitenciário. JusNavigandi. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4088/a-crise-do-sistema-penitenciario>. Acesso em 19/11/2010.