

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

CARLA RENATA FERREIRA NOGUEIRA

Presidente Prudente /SP  
2006

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

CARLA RENATA FERREIRA NOGUEIRA

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Mário Coimbra.

Presidente Prudente /SP  
2006

# **PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito

Professor Mário Coimbra  
Orientador

Dr. Emerson de Oliveira Longhi

Dr. Tiago Tagliatti dos Santos

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2006.

Só o bem neste mundo é durável, e o bem, politicamente, é todo justiça e liberdade, formas soberanas da autoridade e do direito, da inteligência e do progresso.

Rui Barbosa.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus, por me permitir um caminho iluminado.

Aos meus pais, Marcílio e Marieta, e à minha família, agradeço por todo amor, carinho, compreensão e respeito.

Ao meu orientador Dr. Mário Coimbra pela paciência, disponibilidade, e orientação valiosa para elaboração deste trabalho.

À minha irmã Daniela pelo apoio e estímulo ao estudo nos momentos difíceis.

À Heveline pela amizade e pelos bons momentos vividos durante o decorrer do curso.

Ao meu namorado Wellington pelo companheirismo e incentivo durante o período de elaboração desta monografia.

À minha amiga Gabriela pela sua amizade ao longo desses anos.

Aos examinadores pela disponibilidade em participar da Banca Examinadora deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar como uma possível mudança no Sistema Penitenciário Brasileiro a privatização dos serviços prestados nas unidades prisionais, como medida para reverter a realidade penitenciária brasileira, uma vez que observa-se que o Estado não poderá resolver sozinho este problema.

A busca desse objetivo mostrou-se necessário à utilização da pesquisa bibliográfica, através de obras de referências, periódicos, revistas jurídicas e pesquisas na internet.

No que tange à organização do texto, a autora inicialmente demonstrou a origem e a evolução das penas, descrevendo os primeiros tempos, a época da Lei de Talião, Direito Penal Romano, Germânico, Canônico, Penal Comum, Período Humanitário.

Em seguida, discorreu sobre as fases do Direito Penal Brasileiro, quais seja, período colonial, imperial e republicano.

Após, explanou-se sobre o Sistema Penitenciário Brasileiro, analisando-o desde a sua evolução até a realidade penitenciária atual.

Para finalizar o presente estudo, analisou-se a proposta de Privatização do Sistema Penitenciário, abrangendo as modalidades de privatização, direito comparado, experiências brasileiras, argumentos favoráveis à privatização, críticas ao sistema de privatização.

Com todos esses dados, foi possível discutir à luz da realidade carcerária brasileira, a proposta de privatização do sistema prisional brasileiro.

Palavras-chave: Pena Privativa de Liberdade. Direito Humano Fundamental. Sistema Penitenciário. Privatização.

## **ABSTRACT**

The present work intends to demonstrate as a possible change in the Brazilian Penitentiary System the privatization of the services given in the prisoners units, as measured to revert the reality Brazilian prison, a time that is observed that the State will not be able to decide alone this problem.

The search of this objective revealed necessary to the use of the bibliographical research, trough workmanships or references, periodic, law journals and research in the internet.

In what she refers to the organization of the text, the author initially demonstrated to the origin and evolution of the penalty, describing de first times, the time of the Law of Retaliation, Roman, Germanic, Canonic, Common Criminal and Humanitarian Period.

After that, it discoursed on the phases of the Brazilian Criminal Law, which is, colonial, imperial and republican period.

After, is explained on the Brazilian Penitentiary System, analyzing it since its evolution until the reality current prison.

To finish to present study, it was analyzed proposal of the Penitentiary System, enclosing the modalities of privatization, comparative jurisprudence, brazilian experiences, arguments favorable to the privatization, critical to the privatization system.

With all these dates, were possible to argue to the light of the brazilian jail reality, the proposal of privatization of the brazilian prisional system.

Keywords: Privative penalty of freedom. Basic human right. Penitentiary System. Privatization.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS PENAS</b> .....	11
1.1 Os primeiros tempos .....	11
1.2 Direito penal romano .....	13
1.3 Direito penal germânico .....	13
1.4 Direito penal canônico.....	14
1.5 Direito penal comum .....	15
1.6 Período humanitário .....	15
<b>2 DIREITO PENAL BRASILEIRO</b> .....	17
2.1 Período colonial .....	17
2.1.1 Ordenações afonsinas .....	17
2.1.2 Ordenações manuelinas .....	18
2.1.3 Ordenações filipinas.....	18
2.2 Período imperial .....	19
2.3 Período republicano .....	20
<b>3 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO</b> .....	23
3.1 Histórico do sistema penitenciário.....	23
3.2 Evolução das prisões no Brasil .....	26
3.3 Espécies de penas no sistema penal atual .....	31
3.4 Finalidade da pena de prisão .....	33
3.5 Regime penitenciário .....	34
3.6 Regimes penais .....	35
3.7 Direitos e deveres dos presos.....	36
3.8 Estabelecimentos penais federais.....	38
3.9 Regime disciplinar diferenciado .....	39
3.10 Perfil do preso no estado de São Paulo .....	40
3.11 Realidade penitenciária.....	41
<b>4 PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO</b> .....	43
4.1 Conceito de privatização .....	43
4.2 Privatização do sistema prisional .....	44
4.3 O modelo norte-americano de privatização.....	44
4.4 O modelo francês de privatização .....	45
4.5 Privatização do sistema .....	46
4.6 Experiências brasileiras .....	47
4.7 Base normativa .....	49
4.8 As Parcerias Público-Privadas .....	51
4.9 Argumentos Favoráveis à Privatização .....	53
4.10 Críticas ao Sistema de Privatização.....	54
4.10.1 Obstáculos Éticos .....	55
4.10.2 Obstáculos Jurídicos .....	55
4.10.3 Obstáculos Políticos.....	56
4.11 Parâmetros à Privatização .....	58

<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

Muito tem se falado sobre a crise do Sistema Penitenciário Brasileiro, que por sua vez é grave e exige medidas sérias e urgentes que visem ao abrandamento da situação atual.

O Sistema Penitenciário Brasileiro apresenta inúmeros problemas. A ausência de respeito aos presos, de tratamento médico regular, de atividades laborativas dentro dos presídios, a superpopulação carcerária, fazem com que ocorram constantes rebeliões, demonstrando, desta forma, o inconformismo daqueles que se acham privados de seus direitos elementares.

Apesar de a Constituição Federal possuir como fundamento assegurado a qualquer cidadão, a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, III, o respeito à vida, à imagem, e à dignidade da pessoa humana não são respeitados dentro das penitenciárias, sonogando, desta maneira, todo e qualquer direito fundamental e impedindo desta maneira a ressocialização do condenado.

Ademais, o direito de punir deve levar em conta a noção de reparar o mal cometido pelo infrator, causando impressão sobre o culpado e a sociedade, para que desta forma haja intimidação de futuros agressores e a satisfação de realização da justiça para os cidadãos que estão à mercê da marginalidade.

Desse modo, a privatização das penitenciárias vem surgindo com grandes elogios, uma vez que garante ao penitenciário trabalho remunerado, assistência médica, jurídica e, sobretudo respeito à dignidade humana.

Neste modelo de privatização supramencionada ocorre a terceirização dos serviços prestados nas unidades prisionais, onde o Estado permanece junto com a iniciativa privada gerenciando o presídio, cabendo ao administrador gerenciar os serviços da unidade prisional, relativos à execução material, como alimentação, vestimenta, lazer. Enquanto que ao Estado cabe administrar a pena, pois este detém a função jurisdicional, a qual é indelegável, continuando assim responsável por aquele que se acha preso e fiscalizando as atividades terceirizadas.

Busca-se ainda neste modelo a criação de projetos de trabalho junto às penitenciárias, para possibilitar aos condenados a atividade laborativa, mediante remuneração, para que estes possam ressarcir os prejuízos causados pelo crime,

dar assistência à sua família e manter a sua própria subsistência, possibilitando o aprendizado de uma profissão e conseqüentemente a reabilitação do condenado.

Pois as condições atuais do cárcere fazem com que os presos a partir da ociosidade estabeleçam um sistema de regras próprias onde não se respeita a vida, a integridade física, prevalecendo desta maneira a “lei do mais forte”.

Nota-se então que é preciso humanizar as prisões para se cumprir a missão de ressocializar os condenados, pois a maioria das penitenciárias brasileiras possuem uma rotina de corrupção e violência, que transformam os presídios em escolas do crime.

Desse modo, necessário se mostra uma mudança no sistema penitenciário, pois o problema continua e se agrava com o decorrer do tempo, e as provas disso são as sucessivas rebeliões em presídios nacionais e a atuação do crime organizado principalmente no Estado de São Paulo.

# 1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS PENAS

## 1.1 Os Primeiros Tempos

A sociedade primitiva era bastante rudimentar, mas, desde os primórdios, talvez com o próprio surgimento da vida grupal, deve ter existido a pena, como resposta do homem ao mal causado por um de seus semelhantes.

Na concepção de Teles (2004, p. 18), lê-se que:

[...] o homem primitivo, assim que passou a viver em grupo, sentiu a necessidade de reprimir aquele que tivesse agredido algum interesse de seus membros e também de punir o estranho que se tivesse colocado contra algum valor individual ou coletivo.

O primeiro punia-se com a perda da paz, que consistia em sua proscricção da tribo, e o segundo, o estrangeiro, punia-se com a vingança de sangue.

As penas, contudo, tinham primitivamente, forte conteúdo religioso, pois a paz era originária dos deuses e, uma vez violada, impunha-se a vingança, como forma de castigo contra seu agressor.

Segundo Pierangelli (1992, p. 03):

[...] a origem da pena se perde na longa noite dos tempos, advindos das mais variadas fontes, mas dentro de um critério de razoável probabilidade, o direito penal teria sua origem ligada à religião, ou à superstição religiosa e a pena teria origem sagrada.

Assim, neste período, as penas eram revestidas de certo misticismo, decorrente da ligação dos grupos às divindades. E como consequência deste vínculo religioso, era atribuído às normas um caráter divino. Desse modo, se um indivíduo violava uma regra comportamental, o grupo rebelava-se contra ele aplicando-lhe uma sanção, com o intuito de que fosse restabelecida a proteção dos deuses.

Esses deuses eram considerados seres sobrenaturais, e moravam nas pedras, nos rios e nos animais. E em face do prêmio-castigo, tornava-se imperioso adequar-se à conduta humana no sentido de se obter a benevolência ou a proteção desses seres imaginários.

Foi com base neste critério que surgiram à figura do totem, um animal ou uma força sobrenatural, que representavam os deuses, e os tabus que a um só

tempo significavam o sagrado e o proibido, constituindo uma expressão de controle social dos povos, garantido pelas sanções.

A pena, portanto, tinha uma função reparatória, pois procurava aplacar a ira dessas entidades sobrenaturais, e não um caráter de reparação social, pois o delito, nessa época, representava apenas um pecado, e não um fato contra o insipiente organismo social existente.

Com o passar do tempo, as penas foram se caracterizando pela vingança privada, a qual não estava submetida a qualquer critério de proporcionalidade. O mal do delito correspondia a outro mal, numa forma de reação cega, não regulada por noções de justiça.

Durante este período, o cometimento de um delito provocava não só a reação da vítima, mas também de seus parentes e até de toda a tribo ou clã. Com isso, criou-se a necessidade de limitar-se a extensão da pena, para que viesse a atingir tão só ao autor imediato e direto do delito.

Foi para mudar esta realidade, que surgiu o talião, considerado um grande avanço para a época, pois proibia além da retaliação contra grupos familiares inteiros, a destruição dos bens materiais que dispunham o agressor.

Com o talião estabeleceu-se a proporcionalidade entre a conduta do infrator e a punição, consagrando a disciplina de dar vida por vida, olho por olho e dente por dente.

Após esta fase, surgiu o sistema composicional, onde a vítima ou seus familiares recebiam uma soma em dinheiro ou em bens, sob a forma pré-estabelecida com as regras consuetudinárias ou normas escritas em textos legais, renunciando desse modo à vingança e ao talião. Assim, o sistema composicional consistia em compensar as ofensas delituosas mediante um sistema de satisfação ou pagamento.

Superado este momento, a pena que inicialmente era de origem privada foi remetida à esfera pública, com o ensejo de garantir a segurança e os interesses do próprio Estado.

Para uma melhor compreensão sobre o sistema primitivo contemporâneo, necessário se faz uma análise sobre a evolução do Direito Penal e seu sistema de sanções.

Conforme Prado (200, p.34), a história do Direito Penal reflete o estado social e as idéias que o caracterizam, podendo as etapas da evolução da justiça punitiva ser assim divididas:

[...] Primeira época, crimen é atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; Segunda época, crimen é agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; Terceira época, crimen é a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado. Pena é a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua.

## **1.2 Direito Penal Romano**

De acordo com Teles (2004, p.20):

[...] em Roma, desde a formação, o crime e a pena, predominantemente, têm um caráter público, pois que se entendia o crime como atentado à ordem estabelecida, e a pena era a resposta estatal, existentes, também as penas privadas primitivas, executadas pelo pater famílias, que aplicava o talião e a composição.

Conforme Prado (2000, p. 36):

[...] o Direito romano estabelecia a distinção entre os ilícitos públicos e privados. Sendo que os primeiros, infrações de ordem social davam lugar a uma persecução pública, já os segundos eram entendidos como ofensa ao indivíduo e autorizavam uma reação de cunho privado, havendo a interferência do Estado apenas para regular seu exercício.

O primeiro código romano escrito foi a Lei das XII Tábuas, momento em que iniciou o período de vivência legislativa, ocorrendo, dessa maneira, limitação da vingança privada, pelo talião e pela composição.

## **1.3 Direito Penal Germânico**

O Direito germano era basicamente consuetudinário, por não possuir escrita e ciência dogmática, sendo entendido como sendo uma ordem de paz, pública ou privada, e o delito significava ruptura, perda ou negação da paz estabelecida.

A reação era feita individualmente ou através do grupo familiar, sendo que nos casos privados o agressor era entregue à vítima ou aos seus parentes para que exercessem o direito de vingança. Já em relação aos delitos que constituíam

uma ofensa para toda a comunidade, originavam para o ofensor a perda da paz, ou seja, o agressor era excluído do grupo familiar, ficando desta maneira, a mercê de todos, que possuíam, inclusive, o direito de matá-lo.

Como bem observa Prado (2004, p. 40):

[...] caracterizou-se por ser um sistema de composição peculiar e delineado, que se converteu na base de todo o seu ordenamento punitivo, que se distinguia em três espécies: a) composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária; b) soma que o delinqüente pagava à vítima ou à sua família, pela compra do direito de vingança; e c) pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado como preço da paz.

#### **1.4 Direito Penal Canônico**

Direito Canônico é o direito estabelecido pela Igreja Católica, cujas normas estavam escritas em canons, que equivaliam aos artigos de lei, e destinavam, em princípio, a regular a vida interna da Igreja, impondo regras e disciplinas a seus membros.

Destarte, com o crescimento da igreja e sua influência sobre os governantes, o direito canônico passou aos poucos, a ser aplicado às demais pessoas, ou seja, à população em geral.

Algumas de suas características, segundo Teles (2004, p.24):

Primeiramente, procurou estabelecer um sistema de penas mais suave e moderado, com a abolição da pena de morte. Suas penas eram espirituales e temporales, aquelas consistindo em penitências e na excomunhão, todas com o sentido da retribuição do mal realizado, mas igualmente voltadas para o arrependimento do réu, chamadas, por isso, penas medicinales.

Todavia, mantinha e desenvolvia princípios romanísticos acerca da responsabilidade subjetiva, contrapondo-se ao objetivismo dos germanos, e proclamou, segundo Teles (2004, p. 25), “a igualdade de todos os homens, acentuando o aspecto subjetivo do crime”.

Dentre suas inúmeras contribuições pode-se enfatizar que contribuiu para o surgimento da penitenciária, estabelecimento para o cumprimento de penas privativas de liberdade, que instituiu as penas carcerárias, como substituição das penas mais graves.

## **1.5 Direito Penal Comum**

O Direito Penal Comum é o resultado da fusão do Direito Romano, do Direito Germânico, do Direito Canônico e dos direitos nacionais, com a prevalência do Direito Romano.

A legislação penal se caracterizava pela crueldade na execução das penas, geralmente corporais e aflitivas, tendo por objetivo a vingança social e a intimidação.

Esse direito era aplicado sem a possibilidade do acusado defender-se por meio de um processo, e a tortura era o meio legítimo para a obtenção da verdade.

Neste período, o regime de Direito era gerador de desigualdades e cheio de privilégios, em razão de ter sido construído sobre um aglomerado incontrolável de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes, arbitrário e excessivamente rigoroso.

## **1.6 Período Humanitário**

Para coibir os excessos do Direito penal comum, surgiu o Século das Luzes, uma reação humanitária decorrente do Iluminismo.

Para a filosofia iluminista, o problema punitivo estava desvinculado das preocupações éticas e religiosas, uma vez que o delito tinha sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida como medida preventiva.

Durante este período, surgiu nesse ambiente político-social, o italiano Cesare Beccaria, autor do livro *Dos Delitos e Das Penas*, no qual combateu com vigor o uso da tortura, a pena de morte, a atrocidade das penas, e apontou que a pena fosse aplicada apenas para que o delinqüente não voltasse a delinqüir, bem como para que servisse de exemplo para toda a comunidade. Exigiu a prevalência do princípio da legalidade, a elaboração de leis penais claras e defendeu um processo em que fosse assegurado o direito de defesa ao acusado.

Desse modo, a partir das idéias de Beccaria, inaugurou-se no Direito Penal o que se chama de período humanitário e após algum tempo, surgiram algumas leis aderindo aos preceitos por ele defendidos.

Somente em 1789, com a Revolução Francesa que culminou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrando os direitos fundamentais do homem, ainda hoje atuais.

## **2 DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Antes de 1500, as sociedades primitivas existentes em nosso território, encontravam-se ainda na fase da vingança privada, com a presença do talião e a perda da paz. É certo porém, que o Direito dos primitivos habitantes desta terra nenhuma influência tiveram na formação do Direito Penal brasileiro, de sorte que, para se falar da história do Direito Penal Brasileiro, é preciso inicialmente falar do Direito penal português.

Desse modo, a evolução histórica do pensamento jurídico-penal brasileiro pode ser resumida segundo Teles (2004, p. 35) em três fases principais: “período colonial, imperial e o republicano”.

### **2.1 Período Colonial**

#### *2.1.1 Ordenações Afonsinas*

Quando Cabral aportou na Bahia, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446, por D. Afonso V, consistindo em normas oriundas do direito romano, canônico e costumeiras. No famigerado Livro V é que se encontravam as normas de Direito Penal. Era um tempo ainda de vingança pública e, como tal, algumas de suas notas características não podiam deixar de ser: a crueldade das penas, a inexistência do direito de defesa e do princípio da legalidade, penas arbitrárias e desigualmente fixadas pelo legislador.

Segundo Dotti (1998), a prisão prevista naquela época, tinha em regra um caráter preventivo, pois consistia em evitar a fuga do autor do crime até seu julgamento. E ao lado da função preventiva, a prisão também era aplicada como um meio de coerção para obrigar o autor ao pagamento da pena pecuniária, contudo, em alguns raros casos surgia como uma típica reação de natureza repressiva.

Felizmente, pouca ou quase nenhuma aplicação tiveram tais normas em nosso território, pois só tiveram vigência até 1514, ou seja, nos primeiros anos após a chegada dos portugueses no Brasil.

### *2.1.2 Ordenações Manuelinas*

Editadas em 1514, por ordem de Dom Manoel, o Venturoso, consolidou o direito português, e novamente no livro V das Ordenações que está descrito o Direito Penal, que teve vigência por quase um século, até o ano de 1603.

Não houve diferenças substanciais entre essas ordenações e as anteriores. Persistia a fase da vingança pública, e nenhuma evolução se verificou. Sendo este um tempo em que os séculos transcorriam sem grandes transformações na esfera do pensamento.

O Direito Penal era tão cruel que a prisão não era, em regra, pena criminal, mas medida cautelar, processual, pois destinava a guardar o condenado até a execução da pena, que poderia ser de morte, corporal, de aflição ou de suplício. Ademais, ainda que rara, existia a pena de servidão, que submetia ao cativo o mouro ou judeu que se fizesse passar por cristão.

Vigoraram no primeiro século da existência da colônia brasileira, e o Direito Penal era aplicado pelos donatários das capitânicas hereditárias, que, como senhores, juizes e verdadeiros reis, interpretavam, diziam e executavam o direito como se fossem deuses.

### *2.1.3 Ordenações Filipinas*

Editadas em 1603, as Ordenações de Felipe II, de Espanha, reinado também em Portugal, vigoraram mesmo depois de 1640, ano da restauração da independência de Portugal.

Em quase nada elas se distinguem das Ordenações Manoelinas e Afonsinas. Permaneciam as punições severas e cruéis, a inexistência do princípio da reserva legal e do direito de defesa, as penas eram arbitradas desproporcionalmente pelos juizes, conforme o status do apenado, e havia punição de delitos religiosos e absurdos, como a heresia e o benzimento de animais. Havia pena de fogo em vida, de ferro em brasa, de mãos cortadas, de tormentos, além da transmissão da infâmia aos descendentes do criminoso, que revelavam o grau de crueldade e desumanidade desse direito.

Foram mais de três séculos de terror absoluto, abaixo da linha do Equador, para a massa dos primeiros habitantes brasileiros, construtores desta sociedade, ainda hoje, majoritariamente marginalizada.

Todavia, é óbvio que, já naquela época, uma parcela ficava à margem dessa realidade, como por exemplo, os fidalgos, cavaleiros, escudeiros e desembargadores.

Nos dizeres de Dotti (1998, p. 47):

[...] foi sob a inspiração e comando daquele Direito Penal do terror que se processaram e condenaram os mártires da Inconfidência Mineira, tendo à frente Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes. Sendo as penas corporais e infamantes aplicadas sob o fundamento e o pretexto de uma ideologia da salvação dos costumes sociais e religiosos ditados pelos poderosos.

## **2.2 Período Imperial**

Com alguns anos de atraso, o ideal iluminista conseguiu algum sucesso no Brasil, a partir da emancipação política, de 1822, quando o Príncipe D. Pedro resolveu se tornar o Imperador do Brasil. Um mês antes do dia 7 (sete) de setembro, aboliu a tortura e algumas penas cruéis e infamantes, determinou a adoção do princípio da responsabilidade pessoal e proibiu a transmissão da pena aos sucessores do condenado. Todavia, quanto às demais regras, ainda vigoravam as Ordenações Filipinas.

Nesta fase, a prisão em seu novo tempo institucional, viria a ser não somente um instrumento de proteção de classes, de castigo e expiação, mas conforme Dotti (1998, p. 50) “também passaria a ser vista como fonte de emenda e de reforma moral para o condenado”.

Desse modo, a privação da liberdade passou a ser uma autêntica e própria sanção penal para substituir as penas corporais, de largo espectro nas ordenações.

A primeira Constituição Brasileira, a do Império, editada em 1824, incorporou importantes princípios, tais como: a lei não terá efeito retroativo; todos são iguais perante a lei; nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente; e determinou a abolição dos açoites, torturas, marcas de ferro quente e penas cruéis.

Em 1830, surgiu, sob influência da Escola Clássica, o Código Criminal do Império, incorporando os princípios da responsabilidade moral e do livre arbítrio, segundo o qual não há criminoso sem má-fé, sem conhecimento do mal e sem a intenção de praticá-lo.

As penas cominadas no Código Criminal eram: a morte na forca, cominadas para os crimes de insurreição de escravos, homicídio agravado e roubo com morte; a de galés-trabalho forçado, onde os condenados usavam calcetas aos pés e corrente de ferro; prisão simples e prisão com trabalho; banimentos; degredo e desterro; multa e suspensão de direitos. Essas penas eram aplicadas às pessoas livres, pois em relação aos escravos, considerados semoventes permanecia a aplicação da pena de açoite.

Contudo, as mudanças que se seguiram ao advento do Código Criminal foram enormes, tanto que culminou com a abolição da escravatura e a Proclamação da República, fatos estes que ocorreram em um momento onde já se procurava elaborar um novo Código.

### **2.3 Período Republicano**

A abolição do regime escravista, aliada às várias modificações da legislação penal, impôs a necessidade de um novo Código, motivo pelo qual, depois de proclamada a República surgiu o Código Penal de 1890.

Este Código, porém, de acordo com Fragoso apud Prado (2000, p. 67):

[...] foi elaborado de forma apressada e antes da Constituição Federal de 1891, sem considerar os notáveis avanços doutrinários que então se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, motivo pelo qual apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo.

Contudo, antes da vigência do novo Código, em 20-09-1890, o Governo Provisório editou o Decreto nº. 774, que aboliu a pena de galés, fixou em 30 (trinta) anos o tempo da antiga prisão perpétua e estabeleceu a prescrição das penas.

As penas previstas no Código Republicano eram: prisão celular, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspensão e perda de emprego

público, com ou sem inabilitação para o exercício de outro, multa e banimento, sendo que esta última foi abolida pela Constituição de 1891.

Conforme aponta Noronha apud Telles (2004, p. 45) “o Código Penal de 1890 era de inspiração clássica, num tempo em que o positivismo fazia sucesso, motivo pelo qual recebeu muitas críticas e com seu nascimento surgiu a idéia de reformá-lo”.

Com o advento da Constituição de 1891, foram incorporados novos princípios fundamentais, tais como: “ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada”; “nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente”, e proibiu expressamente as penas de galés (confirmando o Decreto do Governo Provisório), de banimento e a pena de morte, exceto para os crimes militares em tempo de guerra.

Após, a Constituição de 1934 trouxe novos preceitos, tais como: “A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu” e “não será concedida ao Estado estrangeiro extradição de brasileiro por crime político ou de opinião, nem em qualquer outra hipótese”.

Já a Carta de 1937 apresentou, num único artigo, importante conquista e um enorme retrocesso:

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

Após essa época, surgiu em 1940 o novo Código Penal, por meio do Decreto-lei nº. 2.848, de 7 (sete) de dezembro, que entrou em vigor no dia 1º-01-1942, que segundo Fragoso apud Telles (2004, p. 54): “apesar do autoritarismo da Constituição então em vigor, incorporou fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal”.

O novo sistema elegeu a privação da liberdade como pena principal, figurando a pena de reclusão e detenção para os crimes, a prisão simples para as contravenções penais, e as medidas de segurança para os considerados incapazes. O Código orientou-se por uma política criminal de transação e conciliação, abraçando princípios das escolas clássica e positiva.

Segundo Teles (2004, p. 55): “era e é um Código Penal eclético, como se falou e declarou a Exposição de Motivos, acende uma vela a Carrara e outra a Ferrari, sendo, aliás, o caminho que tomam e deveriam tomar as legislações contemporâneas”.

Contudo, em 1969, foi promulgado por decreto um novo Código Penal, para ter vigência a partir de 1º-01-1970, todavia, foi revogado em 1978, sem jamais ter vigorado.

Ocorre que, na década de 80, os problemas eram enormes. O sistema penitenciário mostrava uma superpopulação carcerária jamais vista, com um número elevadíssimo de mandados de prisão sem cumprimento, por impossibilidade de encarcerar novos delinqüentes.

Com base nesta realidade, em 1984, a parte geral que trata dos princípios básicos no Código Penal, foi integralmente reformada, introduzindo novos e modernos conceitos, consolidando um novo sistema de cumprimento de penas, como a possibilidade de progressão e regressão de regimes e a possibilidade de novas modalidades de penas, as chamadas penas alternativas, dentre elas e de prestação de serviço à comunidade e a de restrição de direitos. Ademais, no mesmo ano foi editada a Lei nº. 7.210/84, a chamada Lei das Execuções Penais, que reformulou ampla e positivamente a execução penal.

Contudo, como ocorreu com o Código de 1940, a reforma de 1984 foi gerada sob a égide de um regime político autoritário, mas, felizmente, constituiu um grande avanço rumo a democratização do Direito Penal, pois consagram os mais modernos princípios da atualidade.

### 3 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

#### 3.1 Histórico do Sistema Penitenciário

Segundo Carvalho Filho (2002, p. 21):

[...] o cárcere sempre existiu, todavia sua finalidade não era como a de hoje. Destinava-se à guarda de escravos e prisioneiros de guerra. Em matéria penal servia basicamente, para a custódia de infratores à espera da punição aplicada e do próprio julgamento, para que não fugissem e para que fossem submetidos à tortura.

Neste período os réus não eram condenados à pena de liberdade por um período determinado de dias, meses ou anos, eram punidos com a morte, suplício, degredo, açoite, galés e trabalhos forçados.

Assim, é bem verdade que certas formas dessas penas mencionadas, acarretavam a privação da liberdade, mas não era ela a pena, e nem dela se cogitava, ela era tão somente uma concomitância ou uma conseqüência inerente àquelas certas formas de penas.

Conforme Miotto (1975, p. 27):

[...] todas as formas de pena cominadas, ou postas à disposição da escolha do juiz, tinham acentuada função de “exemplaridade”, assim desdobrável: O “exemplo” do castigo, do sofrimento, da humilhação, da infâmia, da morte do condenado, deveria ser intimidativo; a intimidação era, devia ser salutar contra estímulo para o delito.

Todavia, a delinqüência não diminuía, mas, ao contrário, aumentava, donde se concluía que as penas não eram suficientemente defensivas, por isso, foram sendo acrescentados, a umas e outras, elementos de maior sofrimento, humilhação e infâmia, até a mais abominável crueldade.

Nesta fase, prendia-se o acusado em lugar seguro, para tê-lo à disposição da Justiça, quando lhe fosse aplicada a pena ou então quando devesse ser executada a pena aplicada. Esta prisão era tida como cautelar, de modo que ainda não se cogitava que a prisão pudesse ter eficácia de pena.

Desse modo, o encarceramento era tido como um meio e não o fim da punição, motivo pelo qual não existia preocupação com a qualidade do estabelecimento nem com a própria saúde do prisioneiro.

Ocorre que a partir do século XVIII, a natureza da prisão começou a modificar, uma vez que a prisão foi adotada como pena prevalentemente cominada, pois entendeu que assim se eliminavam os tormentos inúteis, e a crueldade das outras formas de penas, ou seja, que assim se humanizava a pena.

Com esta mudança a prisão tornou-se a essência do poder punitivo, tendo por finalidade isolar e recuperar o infrator.

Entendia-se que os cárceres infectos, capazes de fazer adoecer seus hóspedes e matá-los antes da hora, fossem substituídos pela idéia de um estabelecimento público, severo, regulamentado, higiênico, intransponível, capaz de prevenir o delito e ressocializar quem o comete.

Todavia, na visão de Foucault a prisão tratava-se de um direcionamento novo da arte de fazer sofrer. Haja vista que se extinguiu o espetáculo público da violência atroz e da dor insuportável e abria-se uma época de absoluta sobriedade punitiva, na qual o carrasco se comportava como um relojoeiro meticuloso.

As origens da prisão moderna para os historiadores identificaram-se nas celas eclesiásticas, instituídas pela Igreja Católica para a punição de religiosos infratores, e nas casas de correção criadas a partir da segunda metade do século XVI na Inglaterra e na Holanda.

As celas eclesiásticas estimulavam a reflexão em torno do pecado cometido, aproximavam o pecador de Deus, enquanto que as casas de correção recuperavam mendigos, desordeiros, autores de pequenos delitos, sob o comando da ética calvinista: trabalho, ensino religioso e disciplina.

Já na perspectiva marxista o surgimento da prisão aconteceu não por um propósito humanitário, mas pela necessidade de domesticar setores marginalizados pela nascente economia capitalista.

O sistema punitivo moderno foi construído a partir da segunda metade do século XVIII, sendo que dois Sistemas Penitenciários desenvolvidos nos EUA mereceram destaque.

Um desses Sistemas foi o da Filadélfia, instituído em 1790, também conhecido como sistema celular. Neste sistema impunha-se aos condenados o isolamento na cela 24 horas por dia. Era nas celas onde os condenados dormiam se alimentavam e trabalhavam. Com este método pretendia-se estimular o remorso, o arrependimento, a meditação e a oração. Os presos ficavam afastados

do mundo exterior e separados uns dos outros, sendo que a única leitura permitida era a Bíblia.

Já o outro Sistema era o de Auburn, adotado a partir da década de 1820 numa penitenciária existente na cidade de Auburn, no estado de Nova York, que impunha aos condenados o isolamento celular noturno, mas com trabalho e refeições em comum, porém, o silêncio era absoluto e a vigilância permanente, ou seja, os presos estavam proibidos de conversar entre si e trocar olhares, e só podiam se dirigir aos guardas depois de autorizados e em voz baixa.

Segundo Rotham apud Carvalho Filho (2002, p. 25):

[...] Na essência dos dois sistemas, estava a idéia de que o criminoso resulta de uma falha no processo de construção de seu caráter, processo normalmente promovido pela família, igreja, escola, comunidade. A penitenciária agiria justamente onde aquelas instituições falharam: na imposição de rotinas, no estímulo à reflexão, ao trabalho e ao arrependimento, na disciplina e na distribuição de castigo físico para quem desobedecesse às regras do confinamento.

E conforme Carvalho Filho (2002, p. 25):

[...] a vantagem do sistema de Auburn em relação ao sistema da Filadélfia estava na possibilidade de adaptar o preso à rotina industrial: o trabalho em oficinas, durante oito ou dez horas diárias, compensava custos do investimento e dava perfil mais racional ao presídio.

Desse modo, o Sistema de Auburn acabou prevalecendo nos EUA, todavia, o método de isolamento absoluto foi desde logo apontado como modalidade de punição cruel.

Todavia, os dois sistemas se revelaram impraticáveis pela quantidade crescente de presos e pelo preço elevado da construção de penitenciárias com celas individuais. Ademais, esses sistemas não ofereciam estímulo aos detentos, já que estes estavam limitados a obedecer à rotina de comportamento e trabalho imposta pela administração do presídio e a aguardar o tempo passar.

Foi com base nesta realidade, que se desenvolveu na Europa o Sistema Progressivo de Cumprimento de pena, que se imporia tempos depois como o mais adequado aos ideais de regeneração.

Neste Sistema Progressivo a pena de prisão passou a ser cumprida em três fases: um período inicial de isolamento celular diurno e noturno, com regime de trabalho duro e alimentação escassa, um período de trabalho em comum sob a

regra do silêncio, com isolamento noturno, no qual o preso iria adquirindo vales que poderiam levá-lo ao terceiro estágio, e por fim, o da liberdade condicional, onde o preso ficava em relativa liberdade por prazo determinado e se não desse causa à revogação do benefício, adquiriria a liberdade definitiva.

Com o passar do tempo, o modelo progressivo foi aperfeiçoado na Irlanda, onde se incluiu entre as fases estabelecidas um quarto estágio, a da prisão intermediária, onde o preso antes de adquirir a liberdade condicional, trabalhava ao ar livre, em estabelecimentos especiais, sem os rigores da prisão fechada.

Porém, nos tempos atuais, notou-se o fracasso da prisão fechada na regeneração do infrator, motivo este que estimulou a criação de políticas criminais menos rigorosas para delitos de menor gravidade, com a adoção de medidas como a suspensão condicional da pena, a prisão aberta e as penas alternativas, consistentes em pagamento de multa, prestação de serviços à comunidade, dentre outras.

### **3.2 Evolução das Prisões no Brasil**

Como nos aponta Russel-Wood apud Carvalho Filho (2002, p. 36):

[...] em 1551 já se mencionava a existência em Salvador, Bahia, onde se instalou a sede do governo-geral do Brasil, de uma “cadeia muito boa e bem acabada com casa de audiência e Câmara em cima [...] tudo de pedra e barro, rebocadas de cal, e telhado com telha”.

Neste momento histórico, as prisões se localizavam no andar térreo das câmaras municipais das cidades e vilas, e faziam parte constitutiva do poder local. Serviam para recolher desordeiros, escravos fugitivos e especialmente criminosos à espera de julgamento e punição. Essas prisões não eram cercadas por muros o que permitia aos presos manter contato com os transeuntes através das grades, receberem esmolas, alimentos, informações, dentre outros. Ademais, as prisões estavam alocadas também em prédios militares fortificados, os quais foram construídos em pontos estratégicos para a defesa do território, porém, com o passar do tempo foram perdendo a sua função.

Com base nesta realidade que foi cedido pela Igreja, para servir de prisão comum após a chegada da Família Real em 1808, o Aljube, antigo cárcere eclesiástico do Rio de Janeiro, usado para a punição de religiosos.

Porém, em 1829, uma comissão de inspeção realizada no Aljube afirmara que: “O aspecto dos presos nos faz tremer de horror”, pois haviam 390 (trezentos e noventa) detentos e cada um dispunha de uma área aproximada de 0,60 por 1,20 metros. E em 1831 o número de presos passaria de 500 (quinhentos).

Foi desativado em 1856, sendo definido conforme nos aponta Carvalho Filho (2002, p.37) como um “protesto vivo contra o nosso protesto mora”.

Somente com o decreto de 1821, ficou marcada a preocupação das autoridades com o estado das prisões no país, um ano antes à Proclamação da Independência, onde estabelecia que ninguém fosse lançado em masmorra estreita, escura ou infecta porque a prisão só deveria servir para guardar pessoas e nunca para adoecê-las.

Após três anos com o advento da Constituição de 1824, foram abolidas as penas de açoite, a de tortura, a marca de ferro quente e outras penas cruéis e costumes punitivos antigos, determinados pelas Ordenações do Reino de Portugal, e determinado que as cadeias fossem “seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes”. (CARVALHO FILHO apud CAMPANHOLE, 2002, p. 37).

Somente no Código Criminal do Império de 1830, a pena privativa de liberdade foi instituída em nosso ordenamento. Momento em que ficou determinado que os antigos meios de pena, tais como a pena de morte e a força, fossem reservadas para casos de homicídio, latrocínio e insurreição de escravos.

Como bem assinala Dotti apud Carvalho Filho (2002, p.37), “é uma mudança importante no antigo regime, pois a pena de morte era prevista para mais de 70 (setenta) infrações”.

Todavia, ficou mantida a pena de galés, porém, na época do Império não significava remar, e sim fazer trabalhos forçados em obras públicas, onde os presos usavam calceta no pé e corrente de ferro.

Para Carvalho Filho (2002, p. 38):

[...] a principal novidade do Código Criminal de 1830 era de fato, o surgimento das penas de prisão com trabalho (o condenado tinha a obrigação de trabalhar diariamente dentro do recinto dos presídios), que em alguns casos podia ser perpétua, e de prisão simples, que consistia na reclusão pelo tempo marcado na sentença, a ser cumprida nas

prisões simples que oferecem maior comodidade e segurança e na maior proximidade que for possível dos lugares dos delitos.

Contudo, as cadeias não eram adequadas, pois segundo relatório da cadeia da cidade de São Paulo em 1831, ela era imunda, pestilenta, estreita, com o ar infectado, onde os presos eram tratados com a última desumanidade.

A partir dessa realidade que foram projetados dois estabelecimentos para suprir a lacuna, um no Rio de Janeiro e o outro em São Paulo. Tratava-se de Casas de Correção inauguradas respectivamente em 1850 e 1852, as quais simbolizaram a entrada do país na era da modernidade punitiva.

As Casas de Correção contavam com oficinas de trabalho, pátios e celas individuais. Buscavam a regeneração dos condenados por intermédio de regulamentos inspirados no Sistema de Aurburn, segundo os quais os presos trabalhavam em silêncio durante o dia e se recolhiam às celas durante a noite.

Como bem observa Carvalho Filho (2002, p. 39):

[...] as duas Casas de Correção, ilhas de excelência, espécie de ruptura na realidade punitiva existente, não deixavam de espelhar a situação geral de um país escravista e repressivo, pois além de abrigarem presos condenados à prisão com trabalho, à prisão simples e também às galés, elas hospedavam presos correccionais, não sentenciados, composto de vadios, mendigos, desordeiros, índios e menores arbitrariamente trancafiados pelas autoridades.

As Casas de Correção também possuíam um recinto especial, o chamado calabouço, destinado a abrigar escravos fugitivos ou entregues pelos proprietários à autoridade pública, em depósito, para que recebessem a pena de açoite, já que o Código Criminal determinava que o escravo que cometesse um crime não fosse condenado à morte ou às galés, e sim condenado ao açoite, fato este que prevaleceu até 1886, ano em que o açoite foi abolido para os escravos.

Como bem assinala Salla (1999, p. 134):

[...] ao longo do Império começa a se formar no país uma cultura sobre o assunto, onde juristas e funcionários viajam ao exterior para conhecer sistemas penitenciários. É debatida a criação das colônias penais marítimas, agrícolas e industriais. Nasce a preocupação com o estudo científico da personalidade do delinqüente. O criminoso passa a ser visto como um doente, a pena como um remédio e a prisão como um hospital.

Neste momento consolidou-se o sentimento de que o país não tratava adequadamente seus prisioneiros, e em razão da falta de espaço nas

penitenciárias, muitos presos foram transferidos para Fernando de Noronha, que em 1872, abrigava 1.338 condenados em situação de absoluta miséria.

Por estas condições apresentadas, o formato das Casas de Correção foi objeto de crítica de uma comissão inspetora, pois para a comissão o regime adotado em vez de regenerar ou de moralizar o delinqüente, tendia a corrompê-lo ainda mais.

Em 1890 com o advento do Código Republicano em 1890, o Sistema ideal para os propósitos de uma nação moderna passou a ser o Progressivo, onde desapareceram do cenário punitivo a força e as galés, e o surgimento do estabelecimento de caráter temporário das penas restritivas de liberdade individual, a qual não poderia exceder a 30 (trinta) anos, princípio este que prevalece até a atualidade.

Pelo Código Republicano a base do sistema de penas era a prisão celular, prevista para a grande maioria de condutas criminosas, a qual deveria ser cumprida em estabelecimento especial, onde o preso teria um período de isolamento na cela e depois passaria ao regime de trabalho obrigatório em comum, com segregação noturna e silêncio diurno. Para condenados a pena superior a seis anos, com bom comportamento e após cumprida a metade da sentença, poderia ser transferido para a penitenciária agrícola, e mantido o bom comportamento faltando dois anos para o fim da pena, teria a perspectiva do livramento condicional.

Segundo Dotti (1998, p. 55):

[...] o Código de 1890 criou outras medidas privativas de liberdade individual, mas de aplicação mais restrita: reclusão, para os crimes políticos, em fortalezas, praças de guerra ou presídios militares; prisão disciplinar, para menores vadios até a idade de 21 (vinte e um) anos, em estabelecimentos industriais; e prisão com trabalhos, para vadios e capoeiras, bailarinos da rasteira e do berimbau, em penitenciárias agrícolas.

Ocorre que, mais uma vez configurou-se o abismo entre a letra fria e a realidade dos presídios, pois o Código Republicano a exemplo do Código Imperial, permitia que a prisão celular fosse executada conforme os antigos moldes da prisão com trabalho, nos estabelecimentos existentes e, onde eles não existissem como prisão simples, com o acréscimo de mais um sexto à duração da pena. Assim, o novo regime penitenciário quase não saiu do papel.

No ano de 1920 foi inaugurada a penitenciária de São Paulo, no bairro do Carandiru, a qual constituiu um marco na evolução das prisões, sendo visitada e considerada por juristas e estudiosos do Brasil e do mundo, como instituto de regeneração modelar.

A penitenciária construída para 1.200 presos, oferecia o que havia de mais moderno em matéria de prisão: oficinas, enfermarias, escolas, corpo técnico, acomodações adequadas, segurança.

Como observa Salla apud Carvalho Filho (1999, p. 185), “a nova penitenciária se encaixava num amplo projeto de organização social elaborada pelas elites do período, no qual um estabelecimento prisional deveria estar à altura do progresso material e moral do Estado”.

Contudo, apresentava os vícios e violências de qualquer outra prisão, onde o poder psiquiátrico interfere na concessão dos benefícios previstos na lei para os presos, e o rigor disciplinar é exercido segundo critérios subjetivos.

Nas palavras de Salla apud Carvalho Filho (2002, p. 42):

[...] Ademais, a própria estrutura disciplinar da época, elaborada com base na regra de silêncio entre os presos, não prevalecia na prática, pois conforme relatórios realizados os “mortos” das prisões comunicavam-se por “sinais convencionais” e por “tubos dos aparelhos sanitários que têm comunicação com as celas vizinhas”.

Somente em 1940 foi editado o Código Penal, que permanece em vigor nos dias atuais. No novo sistema foram criadas duas penas privativas de liberdade, a de reclusão para crimes mais graves, com pena no máximo de 30 (trinta) anos, a qual sujeitava o condenado a isolamento diurno por até três meses e depois trabalho em comum dentro da penitenciária ou fora dela, em obras públicas e a pena de detenção, para as penas de no máximo três anos, onde os detentos deveriam estar separados dos reclusos e poderiam escolher o próprio trabalho, desde que de caráter educativo.

Todavia, como bem observa Fragoso apud Carvalho Filho (2002, p. 43):

A ordem de separação não foi obedecida pelas autoridades brasileiras, e as diferenças práticas entre reclusão e detenção desapareciam com o tempo, permanecendo válidas apenas as de caráter processual.

Neste momento o cárcere foi considerado a espinha dorsal do novo sistema criado em 1940, pois cerca de 300 infrações definidas no Código Penal eram punidas em tese com pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção).

Após, com o advento da Lei de Contravenções penais em 1941, foram definidas 69 (sessenta e nove) infrações de gravidade menor, prevendo para 50 (cinquenta) delas a pena de prisão simples, a ser cumprida sem rigor penitenciário.

Outra construção símbolo da história das prisões brasileiras foi a Casa de Detenção de São Paulo, também localizada no Carandiru, que chegou a abrigar mais de 8 (oito) mil homens, quando sua capacidade de vagas era de apenas 3.250 (três mil duzentos e cinquenta) presos.

A Casa de Detenção foi inaugurada em 1956 para presos à espera de julgamento, todavia, sua finalidade se corrompeu ao longo dos anos, já que passou a abrigar também condenados. Ficou conhecida mundialmente pela miséria de seu interior e pela extensa coleção de motins, fugas e episódios de desmando e violência, sobretudo o massacre dos 111 (cento e onze) presos em 1992, pela Polícia Militar.

A Casa de Detenção, cidade murada e dantesca foi desativada em 2002, sendo a iniciativa batizada de “fim do inferno”, onde se prometia a transferência de mais de 7 (sete) mil presos para 11 (onze) novos presídios menores e longínquos.

Em 1977 com a reforma parcial do Código Penal, começou a prevalecer o entendimento de que a prisão deveria ser reservada para crimes mais graves e delinqüentes perigosos, contudo, somente com a reforma de 1984, o movimento se acentuou, pois, dentre outras medidas foram criadas as penas alternativas.

### **3.3 Espécies de Penas no Sistema Penal Atual**

Como nos esclarece Carvalho Filho (2002, p. 45):

[...] o crime é o comportamento humano ao qual corresponde uma modalidade de punição. As diversas condutas proibidas e as respectivas penas são fixadas pelo legislador, e ao cidadão não é dado ignorar o seu conteúdo. As regras do jogo, portanto, são fixadas com antecedência.

Conduto, para que se configure a punição criminal não basta apenas a ocorrência de crime previsto anteriormente pelo legislador, é necessário que o autor tenha mais de 18 (dezoito) anos e capacidade mental para compreender o caráter criminoso do ato.

Pois em relação ao menor infrator este não é levado para o cárcere, mas para uma instituição educativa, onde poderá permanecer internado até completar os 21 (vinte e um) anos. Já em relação ao doente mental, considerado tecnicamente inocente, será apenado de acordo com a gravidade do ato praticado e sua periculosidade, sendo alvo de medida de segurança e internação em instituição psiquiátrica, sem prazo preestabelecido para sair.

Ocorre, porém, algumas situações especiais em nosso ordenamento jurídico que fazem desaparecer o crime apesar da ocorrência do fato definido na lei. São as chamadas causas de justificação, que segundo Prado (2000, p. 244), suas fontes estão “na lei (estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, na necessidade (estado de necessidade e legítima defesa) e na falta de interesse (consentimento do ofendido)”.

O crime ainda pode ser considerado doloso ou culposos. Doloso é aquele em que o autor age intencionalmente, ou seja, quer o resultado ou admite que o resultado possa ocorrer nos dizeres de Prado (2000, p. 224), “dolo é saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito”. Já crime culposos é aquele em que não há intenção por parte do agente, uma vez que se pune o comportamento mal dirigido a um fim irrelevante ou lícito, ou seja, o autor age com negligência, imprudência ou imperícia, e assim provoca o resultado que não deseja.

Com relação à prisão, o princípio geral de nosso sistema processual impõe a prisão ao réu apenas depois da decisão condenatória se tornar definitiva, ou seja, quando não mais existirem recursos pendentes de julgamento. Entretanto, admite-se prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado, nos casos da prisão em flagrante delito, da prisão preventiva e da prisão temporária, as chamadas prisões processuais.

Há no Brasil três tipos de pena: pena privativa de liberdade dividida em reclusão e detenção, pena restritiva de direitos composta por prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana e a pena de multa. Sendo a pena restritiva de direitos e a pena de multa,

beneficiadoras dos autores de crimes menos graves pois em tese, impedem a prisão.

Em nosso sistema para desafogar a Justiça Criminal foram criados Juizados Especiais para o processamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, que conforme a Lei nº. 9.099/95, são as contravenções penais e os crimes punidos com pena máxima não superior a 1 (um) ano. Todavia, com a entrada em vigor da Lei nº. 10.259/01, que criou os Juizados no âmbito da Justiça Federal, ampliou-se o limite da transação penal para crimes com pena máxima igual ou inferior a 2 (dois) anos.

Como se observa só extraordinariamente alguém acusado de um crime menos grave no Brasil deveria ser conduzido ao cárcere.

### **3.4 Finalidade da Pena de Prisão**

Conforme preleciona Thompson (2002, p. 03):

Propõe-se oficialmente como finalidade da pena de prisão, a obtenção não de um, mas de vários objetivos concomitantes, como: punição retributiva do mal causado pelo delinqüente; prevenção da prática de novas infrações através da intimidação do condenado e de pessoas potencialmente criminosas e regeneração do preso, no sentido de transformá-lo de criminoso em não criminoso.

Desses, desses três objetivos de fundamento da pena privativa de liberdade, se sobressai à finalidade ressocializadora, já que a Lei de Execução Penal em seu artigo 1º dispõe que: “A execução penal tem por objetivo efetuar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Ademais, podem ser encontrados outros dispositivos na Lei de Execução Penal que visam a ressocialização do condenado, como as diversas formas de assistência, entre elas a progressão de regimes, a assistência ao egresso, todas com finalidade de reintegração do condenado.

Em sentido contrário, Thompson (2002, p. 04), ressalta que:

Apesar da energia usada pelos preceitos legais, convergentes no sentido de destacar, especialmente, a reabilitação, dentre os escopos da pena carcerária, os fins de punição e intimidação permanecem intocados, inexistindo regra alguma a autorizar possam ser desprezados, em maior ou menor extensão, se isso for necessário, em benefício da atividade

reeducativa. Isto é, se houver atrito de caráter operacional entre os vários fins, o relaxamento daqueles em favor deste não conta com amparo legal. Ou, ainda: Oficialmente, tem prevalência o alvo recuperação, mas não se autoriza seja obtido à custa do sacrifício dos objetivos punição e intimidação.

Ocorre que, para que cumpra o objetivo da ressocialização do indivíduo, é necessário sua permanência em estabelecimento carcerário que seja adequado à sua reabilitação. Todavia, a superlotação das unidades prisionais, as subumanas condições de vida dos presos, o crescimento de organizações criminosas e da corrupção dentro das prisões, aliado à falta de segurança, não permitem que os estabelecimentos carcerários cumpram sua função.

### **3.5 Regime Penitenciário**

A Lei de Execuções Penais editada em 1984 regulamenta o cumprimento das penas privativas de liberdade. Ademais, reconhece os direitos humanos dos presos, ordena tratamento individualizado, protege os direitos substantivos e processuais dos detentos, e garante assistência médica, jurídica, educacional, social, religiosa e material.

Esta lei determina que os condenados sejam classificados segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal, e que os presos provisórios devem estar separados dos condenados, e os primários dos reincidentes.

Também é garantido ao preso alimentação, vestuário e instalações higiênicas, atendimento médico, assistência jurídica, assistência educacional e preservação dos direitos não atingidos pela perda da liberdade.

Acontece que como é de nossa tradição imperial e republicana, há enorme distância entre a realidade e a lei, eis que algumas das principais causas de rebeliões nos presídios brasileiros são deficiência da assistência judiciária, violências ou injustiças praticadas dentro do estabelecimento prisional, superlotação carcerária, falta ou má qualidade da alimentação e de assistência médica e odontológica, dentre outras.

### 3.6 Regimes Penais

A Lei de Execução Penal enumera os regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade em fechado, semi-aberto e aberto, que segundo Prado (2000, p. 353) “são estipulados segundo o mérito do condenado, salvo no tocante ao período inicial de cumprimento da sanção penal, no qual constituem fatores determinantes a reincidência e a quantidade de pena aplicada”.

O regime fechado é cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média. Abriga, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional a grande maioria dos presos brasileiros. Neste regime deve ser proporcionado alojamento em cela individual, com área mínima de seis metros quadrados, dormitório, instalação sanitária e lavatório. É permitido o trabalho durante o dia e isolamento durante a noite, podendo em tese ser admissível o trabalho externo em obras públicas. Contudo, a realidade nos mostra que milhares de condenados não têm acesso a trabalho, estudo ou celas individuais.

O regime semi-aberto é cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Neste a lei admite o alojamento coletivo, e de acordo com o censo penitenciário de 1997, 15% (quinze) dos presos viviam sob este regime. É permitido atividades externas, freqüência a cursos profissionalizantes e visita à família sem fiscalização.

Já o regime aberto se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, onde o condenado trabalha sem vigilância e se recolhe à casa do albergado para dormir e para passar os dias de folga. É caracterizado nos dizeres de Carvalho Filho (2002, p. 53) pela “ausência de obstáculos físicos contra a fuga”.

Em nosso sistema o juiz na sentença condenatória, e com base nos critérios objetivos e subjetivos contidos no Código Penal, fixa o regime inicial de cumprimento da pena, o qual pode evoluir conforme o passar do tempo e o mérito do preso, ou seja, é admitido o sistema progressivo, onde se evolui progressivamente de um regime a outro, menos severo, desde que comprovado a presença concomitante dos seguintes requisitos: o cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior e o mérito do condenado, indicativo da progressão. Porém, ao lado desse sistema progressivo, tem-se também o

sistema regressivo, no qual ocorre o inverso, onde o condenado é transferido de um regime para outro mais severo.

No Brasil não há prisão perpétua, haja vista que ninguém poderá permanecer preso por mais de 30 (trinta) anos, mesmo nos casos em que a pena seja superior a 30 (trinta) anos.

Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico são destinados à internação de infratores que por doença ou deficiência mental na época do crime não são conduzidos à penitenciária e para presos com doença mental adquirida durante o cumprimento da pena. Os infratores ficam sob a autoridade médica e passam a depender de exame psiquiátrico para readquirirem a liberdade, sendo que em algumas das vezes a internação pode se perpetuar.

Ademais, em nosso sistema jurídico, fugir ou tentar fugir da prisão, não é por si só um crime, trata-se de apenas uma infração de caráter disciplinar (falta grave), pois se entende que a busca da liberdade é natural ao homem, e desse modo, não pode ser criminalmente reprimida, contudo, se o preso praticar um ato de violência contra alguém durante a fuga, será punido com detenção de três meses a um ano, além da pena prevista para a própria violência.

### **3.7 Direitos e Deveres dos Presos**

A Constituição da República de 1988 contém garantias explícitas para proteção da população encarcerada, assegurando-se aos presos a dignidade que pelo fato da condenação, jamais pode ser perdida.

O artigo 5º, III, da Constituição Federal dispõe que:

“Art. 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

Art. 5º, XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

Art. 5º, XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

Art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

O preso durante o cumprimento da pena conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. A Lei de Execuções Penais também preceitua com clareza em seu artigo 3º que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei”.

A Lei de Execução Penal indica em seu artigo 41, os direitos do condenado, que são:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - previdência social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Sendo que conforme parágrafo único do citado artigo, os direitos ancorados nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Entretanto, ao lado desses direitos impõe-se ao condenado a observância de uma série de deveres. Assim, “sem característica infamante ou aflitiva, os deveres do condenado se inserem no repertório normal das obrigações do apenado como ônus naturais da existência comunitária”. (item 63 Exposição de Motivos da LEP).

Acrescenta-se, pois à disciplina, consistente na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho de seu trabalho, um conjunto de deveres específicos, com o escopo precípua de orientar a conduta do condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório:

- I – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
- II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
- III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
- IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
- V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
- VI – submissão à sanção disciplinar imposta;
- VII – indenização à vítima ou aos seus sucessores;
- VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
- IX – higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
- X – conservação de objetos de uso pessoal.

### **3.8 Estabelecimentos Penais Federais**

A construção de presídios federais obedece a uma determinação da Lei de Execução Penal. Para a criação do Sistema Penitenciário Federal, se prevê a construção de penitenciárias de segurança máxima especial, para abrigar

criminosos de alta periculosidade, que comprometam a segurança do presídio ou possam ser vítimas de atentados dentro dos presídios.

O objetivo do governo é ao mesmo tempo garantir um isolamento maior dos chefes do crime organizado e aliviar a tensão no sistema carcerário estadual. Já que livres dos indivíduos mais perigosos, o poder local poderá dar maior atenção à recuperação do restante da população carcerária, bem como da reinserção social do preso depois do cumprimento da pena.

O primeiro presídio federal foi inaugurado no dia 23 de junho de 2006, no município de Catanduvas, estado do Paraná, com capacidade para 208 presos em celas individuais, divididas em quatro módulos. É dotada de infra-estrutura e equipamentos de segurança de última geração, como aparelhos de Raio- X e de coleta de impressão digital, detectores de metais e espectômetros (aparelhos que identificam vestígios de drogas, armas e explosivos).

Segundo dados do Depen, outras quatro penitenciárias federais serão construídas no Brasil, a um custo médio de R\$ 20 milhões cada, sendo uma em Campo Grande (MS), uma em Mossoró (RN), uma em Porto Velho (RO) e uma no Estado do Espírito Santo, em local ainda não definido.

### **3.9 Regime Disciplinar Diferenciado**

A Lei nº. 10.792/03 trouxe nova redação ao artigo 52 da Lei de Execuções Penais, estabelecendo o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), modalidade de sanção disciplinar, como resposta ao surgimento de rebeliões e sob a alegação da existência de quadrilhas organizadas no interior dos presídios.

O Regime Disciplinar Diferenciado possui as seguintes características: duração máxima de 360 (trezentos e sessenta dias), sem prejuízo da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

Ademais, segundo o disposto no parágrafo primeiro do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, o regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros que apresentem alto

risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Por fim, dispõe o parágrafo segundo do referido dispositivo que estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

### **3.10 Perfil do Preso no Estado de São Paulo**

As estatísticas brasileiras sobre crime e sistema penitenciário são extremamente precárias, desse modo, os instrumentos oficiais devem ser vistos com cautela, mas são de qualquer forma instrumentos importantes para esboçar o perfil do preso brasileiro.

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional existe hoje no Brasil cerca de 361.402 (trezentos e sessenta e um mil quatrocentos e dois) presos, que segundo dados da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, destes 125.821 (cento e vinte e cinco mil oitocentos e vinte e um) cumprem pena no Estado de São Paulo, distribuídos entre os seguintes estabelecimentos: 3 (três) Unidades de Segurança Máxima, 74 (setenta e quatro) Penitenciárias, 32 (trinta e dois) Centros de Detenção mais um anexo, 22 (vinte e dois) Centros de Ressocialização, 7 (sete) Centros de Progressão Penitenciária, 2 (dois) Institutos Penais Agrícolas e 5 (cinco) Hospitais.

A população carcerária de São Paulo é atualmente composta por 96,5% de presos do sexo masculino, sendo que sua grande maioria cumpre pena no regime fechado.

Com relação à idade, cerca de 75% dos presos encontra-se na faixa etária entre 18 (dezoito) e 34 (trinta e quatro) anos, sendo o Regime Disciplinar Diferenciado com o maior percentual.

Quanto à cor da população presa, revela-se composta por maioria de brancos, com uma média 3,5 % de negros.

Os dados da Secretaria de Administração demonstram ainda que, ao contrário do que se costumava afirmar, a população carcerária paulista não é formada em grande parte por imigrantes nordestinos, uma vez que ficou revelado que São Paulo é a principal origem dos detentos em todos os segmentos.

No que tange ao trabalho, ficou demonstrado o baixo nível de ocupação, pois apenas 40% dos presos trabalham, possuindo o Regime Semi-Aberto e a Ala de Progressão os com altos índices de ocupação.

Com relação à reincidência ficou comprovado que os homens reincidem mais que as mulheres, num percentual de aproximadamente 42% contra 35% respectivamente.

Ainda, pode-se verificar que aproximadamente 50% dos presos ainda devem cumprir mais de dois anos até oito anos de pena, constituindo o Regime Disciplinar Diferenciado o com maior número de detentos com mais de oito anos a cumprir.

### **3.11 Realidade Penitenciária**

A Constituição Federal de 1998 está baseada nas idéias democráticas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que defende a dignidade, liberdade e igualdade para todos os cidadãos, porém, a legislação penal brasileira encontra-se em conflito, ante a falta de estrutura nas penitenciárias e presídios.

Nos dizeres de Santos:

A legislação penal brasileira contemporânea permanece distante da realidade carcerária: superlotação das celas falta de ensino profissionalizante, lentidão dos processos no Poder Judiciário e violência dentro dos presídios, são algumas das mazelas que contribuem para agravar a crise do sistema carcerário no país.

E segundo Dropa:

Chamar nossas cadeias e penitenciárias de prisões é um elogio desmerecido. O que existe no Brasil são verdadeiras masmorras, depósitos humanos de excluídos formalmente separados dos presos desviados, ou seja, aqueles bons cidadãos que por uma razão ou outra cometeram um equívoco e tiveram sua liberdade privada. São os chamados presos especiais com direito a regalias como comida especial, televisão, jornais, e outras regalias que não cabem ao denominado povão.

Percebe-se então que as causas de tanta desigualdade dentro das prisões brasileiras se constituem pela falta de recursos para oferecer dignidade aos detentos, por meio de melhores condições de saúde, higiene e espaço dentro das instalações.

Ademais, a televisão, os jornais, as revistas têm demonstrado que nas rebeliões de presos existem duas denúncias absolutamente iguais: a superlotação dos cárceres e a violação dos direitos fundamentais.

No entendimento de Dotti (1998, p.62):

A crise carcerária constitui um antigo problema penal e penitenciário, com acentuado cariz criminológico. Ela é determinada, basicamente, pela estrutura de carências humanas e materiais e tem provocado nos últimos anos um novo tipo de vitimidade de massa, já que as rebeliões deixaram de ser um problema localizado, no interior dos muros, para assumirem proporção de terror comunitário quando se multiplicam as vítimas dos seqüestros impostos como condição para se efetivar garantias constitucionais e legais. Há uma nova legião de reféns fabricados pela anomia e pela desesperança. Além dos guardas de presídios, a vitimidade de massa envolve outros autores: os dirigentes e técnicos dos estabelecimentos penais e os familiares dos presos. Até mesmo crianças, levadas pelas mãos calejadas das mulheres para a visita semanal, fazem parte desta cadeia de novos flagelados desta violência institucional e privada.

## 4 PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

### 4.1 Conceito de Privatização

Não são poucas as conceituações do termo privatização. Assim, em linhas gerais, privatização visa reduzir ou mudar a intervenção operada pelo Estado em favor do setor privado da economia, ou seja, importa em redefinir o âmbito do próprio Estado, mudando as antigas por novas fronteiras, mediante uma revitalização das liberdades econômicas dos indivíduos.

Neste contexto, Osório elenca diversas acepções que a palavra privatização pode apresentar:

“a) em primeiro lugar, pode significar a transferência total ou parcial da propriedade de empresas ou bens públicos para a iniciativa privada. Este é um conceito restrito de privatização; b) privatização pode significar a concessão, mediante contrato, à iniciativa privada da gestão de empresas públicas ou de serviços públicos. Nesse caso, o conceito de privatização é mais amplo; c) também pode ser utilizado para designar a subcontratação de serviços à iniciativa privada. Seria o que podemos chamar de terceirização, por meio da qual uma série de serviços é executada pela iniciativa privada, tais como limpeza, conservação, vigilância; d) privatização significa também a transferência à iniciativa privada de setores explorados pelo setor público, em regime de monopólio; e) outra acepção importante para o termo privatização é aquele de desregulação, que significa que o Estado, por uma série de motivos, deixa de regular um determinado setor econômico”.

Convém esclarecer que está lista não é taxativa, pois dependendo da forma como encararem esse fenômeno poderão adotar um desses conceitos, ou mesmo, acrescentar outros. Entretanto, pode-se concluir que o conceito de privatização é um processo aberto que pode assumir diferentes formas, mas sempre com o objetivo de diminuição da atuação do Estado, pois busca fortalecer os modos de gestão implementados na iniciativa privada.

Para fins desse trabalho, entende-se a privatização como sendo o meio utilizado para designar a subcontratação de serviços à iniciativa privada, como forma de terceirização, ou seja, a contratação feita pelo Estado de serviços prestados por terceiros especializados, para que este realize a administração das atividades meio, possibilitando ao Estado direcionar suas energias para as suas principais atividades e obrigações.

## 4.2 Privatização do Sistema Prisional

Segundo Carvalho Filho (2002, p.62):

A privatização de presídios foi implantada nos Estados Unidos da América a partir da década de 1980, quando as penitenciárias estavam superlotadas e a Justiça exigia adequação do número de vagas ao número de presos e não havia recursos para gerenciar e construir novos presídios.

Após a idéia foi se espalhando pelo mundo, sendo introduzida também em países como Austrália, França e Inglaterra, chegando no Brasil na década de 1990.

Nos países indicados, exceto o Brasil, embora tenham unidades prisionais privadas, estas são minoria frente ao sistema estatal, e cada país adota um modelo diferente de privatização, com maior ou menor participação do empreendedor privado, destacando-se os Estados Unidos como o modelo em que se constata maior participação, ou seja, quase total, do empresário na administração do presídio, diferentemente do que ocorre na França, que adota o modelo segundo qual o Estado está, juntamente com o empreendedor, administrando a unidade prisional, numa verdadeira co-gestão.

## 4.3 O Modelo Norte-Americano de Privatização

No modelo norte-americano, as prisões privadas recuperam pelo caráter educativo que possuem. A redução da reincidência é o maior objetivo das prisões privadas, sem perder de vista, a economia que devam proporcionar.

O presídio Lake City Correctional Facility, é tido como presídio-modelo, funcionando como prisão escola.

Todos os internos desta unidade estudam e trabalham, adquirindo inclusive diplomas secundários e profissionais ao término de cada etapa de estudo. Em relação ao trabalho, consiste apenas em serviços para funcionamento e manutenção da instituição como tarefas de limpeza, na cozinha, dentre outros, não havendo, dessa maneira, trabalhos na linha de produção.

Os internos fazem obrigatoriamente três cursos: educação regular, computação e uma oficina. O trabalho é obrigatório, e que quem trabalha pela manhã, estuda à tarde e vice versa.

A manhã na penitenciária começa cedo, pois para mudar os hábitos da marginalidade é necessário mudar os hábitos da vida. Acordam às três da manhã, têm uma hora para higiene pessoal e arrumação das celas. As quatro tomam o café, e se chegar atrasado não come, podendo os outros comerem à vontade. Às cinco começam o turno de trabalhos para uns, de estudo para outros. Após o almoço, servido com fartura, mas com limitação da porção de carne e de doce por razões nutricionais, começa o segundo turno. Quem estudou pela manhã, trabalha, quem trabalhou, estuda.

Há um dia de folga, o domingo, o qual é dedicado à assistência religiosa e às visitas. Os internos usam roupa padrão, fornecida pelo presídio. Todos têm assistência dentária, médica, jurídica e apoio psicológico.

#### **4.4 O Modelo Francês de Privatização**

Na França o sistema de privatização prisional é diferente do modelo norte-americano.

Enquanto nos Estados Unidos a iniciativa privada pode assumir a responsabilidade completa pela direção, gerenciamento e administração da prisão, inclusive pelo serviço de segurança, na França foi implantado um modelo de dupla responsabilidade, cabendo ao próprio Estado e ao grupo privado o gerenciamento e a administração conjunta do estabelecimento.

Os principais pontos do sistema de duplo comando, no modelo de privatização prisional na França, estão estipuladas em cláusulas através das quais: ao Estado compete a indicação do diretor geral do estabelecimento, relacionamento com o juízo da execução penal e responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão; à empresa privada incumbem as tarefas de promover, no estabelecimento prisional, o trabalho, a educação, o transporte, a alimentação e o lazer, bem como a assistência social, jurídica, espiritual e a saúde física e mental do preso; a guarda dos presos é responsabilidade da empresa privada; segurança externa a cargo da polícia do Estado; o contrato de gestão da empresa privada tem a duração de dez anos, podendo ser renovado e ainda é facultado ao Estado vetar a admissão de um servidor, selecionado pela instituição privada, para participar da regência administrativa da Penitenciária.

#### 4.5 Privatização do Sistema

Os defensores da idéia de privatização do sistema prisional argumentam tendo em vista a idéia de redução dos custos e o efeito terapêutico do trabalho. Todavia, outros aspectos mostram-se relevantes, tais como: a melhoria na condição de vida dos familiares, o incremento da atividade produtiva na região, redução dos gastos com o funcionalismo público e o aumento de vagas na iniciativa privada.

Todavia, não se pode deixar de comentar a melhoria nas condições de salubridade dos presídios e a significativa economia no custeio aos cofres públicos, além do descompromisso de importante contingente policial, destinado à segurança dos presídios, que poderia ser destinado à sua verdadeira função de segurança pública.

Já os que argumentam contra a privatização, apresentam teses difíceis de ser sustentadas e, na maioria das vezes não sugerem alternativas para a melhoria do sistema. O ponto principal dos defensores da não-privatização é o enfoque materialista e a possibilidade de exploração do trabalho do preso, pois temem a transformação dos presídios em unidades de trabalho forçado, abusando-se da força laborativa do preso, que pode ser levado a excesso, e a criação de situação análoga ao escravagismo.

Contudo, é necessário lembrar que o homem segregado deve somente perder sua liberdade e nada mais. O Estado é responsável por aquele que se acha preso, de modo que tudo o mais, todas as atrocidades sofridas pelo preso enquanto segregado, são de responsabilidade direta do Estado. Por isso, acredita-se que as unidades prisionais privadas poderão preservar a dignidade do preso, de modo especial se estiverem tratando de preso provisório, aquele que ainda não foi julgado e que poderá ser absolvido.

Desse modo, a solução seria simples, bastando um sistema eficiente de fiscalização concomitante com uma análise de constatação dos níveis de produção, de forma que o registro de uma evolução injustificada da produção implicaria em auditoria imediata.

Os defensores dos direitos humanos preferem não ver que a não-privatização significa o agravamento da situação em face do acirramento do

problema, pela simples ação inercial associada à incapacidade financeira do Estado.

Ocorre que a demanda é infinitamente maior que a oferta, isso sem se considerar os reiterados prejuízos com rebeliões, cada vez mais freqüentes, como resultado da superlotação.

A correção do atual sistema é inviável do ponto de vista prático e econômico. Não é possível o remanejamento de presos para a reforma de presídios. O reaparelhamento de unidades consumiria mais do que a construção de novas unidades. As exigências de segurança são maiores, o advento dos telefones celulares e as centrais telefônicas clandestinas exigem equipamentos sofisticados e caros, a engenhosidade dos presos requer cuidados maiores na construção e, o que é mais grave, os internos já conhecem o sistema atual, encontrando-se preparados para enfrentar as “reformas”.

A necessidade brasileira é de aproximadamente 600 mil vagas, e considerando-se apenas o regime fechado e o semi-aberto, significaria nada mais nada menos que a construção imediata de mil unidades dotadas de 400 vagas enriquecidas pela rotatividade do sistema, compensada pela demanda crescente. Ademais, o aumento ou desvio de recursos humanos para sustentação do sistema não seria possível, principalmente pela vigência da lei de responsabilidade, limitadora de gastos públicos.

Assim, de acordo com Adolfo (2003, p. 35): “a implantação gradual de um novo sistema e a privatização do atual, com concessão de exploração de novas unidades, controladas e fiscalizadas pelo Poder Público, é mais viável”.

#### **4.6 Experiências Brasileiras**

O primeiro estabelecimento prisional brasileiro a adotar a forma de gerenciamento prisional privado, através do denominado modelo terceirizador, foi a Penitenciária Industrial de Guarapuava, localizada no município de Guarapuava, Estado do Paraná, inaugurada em 1999.

Trata-se de um exemplo pioneiro de parceria entre a segurança pública e privada na qual o presídio é administrado pelo governo estadual e os serviços de segurança interna, assistência médica, psicológica, jurídica e social, são prestadas por uma empresa privada.

Foi construída com recursos dos Governos Federal e Estadual, numa parceria estratégica. O custo total, incluindo projeto, obra e circuito de TV, foi no valor de R\$ 5.323.360,00 (cinco milhões, trezentos e vinte e três mil, trezentos e sessenta reais), sendo 80% provenientes de convênio com o Ministério da Justiça e 20% do Estado.

A unidade foi concebida e projetada objetivando o cumprimento das metas de ressocialização do interno e a interiorização das unidades penais, ou seja, preso próximo da família e local de origem. Esta política adotada pelo Estado do Paraná buscava oferecer novas alternativas para os apenados, proporcionando-lhes trabalho e profissionalização, além de melhores condições para sua reintegração à sociedade e 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. O trabalho exercido por esta empresa envolve o atendimento aos presos no que se refere à 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 da disciplina, que supervisionam a qualidade de trabalho da empresa contratada e fazem valer o cumprimento da Lei de Execuções Penais.

A Penitenciária Industrial de Guarapuava tem capacidade para 240 (duzentos e quarenta) presidiários. O perfil dos criminosos que lá se encontram, segundo dados obtidos do relatório mensal da penitenciária, apresenta traços peculiares, denotando a vocação do estabelecimento à tutela dos delitos de maior lesividade, pois grande parte dos criminosos que estão em Guarapuava praticaram delitos de maior potencial ofensivo, como homicídio, tráfico de entorpecentes, latrocínio e estupro.

O índice de reincidência criminal dos egressos do presídio de Guarapuava chega a ínfimos 6%, segundo o Departamento Penitenciário Nacional, sendo o nível de reincidência ainda mais baixo em Guarapuava, meros 2%

## 4.7 Base Normativa

Quanto à constitucionalidade da proposta, parte-se da premissa de que a Lei Maior foi clara e o que ela não proibiu, permitiu.

Ademais, conforme Osório:

o artigo 144 da Constituição Federal, ao dispor que a segurança pública é dever do Estado, não apresenta prescrição impeditiva de implementação de processo de terceirização da administração dos presídios, uma vez que o dispositivo constitucional trata especificamente da polícia ostensiva e da manutenção da ordem pública.

Aliás, a Lei de Execução Penal admite em seu artigo 36 o trabalho terceirizado do preso, ao autorizar o trabalho externo até para os presos em regime fechado em serviços ou obras públicas feitas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

E mais, na verdade não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função material da execução penal, pois vale dizer que o administrador particular será responsável pela limpeza, comida, roupas, pela chamada hotelaria, enfim, por serviços que são indispensáveis num presídio.

Pois a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado, que por meio de seu órgão-juiz, determinará quando um homem poderá ser preso, quanto tempo assim ficará, quando e como ocorrerá punição e quando o homem poderá sair da cadeia, numa preservação do poder de império do Estado, o qual é o único titular legitimado para o uso da força, dentro da observância da Lei.

De acordo com Adolfo (2003), a vigilância e a fiscalização ficariam a cargo de contratados na iniciativa privada, que teria que treiná-los, uniformizá-los alimentá-los [...] Criando desta forma empregos e incrementando a economia das regiões.

Ademais, este é um aspecto importante principalmente em face da rejeição das comunidades à instalação dos presídios, pois a situação se inverteria com a privatização do sistema, com cidades disputando a instalação de unidades prisionais.

## Segundo Osório:

Não se tem a menor dúvida de que as parcerias público-privadas em presídios, tem lastro jurídico adequado. Não se esta 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 de eficiência administrativa, ambos inscritos expressamente no artigo 37, caput, da Magna Carta. É o que autoriza e visa tornar realidade o projeto de Parceria público-privadas, uma das principais iniciativas do Ministério Federal do Planejamento.

Ademais, esta modalidade de contrato já foi regradada na Esfera Federal pela lei nº. 11.079/04, que instituiu as Parcerias Público-Privadas.

No caso dos presídios, trata-se de concessão administrativa, tendo em vista que ocorrerá repasse financeiro ao Estado, porém sem cobrança de tarifa do usuário do serviço, que neste caso seria o prisioneiro, uma vez que numa visão mais limitadora, o preso não seria propriamente um usuário, porquanto não lhe é dada esta 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 segurança, vigilância e monitoramento.

Ademais, sendo portador de direitos fundamentais perante o Estado, o preso resulta posicionando como usuário, eis que lhe assiste razão ao reivindicar determinados padrões de qualidade, segurança, higiene, saúde. Desse modo, segundo Osório “não parece inviável considerar o presidiário como genuíno usuário do sistema, ainda que tal terminologia possa parecer, num olhar preliminar, inadequada”.

Ao Poder Público consubstanciado tanto no Executivo quanto no Judiciário, compete a gestão do sistema. Entretanto, toda a sociedade pode vir a colaborar para a melhoria da execução da pena, encontrando respaldo no artigo 4º da Lei de Execuções Penais.

Assim, nos casos de má administração em presídios terceirizados, que agridam 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 configura-se como direito da Administração Pública, uma das cláusulas exorbitantes, através de ato fundamentado e observado o devido processo legal.

De acordo com Osório:

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.

Desse modo, 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 particulares, devendo sempre buscar a auto-sustentabilidade das unidades prisionais, como objetivo de alocar, cada vez menos, recursos estatais para o funcionamento do estabelecimento prisional. Desse modo, o trabalho do sentenciado, incluindo sua remuneração e período de descanso, dentre outros fatores, continuariam a serem definidos e regulados em conformidade com a Lei de Execuções Penais.

#### **4.8 As Parcerias Público-Privadas**

O marco legal de criação das parcerias público-privadas (PPPs) para a União foi a Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público privada no âmbito da administração pública.

De acordo com Santana, as PPPs são definidas como um sistema de contratação de serviços públicos que regula as relações negociais, em contratos de longo prazo, entre o setor público e uma empresa privada ou um consórcio de empresas privadas, visando ao fornecimento de serviços públicos.

Nesta parceria a empresa ou o consórcio, geralmente assumem a responsabilidade pelo projeto, por exemplo, de engenharia, construção, operação e financiamento do empreendimento.

Desse modo, trata-se de uma modalidade de delegação de atribuições do Estado ao setor privado na qual entram recursos financeiros de ambas as partes, e onde o Estado espera contar com a agilidade e a eficiência do empreendedor privado, ou seja, são contratos entre o setor público e o privado com o objetivo de entregar um projeto ou um serviço tradicionalmente provido apenas pelo setor público para a esfera privada.

Pode-se extrair como objetivos dessa forma contratual entre o Estado e o particular que as PPPs: a) visam reduzir os dispêndios orçamentários com investimento do setor público; b) transformam um dispêndio de capital (concentrado no início do projeto) em um dispêndio orçamentário de custeio (ao longo da vida do projeto); c) maximizam o valor dos recursos alocados ao longo do projeto, por meio da mitigação dos riscos, maximização da eficiência e inovação na estruturação dos contratos; d) induzem o setor público a desenvolverem políticas macroeconômicas e sociais, levando em conta a consistência destas e a eficiência nas compras de bens e contratação de serviços; e) induzem o setor privado a prestar serviços visando à racionalização dos custos e o atendimento na qualidade exigida; f) levam o setor público a definir suas prioridades por metas desejadas, delegando ao setor privado a escolha dos meios.

Ademais, constituem princípios da PPPs , inclusive englobando as diretrizes previstas no artigo 4º da Lei nº. 11.079/04:

a) a criação de um mecanismo de pagamento pelo setor público, direta ou indiretamente, para entidades do setor privado, prestadores de serviços públicos, na qual os desembolsos são realizados de acordo com a execução e a qualidade dos serviços prestados pelo concessionário; b) a especificação prévia detalhada da produção e distribuição dos bens e serviços, bem como a definição clara da qualidade requerida; c) o valor do projeto é mensurado em termos de custos ajustados ao risco e ao longo da vida do projeto; d) a identificação precisa dos riscos e o estabelecimento de seus mitigantes; e) a mudança radical na cultura e no ambiente organizacional do setor público; f) o cumprimento rigoroso dos cronogramas de desembolso e execução de obras- quiçá com previsão de multas por atraso ou por performance abaixo do padrão mínimo; g) a contabilização de passivos de longo prazo recorrentes, não facilmente identificáveis, evitando tomar decisões que contemplem unicamente políticas de curto prazo baseadas em regime de caixa.

Deste modo, são apresentados como pré-requisitos para as PPPs; a) a existência de apoio político a fim de garantir a continuidade e a previsibilidade dos negócios; b) uma lei e regulamentação que viabilize a implementação dos projetos; c) a definição de fluxos de caixa previsíveis e adequados, a otimização da estrutura contratual, com a inclusão de cláusulas de alteração contratual flexíveis, para adaptar as condições iniciais às mudanças de conjuntura, evitando indexação automática e distorções não previstas no início do contrato.

Para Oliveira, a motivação para a criação das PPPs foi a de que o Estado brasileiro não dispõe de recursos para grandes investimentos na área pública.

Ademais, não conta o Estado com caixa para projetos de infra-estrutura necessários para a economia brasileira e para os grandes projetos e investimentos na área social. Desse modo, as PPPs pretendem ser uma ferramenta poderosa para mobilizar a iniciativa privada em parceria com o Estado, no sentido de, juntos, tocarem obras sociais e de infra-estrutura, desde estradas, hospitais e penitenciárias

#### **4.9 Argumentos Favoráveis à Idéia de Privatização**

Para Oliveira (2002), os principais argumentos favoráveis à privatização podem ser assim elencados: a) O Estado já deu prova de incompetência e inoperância na seara da administração penitenciária; b) O Estado, há muito temo, por não investir com seriedade no setor, finge se preocupar e vende a ilusão de que procura solucionar os problemas dos presos; c) Em nenhum país, nenhuma Corte de Justiça reconheceu a inconstitucionalidade das prisões privadas; d) Dizer não à privatização, sem ao menos testar a experiência, é ser parceiro do universo criminoso, antiético, desumano e caótico das prisões; e) A instituição privada tem mais opções para garantir trabalho remunerado com habilidade profissional ao preso, em ambiente educativo, isolando a contaminação da ociosidade; f) A empresa privada abre possibilidade concreta para a absorção do condenado no mercado de trabalho, após o cumprimento de sua pena; g) Os dirigentes da iniciativa privada têm maior interesse em otimizar os serviços reduzindo despesas desnecessárias, não gastando demasiadamente, porque os prejuízos financeiros lhes afetam diretamente; h) Por que combater, o gerenciamento e a administração de uma prisão por uma empresa particular, se o Estado estará sempre vigilante, fiscalizando diariamente a execução, para evitar desvios no cumprimento das obrigações contratuais?; i) Por que temer a participação de empresas vinculadas ao crime organizado, se o Estado, através de regras fixadas em edital estabelecendo concorrência pública, tem todas as condições para fazer seleção das empresas devidamente qualificadas e de boa reputação; j) É verdade que o lucro faz parte da resposta, no planejamento do custo-benefício, mas em se tratando de regime penitenciário, esse lucro será também do preso, que ganhará dinheiro pela sua produção, ajudará sua família e retornará à sociedade devidamente adaptado à terapêutica ocupacional; l) A

empresa privada terá interesse em mostrar zelo e eficiência porque, investindo no sistema, precisa garantir a credibilidade pública e o direito à renovação do contrato; m) O respeito aos direitos humanos na prisão será observado pelo próprio advogado do preso, que pode até mesmo processar a empresa privada, pedindo indenização por violação de princípios ditados na Constituição, na lei penal, na sentença de condenação ou no contrato de adesão com o Estado.

Sob esta ótica, dizer não à privatização, precipitadamente, é concordar com o caos instalado nas prisões, consideradas verdadeiras universidades do crime, constituindo um sistema irresponsável, antiético, desumano e caótico. Motivo pelo qual os defensores da privatização sublinham que as empresas particulares dispõem de maior agilidade, uma vez que estão liberadas da morosa e difícil burocracia que dificulta a administração das instituições estatais.

E a par dessa peculiaridade, as empresas privadas procuram oferecer estímulos funcionais e melhores condições de trabalho aos seus empregados. Pois na competição de mercado, além de garantirem trabalho remunerado ao preso, o que não ocorre comumente na prisão estatal, os agentes privados têm agudo interesse em otimizar os serviços, reduzindo as despesas para poder manter posição estável, questão esta que não é visível no serviço público, o qual gasta demasiadamente e está sempre envolvido em contínuos escândalos de redes e organizações criminosas, com destaque para proliferação da corrupção.

Desse modo, segundo Oliveira (2002), o problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais (problema este que está na origem da maior parte das rebeliões), poderia ser resolvido com a participação do capital de empresas privadas na construção e gestão de novas penitenciárias.

#### **4.10 Críticas ao Sistema de Privatização**

Segundo Araújo Junior (1995, p. 12): “no Brasil à idéia da privatização de prisões, existem obstáculos de três ordens: obstáculos éticos, jurídicos e políticos”.

#### *4.10.1 Obstáculos Éticos*

Parte da teoria personalista, que se caracteriza por declarar a indisponibilidade da pessoa humana, e reconhecer no homem os atributos da personalidade. Desta teoria decorrem os seguintes princípios: princípio da inviolabilidade da vida, da integridade física e da saúde do homem, princípio da dignidade pessoal, e princípio da liberdade individual.

Como se denota, a Constituição da República de 1988 adotou os princípios decorrentes da teoria personalista, em razão dos diversos comandos que emergem das normas contidas no seu artigo 5º, garantidores da inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Ao princípio ético da liberdade individual, corresponde a garantia constitucional do direito à liberdade. E esta garantia reconhece, no âmbito da ordem jurídica, o comando ético segundo o qual não será moralmente válido a um homem exercer sobre o outro qualquer espécie de poder, que se manifeste pela força, pois a única coação moralmente válida é a exercida pelo Estado através da imposição e execução de penas ou outras sanções.

Portanto, O Estado, seja do ponto de vista moral, seja do ponto de vista jurídico, não está legitimado para transferir a uma pessoa, natural ou jurídica, o poder de coação de que está investido e que é exclusivamente seu, por ser, tal poder, violador do direito de liberdade.

Assim, nesse ponto, o aspecto ético se confunde com o aspecto jurídico constitucional e fundamenta-se a inconstitucionalidade da proposta de privatização.

Conclui Araújo Junior, (1995, p. 13):

É de destacar também que do ponto de vista ético será intolerável que um indivíduo, ademais de exercer o domínio sobre outro, aufera vantagem econômica, do trabalho carcerário. Tal trabalho, faz parte da natureza da pena, manifestação do poder soberano do Príncipe.

#### *4.10.2 Obstáculos Jurídicos*

Os obstáculos jurídicos são constitucionais e legais, e decorrem da lei de execução penal.

Conforme nos esclarece Araújo Junior, (1995, p. 14):

As amplas atribuições cometidas ao juiz pela Lei de Execução Penal não guardam paralelo em qualquer outro diploma anterior. Sem necessidade de aludir a pormenores, é oportuno destacar que o controle jurisdicional contínuo e integrado com a administração visa a eliminar os graves inconvenientes que são frutos do descompasso entres as proclamações de segurança individual contidas na Constituição e na lei, e as vicissitudes e omissões do sistema.

Desse conceito, decorre que a administração penitenciária participa da atividade jurisdicional. O pessoal penitenciário, de qualquer nível, embora vinculado ao Poder Executivo para fins de gestão financeira e disciplinar, ao praticar os atos de execução são considerados o juiz da execução.

Sendo assim, a execução penal uma atividade jurisdicional e sendo, como se sabe, a atividade jurisdicional indelegável, deve-se concluir que a administração penitenciária é, também, indelegável e, por isso, somente poderá ser exercida pelo Estado, e a violação da indelegabilidade da atividade jurisdicional importa em inconstitucionalidade.

Araújo Junior, (1995, p.15) destaca ainda que:

A função pública distingue-se do serviço público. O que pode ser concedido ou privatizado é o serviço público, ou seja, o serviço que a administração presta ao público. Já a função pública é indelegável, pois se trata da própria força administrativa.

#### *4.10.3 Obstáculos Políticos*

A atual idéia de privatização das prisões nasceu nos Estados Unidos, como conseqüência da crise da pena indeterminada. A esse tempo, os Tribunais Federais americanos abandonaram a política de "hands off", segundo a qual a execução da condenação ficava exclusivamente por conta das autoridades administrativas, sem qualquer participação do juiz. Porém, no início dos anos oitenta, os Tribunais Federais Americanos em face do lastimável estado em que se encontrava o seu sistema penitenciário, passaram a adotar um atitude diametralmente oposta, ou seja, começaram a intervir diretamente na execução, e em razão disso determinaram a interdição de diversos estabelecimentos carcerários.

Paralelamente a isso, o empresariado estadunidense, desde há algum tempo, vinha exercendo pressões no sentido do restabelecimento das tradicionais prisões privadas, que existiam na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Desse modo, a solução política encontrada diante da situação emergencial foi ceder às pressões dos empresários entregando à iniciativa privada algumas prisões dos xerifes de certos condados, destinados a jovens infratores, que possuíam as características de verdadeiras escolas.

Ademais, na experiência americana a privatização é total, porém seu desenvolvimento tem sido desigual e limitado. Ela tem prevalecido mais no sul do país, onde o conservadorismo é forte e os sindicatos são mais fracos do que no norte.

As prisões privadas são mais comuns nos setores juvenis, do que nos estabelecimentos para adultos, e afirma-se que o desenvolvimento da privatização foi limitado, pois exerceu apenas um pequeno impacto sobre o sistema pena americano como um todo.

Sob o ponto de vista científico, a idéia de privatização estava ligada à ideologia do tratamento.

Na Europa, a situação não foi diferente, pois pesquisadores afirmavam de forma mordaz que o sucesso penitenciário dependia mais das qualidades do diretor da prisão do que do tipo de tratamento aplicado.

Verifica-se então segundo Araújo Junior, (1995), que a adoção da privatização das prisões, caso fossem superados os obstáculos anteriormente apresentados, esbarraria no obstáculo político-criminal, pois privatizar prisões significa consagrar um modelo penitenciário que a ciência revelou fracassado e, além disso, considerado violador dos direitos fundamentais do Homem.

Sendo assim, o importante não é fazer experiências com homens colocados compulsoriamente à disposição do Estado, pois isso é inconcebível num Estado de Direito. O que é verdadeiramente importante é exigir-se do estado e de seus representantes, que tenham a vontade política de mudar o modelo carcerário e a estrutura do que existe hoje.

#### 4.11 Parâmetros à Privatização

Para finalizar o estudo sobre a privatização do sistema penitenciário, é necessário estabelecer alguns parâmetros básicos, ou seja, vetores que devem orientar o gestor público quando da apreciação da viabilidade da construção e administração de unidades prisionais sob o marco da Lei de Parceria Público-Privadas.

Assim, segundo Osório, algumas funções não podem ser delegadas à iniciativa privada, tendo em vista impeditivos e atribuições legais, por exemplo:

- a) a execução da pena e das medidas de segurança, em todos os seus termos; b) a reeducação e ressocialização do apenado, nos aspectos nucleares e no tocante à responsabilidade do Estado; c) a segurança interna e externa das unidades prisionais e escolta dos presos, o que não impede a participação acessória do setor privado; d) a constituição das Comissões de Classificação e todos os demais mecanismos para o controle do cumprimento das penas, em conformidade com a lei Federal nº 7.210/84; e) nomeação do Diretor do Estabelecimento Penal; f) controle do acesso às unidades prisionais, inclusive a visitação dos internos, porque tais prerrogativas atenderão às normas previstas no competente regulamento, e deverão ser exercidas pelo Estado; g) e o ensino fundamental nas unidades prisionais.

Desse modo, se corretamente implementados e fiscalizados, os presídios construídos e/ou operados sob a égide das leis que disciplinam as parcerias público-privadas podem trazer os seguintes benefícios: a) criar um instrumento dinâmico e capaz de diminuir o déficit de vagas carcerárias existentes no Estado; b) assegurar direitos fundamentais básicos aos presos; c) buscar auxílio da sociedade civil e das organizações do terceiro setor, a fim de integrar os presos à sociedade, com maior flexibilidade; d) busca de um instrumento ágil, dinâmico e que desonere o orçamento do Estado, alavancando investimentos de curtíssimo prazo, com ressarcimento diferido no tempo; e) instrumento de longo prazo, buscando objetivos concretos, através da parceria com o setor privado, fomentando uma cultura de gestão eficiente, onde é aberto novo horizonte à iniciativa privada, em proveito da coletividade.

Contudo, nos dizeres de Osório, é essencial reiterar que esta opção que se apresenta ao gestor público não se trata de privatização do sistema prisional, propriamente dita, uma vez que o Estado deve permanecer dentro de todos os presídios, com total controle e fiscalização, ainda que com número de pessoal reduzido. É em verdade, uma alternativa ao gestor público, sendo que não se

trata de opção taxativa nem obrigatória para a administração de novos presídios. Haveria neste modelo de privatização uma nova gestão pública, não um instrumento impositivo aos governos. Nesta senda, a maior preocupação do gestor deve ser a de oferecer à sociedade um horizonte de investimentos transparentes, onde a relação custo-benefício supere a atual, considerando-se todos os aspectos envolvidos, de modo a fomentar-se uma quebra de paradigma no assunto, com a elevação do princípio da eficiência como pedra de toque da Administração Pública, também na esfera da gestão prisional”.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Está demonstrado que o atual modelo penitenciário existente no Brasil, onde o preso é submetido a condições desumanas de encarceramento, e execução da pena prisional moral e fisicamente superior aos limites da sentença penal condenatória, merece uma profunda reforma e uma grande atenção por parte do Estado e da sociedade.

Neste contexto sugere-se a possibilidade de implementar a privatização dos presídios, porém, não entendida essa privatização com toda a sua complexidade, haja vista que a Constituição Federal não permitiria delegar à iniciativa privada, aspectos relacionados à segurança. Mas entendida como uma espécie de terceirização da administração das penitenciárias, com a supervisão, tutela e chancela do Estado.

A privatização do sistema prisional nos termos propostos por este trabalho, valorizará o presidiário e desestimulará rebeliões, pois de acordo com os detentos, os principais motivos ensejadores das constantes rebeliões ocorridas nos presídios nacionais são instalações insalubres, superlotadas, miséria, abusos sexuais dentre outros.

Ademais, será a ociosidade, substituída por horas diárias trabalhadas, complementadas pelo estudo e lazer, possibilitando remuneração ao preso, para que este além de preencher o seu dia, colabore com o sustento de sua família, profissionalize-se e se prepare para sua reintegração social.

De outra parte, as críticas que fazem à privatização não procedem, pois vale ressaltar que a Constituição Federal não impede a implantação de mudanças na administração dos serviços prisionais, bem como que seja possibilitado ao preso a oportunidade de desenvolver-se durante o seu encarceramento atividade laborativa, desde que presentes as exigências estabelecidas pela Lei de Execuções Penais, pois nos termos propostos por este trabalho somente ficariam entregues à iniciativa privada serviços relativos à execução da pena, continuando o Estado responsável pela atividade jurisdicional.

Por fim, revela-se oportuna a formação de parceria entre o Estado e a iniciativa privada no âmbito prisional, pois esta proposta carrega em seu bojo

conteúdo de natureza humanitária, uma vez que propicia melhor condição de vida para o condenado sob tutela jurisdicional e beneficia a sociedade, na medida em que viabiliza o processo de recuperação do preso e desonera o Estado dos altos custos a que responde atualmente, em razão dos resultados do arcaico sistema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Lúcio. **A execução penal no Brasil**. Consulex: revista jurídica, v. 7, n. 159, p. 30-34, ago., 2003.

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

BRASIL, São Paulo. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1998. OLIVEIRA, Juarez. 5<sup>o</sup> edição. São Paulo: Saraiva.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru: Edipro, 2001.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. **É conveniente privatizar os presídios?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 2, n. 7, p. 113-117, jul./set. 1994.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CINTRA, Junior. **Reflexões em torno do projeto de política criminal e penitenciária da OAB: Apreciação crítica e propostas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 1, n. 3, p. 100-112, jul/set. 1993.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **O modelo brasileiro de privatização do sistema prisional**. Consulex: Revista Jurídica, v. 8, n. 185, p. 58-60, set. 2004.

DONAHUE, Jonh D. **Privatização fins públicos, meios privados**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2<sup>o</sup> edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

DROPA, Romualdo Flávio. **Direitos humanos no Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em 02/08/06.

MAMELUQUE, Leopoldo. **Privatização; modernismo e ideologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

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

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

NÓBREGA, Marcos. **Privatizações e responsabilidade fiscal como indutoras de uma nova gestão pública**. Disponível em: <<http://www.editoraimpetus.com.br>>. Acesso em 19/07/06.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Sistema penitenciário e parcerias público privadas**. Disponível em: <http://www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em 08/08/06.

PIERANGELLI, José Henrique. **Fascículos de ciências penais-penas e prisões**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Elaine Maria Geraldo dos. **Saúde mental e direitos humanos no sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <<http://www.ufpe.br/história>>. Acesso em 28/07/06.

SHECARIA, Sérgio Salomão. **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Editora Método, 2001.

SUSSEKIND, Elizabeth. **Memórias do cárcere**. Consulex: Revista Jurídica, v. 4, n. 48, 6-9, dez. 2000.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2004.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

URSO, Luiz Flávio Borges D'. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.