

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

Henrique Sabino de Oliveira

TERCEIRIZAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS:

Uma análise da constitucionalidade do Projeto de Lei nº 2.825/2003

Juiz de Fora

2013

Henrique Sabino de Oliveira

TERCEIRIZAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS:

Uma análise da constitucionalidade do Projeto de Lei nº 2.825/2003

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal de Juiz  
de Fora como requisito parcial para  
obtenção do título de bacharel em  
Direito.

Orientador: Cléverson Sbarzi Raymundo Guedes

Juiz de Fora

2013

Henrique Sabino de Oliveira

TERCEIRIZAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS:

Uma análise da constitucionalidade do Projeto de Lei nº 2.825/2003

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em quinze de março de 2013

BANCA EXAMINADORA

---

Cléverson Raymundo Sbarzi Guedes – Faculdade de Direito / UFJF

---

Luiz Antônio Barroso Rodrigues – Faculdade de Direito / UFJF

---

Cristiano Álvares Valladares do Lago – Faculdade de Direito / UFJF

## RESUMO

O presente estudo pretende traçar uma linha evolutiva das penas em caráter mundial, bem como dos locais de suas respectivas execuções, culminando nas atuais prisões. Será estudado o Projeto de Lei número 2.825/2003, que pretende permitir a terceirização de atividades acessórias à execução penal, como uma alternativa de melhoria das péssimas condições em que se encontram os presídios brasileiros. Por fim, serão apontados obstáculos que ensejam a inconstitucionalidade do referido Projeto de Lei.

**Palavras-chave:** Terceirização; Prisões; Projeto de Lei nº 2.825/2003.

## **ABSTRACT**

The present study intends to trace an evolution line of the penalties worldwide, as well as the locations of their fulfillment, culminating in the current prisons. It will be studied the Law Project 2.825/2003, which intends to allow some prison activities to be outsourced, as an alternative to improve the poor conditions of Brazilian prisons. Finally, it will be pointed out obstacles that lead to the unconstitutionality of this Law Project.

**Keywords:** Outsourcing; Prisons; Law Project 2.825/2003.

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução.....</b>	<b>06</b>
<b>2. Aspectos Evolutivos das Penas e Execuções Penais no Mundo .....</b>	<b>07</b>
2.1. Os Primeiros Tempos.....	07
2.2. Direito Penal Romano .....	09
2.3. Direito Penal Germânico .....	09
2.4. Direito Penal Canônico.....	10
2.5. Direito Penal Comum .....	11
2.6. Período Humanitário .....	12
<b>3. Aspectos Evolutivos das Penas e Execuções Penais no Brasil.....</b>	<b>18</b>
3.1. Período Colonial.....	18
3.2. Período Imperial.....	20
3.3. Período Republicano.....	21
3.4. A Reforma Penal de 1984 .....	24
3.4. A Lei 9.714/98 .....	24
<b>4. Sistema Prisional Brasileiro .....</b>	<b>26</b>
4.1. Evolução das Prisões no Brasil.....	26
4.2. Finalidade da Pena de Prisão .....	30
4.3. Realidade Penitenciária .....	31
<b>5. O Projeto de Lei nº 2.825/2003 .....</b>	<b>35</b>
5.1. Diferenças: Terceirização e Privatização .....	35
5.2. Alterações Objetivadas .....	36
5.3. Argumentos Favoráveis à Aprovação do PL 2.825/2003 .....	37
5.4. Argumentos Contrários à Aprovação do PL 2.825/2003 .....	38
<b>6. Conclusão.....</b>	<b>43</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>44</b>
<b>Anexo (Projeto de Lei 2.825/03) .....</b>	<b>46</b>

## 1) Introdução

A situação do sistema prisional brasileiro encontra-se em um estado calamitoso, se mostrando completamente ineficaz, uma vez que não cumpre com um dos principais fins para o qual foi criado: a ressocialização do condenado.

Apesar de o Brasil contar com uma Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) capaz de, pelo menos em tese, solucionar os problemas penitenciários, o que existe nos estabelecimentos prisionais é um contingente amontoado de excluídos da sociedade. Miseráveis que estão condenados a terem seus direitos anulados, a entrarem em uma situação de anonimato e a serem estigmatizados, sem ao menos terem a perspectiva de um futuro.

Não sendo novidade que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em franca decadência, ao lado da enorme carência de vagas nos estabelecimentos já existentes, torna-se de extrema importância o aparecimento de novas alternativas para solucionar este grave problema social. Dessa forma, a ineficiência do Estado na gestão das unidades prisionais vem despertando o interesse da iniciativa privada.

São diversas as propostas apresentadas ao governo brasileiro. Elas vão desde a terceirização das atividades-meio até a privatização total das unidades prisionais.

No presente estudo, inicialmente, será abordado o aspecto evolutivo das penas e execuções penais em caráter global e brasileiro, para, só então, serem analisadas as condições em que os estabelecimentos prisionais nacionais se encontram na atualidade.

Em seguida, será analisado o Projeto de Lei nº 2.825/2003, apresentado pelo Deputado Federal Sandro Mabel, que visa alterar a Lei de Execução Penal, para que a terceirização de algumas atividades acessórias à execução penal, em nível nacional, seja permitida pelo Poder Público.

Ressalte-se, por fim, que a intenção do presente trabalho é contribuir para o debate acadêmico e prático sobre o assunto, não tendo a pretensão, em nenhum momento, de exaurir a discussão sobre o tema.

## 2) Aspectos evolutivos das penas e execuções penais no mundo

### 2.1) Os Primeiros Tempos

Desde os primórdios, talvez com o próprio surgimento da vida conjunta, existia a pena como resposta do homem ao mal causado por um de seus semelhantes. Na concepção de Ney Moura Teles, 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. (TELES, 2004, p. 18).

O membro do grupo era punido com a perda da paz, que consistia em seu banimento da tribo. Já o estrangeiro era punido com a vingança de sangue, inclusive coletiva. Em síntese, Edílson Mougenot Bonfim e Fernando Capez ensinam que:

Quando a infração era cometida por um membro do próprio grupo, a punição, em regra, era o banimento, conhecido como perda da paz, fazendo com que o infrator ficasse desprotegido, à mercê de tribos rivais. Se a ofensa fosse praticada por alguém estranho à tribo, a punição seria a vingança contra todo o seu clã, incidindo inclusive sobre pessoas inocentes. Era uma vingança violenta e quase sempre desmesurada. (BONFIM e CAPEZ, 2004, p. 43).

As penas tinham forte cunho religioso, pois a paz era originária dos Deuses e, uma vez violada, impunha-se a vingança como forma de castigo contra seu agressor. Segundo José Henrique Pierangelli:

[...] 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. (PIERANGELLI, 1995, p. 03).

Assim, neste período, as penas eram caracterizadas por 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 objetivo de que fosse restabelecida a proteção dos Deuses.



Conforme mencionado acima, 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 se limitar a abrangência da pena, para que viesse a atingir tão só ao autor imediato e direto do delito.

Foi para mudar esta realidade que, com a evolução social, surgiu o talião, considerado um grande avanço para a época, uma vez que proibia a retaliação contra grupos familiares inteiros e a destruição dos bens materiais que o agressor possuía. 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, em que 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, assim, à vingança e ao talião. Desta forma, o sistema composicional consistia em compensar as ofensas delituosas mediante um sistema de satisfação ou pagamento.

Com a melhor organização social, a pena que, inicialmente, era de origem privada, foi remetida à esfera pública, que, nos primórdios, manteve absoluta identidade entre poder divino e poder político. Nesta fase, o objetivo da repressão criminal era a segurança do soberano ou monarca através da sanção penal, que mantinha as características da crueldade e da severidade.

Conforme Luiz Regis Prado, a história do Direito Penal reflete o Estado Social e as ideias que o caracterizam, podendo as etapas da evolução da justiça punitiva ser assim divididas:

[...] a) Primeira época. *Crimen* é atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; b) Segunda época. *Crimen* é agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; c) Terceira época: *Crimen* é transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado. Pena é a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua. Ou ainda, apresentam-se como uma concepção *bárbara*, na qual os delitos são divididos em delitos públicos, punidos com penas corporais cruéis, e delitos privados, perseguidos e reprimidos pela vítima ou

sua família, uma concepção *teocrática*, na qual o delito sempre é um atentado à ordem religiosa; e, finalmente, uma concepção *política*, na qual o delito é considerado como uma lesão da ordem social e a pena como um meio de preveni-la e repará-la. (PRADO, 2001, p. 34).

## 2.2) Direito Penal Romano

De acordo com Teles:

[...] 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. (TELES, 2004, p. 20).

Prado é mais específico e descreve com maior clareza e precisão a maneira segundo a qual Roma diferenciava os delitos e suas penas. Nas palavras do autor:

[...] 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. (PRADO, 2001, p. 36).

O primeiro código romano escrito foi a Lei das XII Tábuas, o que iniciou o período dos diplomas legais, “impondo-se a necessária limitação à vingança privada, adotando a lei do talião, além de admitir a composição” (BITENCOURT, 2008, p. 30). O sistema penal desta Lei era muito avançado para a época. A maioria das penas descritas são espécies de compensações pecuniárias pelos danos causados.

## 2.3) Direito Penal Germânico

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

A reação, nos casos privados, era feita individualmente ou através do grupo familiar, sendo o agressor 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 a mercê de todos, que possuíam, inclusive, o direito de matá-lo.

Os povos germânicos também conheceram e vivenciaram a vingança de sangue, “que somente em etapas mais avançadas foi sendo gradativamente substituída pela composição, voluntária, depois obrigatória” (PRADO *apud* BITENCOURT, 2008, p. 33).

Como bem observa Prado, o Direito Penal Germânico:

[...] caracterizou-se por ser um sistema de composição peculiar e delineado, que se converteu na base de todo o seu ordenamento punitivo, que se distinguiu em três espécies: a) composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária; b) soma que o delinquente pagava à vítima ou à sua família, pela comprado direito de vingança; e c) pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado como preço da paz. (PRADO, 2001, p. 40).

#### 2.4) Direito Penal Canônico

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

Todavia, com o crescimento da Igreja Católica e, conseqüentemente, da sua influência sobre os governantes, o direito canônico passou a ser aplicado às demais pessoas, regulando, assim, a vida da população em geral, desde que os fatos tivessem conotação religiosa.

Algumas de suas características, segundo Teles:

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*. (TELES, 2004, p. 24).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

O Direito Canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. [...] Afirma-se que as ideias de fraternidade,

redenção e caridade da Igreja foram trasladadas ao direito punitivo, procurando corrigir e reabilitar o delinquente. (BITENCOURT, 2008, p. 35).

## 2.5) Direito Penal Comum

O Direito Penal Comum é originado de costumes locais, mesclado com elementos de Direito Feudal, de Direito Romano, de Direito Canônico e de Direito Comercial.

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 de o acusado se defender por meio de um processo, e a tortura era o meio legítimo para a obtenção da verdade.

Neste contexto, Michel Foucault, em sua obra “Vigiar e Punir”, descreve a trajetória das penas, desde a época em que a privação da liberdade, como punição, vinha atrelada ao suplício.

Nesta época, a punição por um mal era feita de maneira desproporcional, feroz, selvagem e, sobretudo, desumana.

Conforme Armida Bergamini Miotto:

[...] 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. (MIOTTO, 1975, p. 27).

O suplício, como é explicado por Foucault, era uma pena corporal, marcada por esquartejamento, amputação de membros, marcas no rosto e uma exposição do condenado vivo ou morto a um espetáculo em praça.

Este tipo de punição permitia que o crime fosse reproduzido e voltado contra o corpo do criminoso. Fazia do seu corpo o local de aplicação da vontade soberana, o ponto sobre o qual se manifestava o poder.

Nestes espetáculos públicos, o corpo do condenado era peça essencial na cerimônia punitiva. Cabia a ele levar ao conhecimento de todos a sua condenação e a verdade do crime que cometera – isso porque, até este momento, o processo criminal permanecia em sigilo, se desenrolando sem o conhecimento, por parte do criminoso, da acusação, das imputações, dos depoimentos e das provas produzidas.

Não obstante, o personagem principal deste tipo de cerimônia era o próprio povo, cuja presença era essencial para a sua realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar fosse secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição, mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder sobre o culpado.

As pessoas não só tinham que saber, mas também tinham que ver com seus próprios olhos. Era necessário que tivessem medo, mas também deveriam ser testemunhas e garantias da punição. Testemunhar a cerimônia era um direito que o povo tinha; um suplício escondido era um suplício de privilegiado, e, muitas vezes, suspeitava-se que não tinha sido realizado em toda a sua severidade.

## 2.6) Período Humanitário

Para coibir os excessos do Direito Penal Comum, surgiu o Século das Luzes, uma reação humanitária decorrente do Iluminismo. Nesta época, começaram a surgir ideias de que as penas deveriam ser moderadas e proporcionais aos delitos cometidos, dado o caráter completamente desumano do suplício. Isso porque, segundo Foucault, “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’” (1987, p. 95).

Durante este período, o italiano Cesare Beccaria, autor do livro “Dos Delitos e Das Penas” (1764), combateu com vigor o uso da tortura, a pena de morte e a atrocidade das penas em geral, apontando que a pena deveria ser aplicada apenas para que o delinquente não voltasse a delinquir, 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 ideias de Beccaria, inaugurou-se no Direito Penal o que é chamado de “período humanitário” e, após algum tempo, surgiram algumas leis aderindo aos preceitos por ele defendidos.

Sendo assim, começava a desaparecer a ideologia do corpo como alvo principal da repressão penal. Neste momento, o corpo não era mais o objeto principal da punição, mas a alma. O castigo deveria agir sobre o coração, o intelecto,

a vontade e as disposições do criminoso. Constatando que o direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade, sustenta Foucault:

No suplício corporal, o terror era o suporte do exemplo: medo físico, pavor coletivo, imagens que devem ser gravadas na memória dos espectadores, como a marca na face ou no ombro do condenado. O suporte do exemplo, agora, é a lição, o discurso, o sinal decifrável, a encenação e a exposição da moralidade pública. Não é mais a restauração aterrorizante da soberania que vai sustentar a cerimônia do castigo, é a reativação do Código, o reforço coletivo da ligação entre a ideia do crime e a ideia da pena. (FOUCAULT, 1987, p. 129).

Desde então, a punição passou a ser vista de outra forma: era a própria condenação que marcava o delinquente com um sinal negativo. Neste contexto, os debates e as sentenças passaram a ter certa publicidade.

A teoria da punição sobre a alma representou o primeiro distanciamento da excessiva força do soberano em direção aos meios de punição mais generalizados e controlados. Porém, a mudança em direção à prisão que se seguiu foi o resultado de um novo ideal voltado ao corpo, que teria sido desenvolvida no século XVIII: a tecnologia da disciplina e a ontologia do “homem como máquina”.

#### - O método disciplinar

Segundo Foucault, o afirmar-se da prisão como forma generalizada de sanção para todo tipo de crime foi resultado do desenvolvimento da disciplina registrado nos séculos XVIII e XIX. As análises do autor se voltam à criação de formas bem definidas de disciplina, tendo como objeto os mais detalhados aspectos do corpo de cada pessoa. Em sua concepção, as instituições modernas pediam que as pessoas e seus corpos fossem individualizados segundo os seus escopos, e também para o adestramento, a observação e o controle.

O momento histórico das disciplinas – segunda metade do século XVIII – foi aquele em que nasceu uma arte do corpo humano, que visou não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o tornasse tanto mais obediente quanto era mais útil. A disciplina fabricou, assim, corpos submissos e exercitados – corpos “dóceis”.

Na maioria das vezes, o processo disciplinador exige a existência de “cercas”, isto é, locais heterogêneos a todos os outros e fechados em si mesmos. Como exemplos, podemos citar os colégios religiosos e os quartéis militares.

Para Michel Foucault:

O espaço disciplinar tende a se dividir em tantas parcelas quando corpos ou elementos há a repartir. É preciso anular os efeitos das repartições indecisas, o desaparecimento descontrolado dos indivíduos, sua circulação difusa, sua coagulação inutilizável e perigosa; tática de antideserção, de antivadiagem, de antiaglomeração. Importa estabelecer as presenças e as ausências, saber onde e como encontrar os indivíduos, instaurar as comunicações úteis, interromper as outras, poder a cada instante vigiar o comportamento de cada um, apreciá-lo, sancioná-lo, medir as qualidades ou os méritos. Procedimento, portanto, para conhecer, dominar e utilizar. A disciplina organiza um espaço analítico. (FOUCAULT, 1987, p. 169).

A disciplina, nestes termos, teve que se impor sem uma força excessiva, através de uma atenta observação, para que os corpos fossem forjados de forma correta. Disto derivou a necessidade de uma peculiar forma de instituição que, segundo Foucault, é bem exemplificada pelo Pan-óptico de Jeremy Bentham.

O Pan-óptico era a suma encarnação de uma instituição disciplinar. Consentia uma constante observação caracteriza pela “vista desigual”. Efetivamente, talvez a mais importante característica do Pan-óptico resida em seu *design*, graças ao qual o recluso não poderia nunca saber quando (e se) efetivamente era observado. De tal forma a “vista desigual” determinava a interiorização da individualidade disciplinar, e o corpo dócil requerido pelos internados. Significa dizer que os que lá se encontravam eram menos induzidos a transgredir leis ou regras, uma vez que acreditavam estar sendo observados, mesmo quando, na realidade, a vigilância não era momentaneamente praticada.

Portanto, a prisão se veste com o paradigma do Pan-óptico, oferecendo a forma ideal de punição moderna. Segundo Foucault, este é o motivo pelo qual a punição generalizada das correntes e trabalhos forçados teve que ceder lugar ao cárcere. Este último era a modernização ideal da punição, e era, portanto, natural que com o passar do tempo prevalecesse.

## - O surgimento da prisão

Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento universal e constante? A perda da liberdade tem o mesmo preço para todos: ela é o castigo igualitário. Além disso, ela permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo. Aplicando tempo de pena ao condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou não só a vítima, mas também toda a sociedade.

No seu cerne, a prisão era como um pequeno quartel, uma escola sem indulgência, uma oficina sombria. A princípio, ela se destinava a animais. Não eram diferenciados, porém, entre irracionais e racionais “inferiores”. Prendiam-se homens pelos pés, pelas mãos, pelo pescoço, conforme o medo ou a cólera. Homens e animais foram amarrados, acorrentados, calcetados, grilhetados, manietados etc. O número crescente de presos foi pretexto para murá-los e ainda emparedá-los, engradá-los, aferrolhá-los. Cavernas, naturais ou não, subterrâneos, túmulos, masmorras, fossas, torres, tudo servia para prender. Prendia-se para não deixar fugir ou para obrigar a trabalhar.

Ocorre que, a partir do século XVIII, a natureza da prisão começou a ser modificada, uma vez que foi adotada como pena em si mesma, e não como apenas um meio para que a punição fosse alcançada, pois se entendeu que assim se eliminavam os tormentos inúteis e a crueldade das outras formas de penas.

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 ideia de um estabelecimento público, severo, regulamentado, higiênico, intransponível, capaz de prevenir o delito e ressocializar quem o cometia.

Importante, aqui, destacar a figura do inglês John Howard. Foi Howard quem inspirou uma corrente penitenciária preocupada em construir estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

Suas ideias tiveram uma importância extraordinária, considerando-se o conceito predominantemente vindicativo e retributivo que se tinha, em seu tempo, sobre a pena e seu fundamento. [...] Com profundo sentimento



humanitário, nunca aceitou as condições deploráveis que se encontravam as prisões inglesas. [...] é inquestionável que suas ideias foram muito avançadas para o seu tempo. Insistiu na necessidade de construir estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, sem ignorar que as prisões deveriam proporcionar ao apenado um regime higiênico, alimentar e assistência médica que permitissem cobrir as necessidades elementares. (BITENCOURT, 2008, p. 40-41).

Neste contexto, o sistema punitivo moderno foi construído a partir da segunda metade do século XVIII, sendo que dois sistemas penitenciários desenvolvidos nos Estados Unidos mereceram destaque.

Um destes sistemas foi o da Filadélfia, instituído em 1790, também conhecido como “sistema celular”. Neste sistema, impunha-se aos condenados o isolamento na cela 24 (vinte e quatro) 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.

Nas palavras de Foucault:

[...] Isolamento do condenado em relação ao mundo exterior, a tudo o que motivou a infração, às cumplicidades que a facilitaram. Isolamento dos detentos uns em relação aos outros. Não somente a pena deve ser individual, mas também individualizante. E isso de duas maneiras. Em primeiro lugar, a prisão deve ser concebida de maneira a que ela mesma apague as consequências nefastas que atrai ao reunir, num mesmo local, condenados muito diversos: abafar os complôs e revoltas que se possam formar, impedir que se formem cumplicidades futuras ou nasçam possibilidades de chantagem (no dia em que os detentos se encontrarem livres), criar obstáculo à imoralidade de tantas “associações misteriosas”. Enfim, que a prisão não forme, a partir dos malfeitores que reúne, uma população homogênea e solidária. (FOUCAULT, 1987, p. 265).

Já o outro sistema foi 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 Luís Francisco Carvalho Filho, citando Rotham:

[...] Na essência dos dois sistemas estava a ideia 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. (ROTHAM *apud* CARVALHO FILHO, 2002, p. 25).

E, ainda conforme o autor:

[...] 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. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 25)

Desse modo, o sistema de Auburn acabou prevalecendo nos Estados Unidos. O método de isolamento absoluto foi desde logo apontado como modalidade de punição cruel.

Na verdade, 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 obedecerem à rotina de comportamento e ao trabalho imposto pela administração do presídio.

Foi com base nesta realidade que se desenvolveu, na Europa, o sistema progressivo de cumprimento de pena, o qual 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.

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

Sendo assim, a prisão mostrava-se à sociedade como a forma mais eficaz de combater o crime, em todos os sentidos.

### **3) Aspectos evolutivos das penas e execuções penais no Brasil**

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

Desse modo, a evolução histórica do pensamento jurídico-penal brasileiro pode ser resumida em três fases principais: período colonial, imperial e o republicano.

#### 3.1) Período colonial

O Brasil colonial teve seu início em 1500, e se encerrou por volta de 1822. No início, quando o Brasil foi ocupado pelos portugueses, a primeira legislação que passou a vigorar teve o nome de Ordenações Afonsinas, as mesmas de Portugal, consistindo em normas oriundas do Direito Romano, Canônico e costumeiras.

Era um tempo ainda de vingança pública e, como tal, algumas de suas 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 René Ariel 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 ao Brasil.

Assim, no ano de 1514, as Ordenações Manuelinas foram editadas, ficando definitivamente prontas em 1521. Segundo Eduardo Bueno (2003, p. 145), esse novo diploma tinha por objetivo satisfazer a vaidade de D. Manuel, sendo que ele era a cópia do código anterior, acrescido de algumas leis extravagantes.

O Direito Penal era tão cruel que a prisão não consistia, em regra, em uma pena criminal, mas sim em uma 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.

As Ordenações Manuelinas vigoraram no primeiro século da existência da colônia brasileira, sendo o Direito Penal aplicado pelos donatários das capitanias hereditárias, que, como senhores, juízes e verdadeiros reis, interpretavam, diziam e executavam o direito como se fossem deuses.

Em 1603, as Ordenações Manuelinas foram revogadas, entrando em vigor o Código Filipino, sendo famoso por suas severas penas. Este livro ignorava totalmente os valores humanos fundamentais, contendo um vasto número de condutas que eram proibidas, e inúmeras punições extremamente brutais.

Conforme aduz Bueno (2003, p. 144), as condições pessoais do réu tinham uma grande relevância para determinar o grau de punição, pois aos indivíduos de classes sociais inferiores ficavam reservadas as punições mais severas. Já à nobreza eram garantidos certos privilégios. Tais distinções ainda eram relevantes no que diz respeito ao sexo do réu.

O legado deste código é marcado pela desproporção entre o delito praticado e a pena. Edgard Magalhães Noronha descreve algumas modalidades de pena:

O “morra por ello” se encontrava a cada passo. Aliás, a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente dada na forca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, vinha ao solo, assim ficando, até que a ossamenta fosse recolhida pela confraria da misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito pó. (NORONHA, 2001, p. 55).

Além das penas corporais, não podem ser esquecidos os castigos infames, em que o ser humano era exposto de forma vexatória com o fim de acabar com sua moral e boa fama. O princípio da pessoalidade da pena, que vigora nos dias de hoje, era totalmente desconhecido, pois, não raras vezes, a vergonha daquele que sofreu a humilhação era suportada por várias gerações.

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

### 3.2) Período Imperial

O período imperial teve seu início em 1822, quando o Brasil conquistou sua independência perante Portugal. Entretanto, o Código Filipino não foi revogado de imediato, uma vez que, primeiramente, um novo código deveria ser elaborado.

Não obstante, o Príncipe D. Pedro, um mês antes do dia 7 (sete) de setembro, aboliu a tortura e algumas penas cruéis e infamantes, além de determinar a adoção do princípio da responsabilidade pessoal e proibir a transmissão da pena aos sucessores do condenado.

Nesta nova fase do Brasil ocorreu uma reestruturação dos valores políticos, humanos e sociais. O país se desenvolveu sob o manto da liberdade social. O movimento iluminista europeu teve grande influência na criação dos princípios fundamentais do nosso Direito Penal (princípio da irretroatividade, da pessoalidade da pena, etc.).

Neste período, a prisão 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.

Em 1824 foi outorgada a primeira Constituição Brasileira. Esta trazia garantias das liberdades públicas e dos direitos individuais. O novo diploma previu a necessidade de um código criminal, que deveria ter pilares fundados na justiça e na equidade.

Em 1830 surgiu, sob a 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, cominada para os crimes de insurreição de escravos, homicídio agravado e roubo com morte; a de galés para o trabalho forçado, em que os condenados usavam calcetas nos pés e correntes de ferro; prisão simples e prisão com trabalho; banimentos; degredo e desterro; multa e suspensão de direitos. Estas penas eram aplicadas às pessoas livres, pois em relação aos escravos, considerados semoventes, permanecia a

aplicação da pena de açoite. A prisão passou a ter uma função de emenda e reforma moral para o condenado.

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”.

Para Carvalho Filho:

[...] 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. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 38).

Tempos depois, ainda na vigência do Império, a pena de morte se extinguiu por completo devido a um erro judicial. O fazendeiro Manoel da Mota Coqueiro foi condenado à forca por homicídio. Entretanto, tempos depois, foram descobertos erros em seu julgamento.

As mudanças que se seguiram ao advento do Código Criminal foram enormes, tanto que culminaram 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.

### 3.3) Período Republicano

Em 1889 o Brasil se tornou República com o golpe militar de Marechal Deodoro da Fonseca. Diante de alguns avanços sociais, como a Lei Áurea, o antigo Código Criminal do Império necessitava ser urgentemente substituído.

O decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, convolou o projeto no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Este novo Código possuía penas mais brandas e com caráter de correção, refletindo a nova Constituição da República. Segundo Schecaira e Corrêa Junior (2002, p. 41), diante de tantas modificações, a pena ainda conservava seu caráter instrumental, tanto de prevenção quanto de repressão e dominação social.

Mediante as circunstâncias em que o Código foi criado, juristas da época o criticavam muito por suas imperfeições técnicas e pela deficiência de seus conceitos. Neste sentido:

[...] 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. (FRAGOSO *apud* PRADO, 2000, p. 67).

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 delinquente”, e proibiu expressamente as penas de galés, de banimento e a pena de morte, exceto para os crimes militares em tempo de guerra.

Diante de uma enxurrada de leis e das fortes tendências em rever o Código Penal de 1890, o Governo promoveu uma consolidação das leis existentes, pois “havia dificuldades não somente de aplicação das leis extravagantes como também de seu próprio conhecimento” (DOTTI, 1998, p. 58).

Em 1934 houve a promulgação da Constituição da República. A nova carta extinguiu as penas de banimento, morte, confisco de bens e as de caráter perpétuo, com exceção em caso de guerra declarada.

Em 1937, com a entrada do Estado Novo, as mudanças na área política influenciaram a lei penal. A Constituição Federal foi outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, sob o prisma do poder autoritário e militar. O Congresso foi fechado, foram criados crimes políticos e a figura da pena de morte reapareceu. Neste momento histórico, os direitos e garantias individuais foram limitados sob a alegação de bem público e de segurança do Estado.

O novo ministro da justiça, Francisco Campos, designou o professor Alcântara Machado para estudar as mudanças na lei penal e realizar as devidas alterações. O anteprojeto de Alcântara Machado previa as penas de reclusão, detenção, segregação e multas. O anteprojeto ainda adotou o sistema dualista (penas e medida de segurança), além dos efeitos da condenação, a publicação da sentença, o confisco e a inabilitação.

Em 31 de dezembro de 1940 foi publicado o novo Código Penal. Erigido sobre o Anteprojeto Alcântara Machado, o Código Penal teve em Nélon Hungria seu

principal redator. O Congresso Nacional ainda encontrava-se fechado. Este Código é caracterizado, segundo Shecaira e Corrêa Junior, pelo “tecnicismo jurídico e pelo desprezo à criminologia” (2002, p. 43).

Em 1946 foi novamente promulgada uma nova Constituição Federal. Ela limitava o poder punitivo do Estado e “consagrou-se, formalmente, a individualização e a personalidade da pena. Nesse contexto, a lei 3.274/1957 declarou a necessidade da individualização da pena” (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 44). Os autores ainda lecionam que “a finalidade da sanção penal estava centrada na prevenção especial, ou seja, buscava-se a recuperação social do condenado” (2002, p. 45).

Em 1964 ocorreu o golpe militar. Mas não foram alteradas de imediato as leis penais, pois as garantias formais da legislação de nada adiantariam frente à ação da polícia armada, influenciada pela ditadura militar.

O Código Penal de 1969 foi outorgado pelos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, junto com a Nova Lei de Segurança Nacional. A pena de morte, prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos foram revividas, e as garantias processuais eram reduzidas.

A Constituição da República de 1969 previa de forma expressa, em seu artigo 37, a finalidade de prevenção especial, “proclamando que a execução penal devia ser promovida de maneira a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educativa no sentido de sua recuperação social” (DOTTI, 1998, p. 79).

O Código Penal de 1969 ficou conhecido pelo *vacatio legis* mais longo da nossa história, sendo revogado pela Lei n. 6.578/78. A Emenda Constitucional 11, de 13 de outubro de 1978, reprimiu novamente a pena capital, a prisão perpétua e o banimento.

Segundo Ariel René Dotti:

Novos caminhos se abriram às ciências penais com o retorno da criminologia e a maior atenção dada para a política criminal. Era o retorno às discussões teóricas do crime e da pena como fato social, visando o processo de elaboração normativa, que se encontrava mais democrático graças ao enfraquecimento político da “linha dura” governamental. (DOTTI, 1998, p. 45).



### 3.4) A Reforma Penal de 1984

A Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, fez uma reforma na parte geral do Código Penal de 1940. Esta reforma trazia consigo a abolição das penas acessórias (interdição de direitos, a publicação da sentença, o confisco de certos bens e a expulsão de estrangeiro). Nas palavras de Sheicaira e Corrêa Junior:

A publicação da sentença, por seu caráter infamante, foi extinta e a perda da função pública tornou-se um efeito necessário da condenação criminal. O exílio local também foi extinto em virtude do caráter infamante. (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 46).

Também houve a abolição do sistema do duplo binário, passando a vigorar o sistema vicariante.

Com base nesta realidade, em 1984, a parte geral, que trata dos princípios básicos no Código Penal, foi integralmente reformada, sendo introduzindo novos e modernos conceitos. Consolidou-se um novo sistema de cumprimento de penas, com a possibilidade de progressão e regressão de regimes e a possibilidade de novas modalidades de penas (as chamadas penas alternativas), dentre elas a 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 conhecida Lei de Execução Penal, que reformulou ampla e positivamente as normas referentes ao cumprimento das penas.

Apesar de a reforma de 1984 ter sido gerada sob a égide de um regime político autoritário, ainda constituiu um grande avanço rumo à democratização do Direito Penal, pois foram consagrados os mais modernos princípios relativos ao devido processo legal penal.

### 3.5) A Lei 9.714/98

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fizeram-se necessárias algumas atualizações, pois a nova Carta Magna trazia novas modalidades de sanções penais e ainda inovava na linguagem utilizada no rol constitucional de penas.

Esta nova lei “inaugurou de forma pouco técnica e bastante precipitada, um novo sistema de penas na legislação nacional” (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 47).

Dentre as alterações sofridas por esta lei, destacam-se os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. O jurista Miguel Reale Junior critica o abandono da prisão-albergue e a falta de critérios rigorosos para nortear os princípios necessários para a substituição da pena privativa de liberdade. Conclui o jurista da seguinte maneira:

Assim, vários problemas graves são gerados por essa legislação que sem visão de unidade do sistema e do inter-relacionamento dos institutos, sem compreensão da proporcionalidade que deve iluminar a cominação das penas, em função do valor do bem jurídico atingido, e expresso no quantum da pena aplicado, fez terra arrasada no conjunto harmônico e escalonado que constituía a Parte Geral de 1984. É o resultado da precipitação dos autores do projeto, cujas viseiras impediram o reconhecimento do conjunto e a compreensão das relações entre os institutos. (REALE, 1999, p. 38-39).

#### 4) Sistema Prisional Brasileiro

##### 4.1) Evolução das Prisões no Brasil

Citando J. R. Russel-Wood, Luís Francisco Carvalho Filho aduz que:

[...] 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”. (RUSSEL-WOOD *apud* CARVALHO FILHO, 2002, p. 36).

Em 1551, início da colonização brasileira, as prisões se localizavam no andar térreo das câmaras municipais das cidades e vilas, e faziam parte constitutiva do poder local. Elas 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. Ademais, as prisões estavam alocadas também em prédios militares fortificados, os quais foram construídos em pontos estratégicos para a defesa do território. Contudo, com o passar do tempo, essas prisões foram perdendo a sua função.

Com base nesta realidade é 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.

Todavia, em 1829, uma comissão de inspeção realizada no Aljube afirmou que o ambiente em que os presos se encontravam era aterrorizante, pois havia 390 (trezentos e noventa) detentos, sendo que cada um dispunha de uma área aproximada de 0,60 por 1,20 metros. E em 1831 esse o número passaria para cerca de 500 (quinhentos) presos.

O Aljube 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 é que ficou marcada a preocupação das autoridades com o estado das prisões no país, ficando estabelecido 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, ficou 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” (CAMPANHOLE *apud* CARVALHO FILHO, 2002, p. 37).

Somente com o Código Criminal do Império, de 1830, é que 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 forca, fossem reservadas para casos de homicídio, latrocínio e insurreição de escravos.

A partir dessa realidade foram projetados dois estabelecimentos, um no Rio de Janeiro e o outro em São Paulo. Tratava-se das 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:

[...] 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. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 39).

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.

Como bem assinala Fernando Salla:

[...] 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 delinquente. O criminoso passa a ser visto como um doente, a pena como um remédio e a prisão como um hospital. (SALLA, 1999, p. 134).

Neste momento, consolidou-se o sentimento de que o país não tratava adequadamente seus prisioneiros. Por estas condições apresentadas, o formato das Casas de Correção foi objeto de diversas críticas, uma vez que havia a impressão de que o regime adotado, ao invés de regenerar e moralizar o delinquente, tendia a corrompê-lo ainda mais.

Em 1890, com o advento do Código Republicano, o sistema ideal para os propósitos de uma nação moderna passou a ser o progressivo, em que desapareceram do cenário punitivo a força e as galés. Além disso, surgiram os estabelecimentos de caráter temporário das penas restritivas de liberdade individual, a qual não poderia exceder a 30 (trinta) anos, regra 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.

Segundo Dotti:

[...] 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. (DOTTI, 1998, p. 55).

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 1200 presos oferecia o que havia de mais moderno em matéria de prisão: oficinas, enfermarias, escolas, corpo técnico, acomodações adequadas, segurança.

Como observa Salla:

[...] 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. (SALLA, 1999, p. 185).

Contudo, apresentava os vícios e violências de qualquer outra prisão, sendo o rigor disciplinar exercido segundo critérios subjetivos.

Citando Salla, Carvalho Filho afirma que:

[...] 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. (SALLA *apud* CARVALHO FILHO, 2002, p. 42).

Somente em 1940 foi editado o Código Penal, que permanece em vigor até os dias atuais. No novo sistema foram criadas duas penas privativas de liberdade, a de reclusão para crimes mais graves, com pena máxima de 30 (trinta) anos, a qual sujeitava o condenado ao 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 3 (três) anos, em que os detentos deveriam estar separados dos reclusos e poderiam escolher o próprio trabalho, desde que de caráter educativo.

Todavia, como bem observa Fragoso, citado por Carvalho Filho:

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. (FRAGOSO *apud* CARVALHO FILHO, 2002, p. 43).

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

Em seguida, 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 definitivos. 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 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 delinquentes perigosos. Contudo, somente com a reforma de 1984 é que o movimento se acentuou, pois, dentre outras medidas, foram criadas as penas alternativas.

#### 4.2) Finalidade da Pena de Prisão

Quando falamos em prisões, verificam-se três de suas principais finalidades: retributiva, preventiva e ressocializadora.

A primeira delas é a prevista em lei (quantidade de pena atribuída pelo mal causado individualmente ou coletivamente).

A finalidade preventiva é caracterizada pelo exemplo que a pena atribuída a um indivíduo gera no restante da coletividade. Entretanto, vale ressaltar que o exemplo da punição pode ocorrer de forma inversa – a impunidade caminha em sentido oposto ao da prevenção.

Talvez a finalidade principal da pena de prisão esteja na ressocialização. De nada adiantará que um indivíduo saia dos muros da prisão da mesma forma que entrou. Neste sentido, a lei de Execução Penal prega o trabalho e a educação como pilares principais para que seja alcançado este objetivo. Com estas duas ferramentas restariam alguma chance de o preso ser inserido novamente no seio social.

Conforme preleciona Augusto Thompson:

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 delinquente; 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. (THOMPSON, 2002, p. 03).

Conforme dito acima, destes três objetivos de fundamento da pena privativa de liberdade, se sobressai a 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 à 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.

Não obstante, Thompson 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. (THOMPSON, 2002, p. 04).

Ocorre que, para que se cumpra o objetivo da ressocialização do indivíduo, é necessária 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, aliados à falta de segurança, não permitem que os estabelecimentos carcerários cumpram sua função.

#### 4.3) Realidade Penitenciária

As péssimas condições de encarceramento caracterizam a quase totalidade dos estabelecimentos penitenciários brasileiros, e nos faz enxergar que o nosso sistema prisional se encontra praticamente falido. Aquilo que “deveria ser” (local de ressocialização, de recuperação), não “é”.



Neste contexto, a revista Superinteressante, em sua edição número 250, traz a informação de que as prisões “formam uma nação à parte. Um país com economia própria, movida à extorsão, ao suborno e ao comércio ilegal. Um lugar cheio de leis não escritas, impostas pelo crime organizado” (SOUZA e VERSIGNASSI, 2008, p. 54).

Segundo a reportagem da revista supracitada, os estabelecimentos prisionais caracterizam-se por um sistema único e próprio, inclusive no que tange à “legislação interna”, uma vez que os indivíduos que lá se encontram têm regras e sanções próprias. Há a disputa comercial de vagas entre os reclusos, além de venda de drogas, alimentos e bebidas em geral. Ademais, os presos montam suas próprias centrais telefônicas clandestinas com o intuito de agilizar suas comunicações com o mundo exterior. Fora isso, afirmam Fátima Souza e Alexandre Versignassi:

[...] superlotado, o sistema penitenciário virou um caos. Em 2002, havia 240 mil presos para 182 mil vagas, ou seja, 58 mil presos a mais do que o sistema carcerário comporta. Em 2007, esse déficit já estava em 157 mil presos – 437 mil para 262 mil vagas. (SOUZA e VERSIGNASSI, 2008, p. 56).

Segundo reportagem do site da BBC Brasil<sup>1</sup>, ao ser submetido, em maio de 2012, pela Revisão Periódica Universal - instrumento de fiscalização do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU -, o Brasil recebeu como recomendação "melhorar as condições das prisões e enfrentar o problema da superlotação".

De acordo com a organização não-governamental Centro Internacional para Estudos Prisionais (ICPS, na sigla em inglês), o Brasil, com uma população carcerária de cerca de 500 mil indivíduos, só fica atrás em número de presos para os Estados Unidos (2,2 milhões), China (1,6 milhão) e Rússia (740 mil).

Conforme os dados mais recentes do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), de 2010, o Brasil tem um número de presos 66% superior à sua capacidade de abrigá-los (déficit de 198 mil).

Sobre a realidade das prisões, destaca Luiz Flávio Gomes em seu artigo “Dignidade e sistema prisional. Funções reais da pena de prisão. Estado de Direito ‘versus’ Estado de Exceção”<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529\\_presos\\_onu\\_1k.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_1k.shtml). Acesso em 26/02/2013.

<sup>2</sup> Disponível em: <http://static.atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2012/05/Dignidade-e-sistema-prisional.pdf>. Acesso em 25/02/2013.

O que ensinamos nas faculdades, o que escrevemos nos livros, o que algumas autoridades mencionam nos seus discursos e relatos, o que alguns juizes consignam nas suas sentenças, o que está contemplado nas leis, o que é pregado pelo Estado de Direito não tem nada a ver com a realidade (que é puro Estado de Exceção). É preciso jogar a máscara fora. Ao acadêmico de direito, depois de horas e horas de estudos, aulas, seminários, congressos etc., basta visitar um presídio para constatar que tudo que ele aprendeu sobre a pena de prisão (*law in books*) não tem nada a ver com o mundo das experiências concretas vividas dentro delas (*law in action*). Há um mundo de mentiras que são contadas diariamente sobre as prisões. Todo esse quadro de barbárie somente pode um dia ser alterado quando as todas as máscaras caírem. (GOMES, 2012).

A Constituição Federal de 1998 é pautada, dentre inúmeros outros, pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade para todos os cidadãos. Porém, a realidade prisional brasileira encontra-se em conflito com tais preceitos, ante a falta de estrutura nas penitenciárias e presídios.

Nos dizeres de Elaine Maria Geraldo dos Santos, em seu artigo “Saúde Mental e Direitos Humanos no Sistema Penitenciário Brasileiro”<sup>3</sup>:

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. (SANTOS, 2005, p. 04).

E, segundo Romualdo Flávio Dropa, em seu artigo “Direitos Humanos no Brasil: Exclusão dos Detentos”<sup>4</sup>:

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. (DROPA, 2003).

No entendimento de Dotti:

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

<sup>3</sup> Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/revistatempohistorico/index.php/revista/article/viewFile/9/7>. Acesso em 08/03/2013.

<sup>4</sup> Disponível em: [advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanosdetentos.htm](http://advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanosdetentos.htm). Acesso em 08/03/2013.

ser um problema localizado, no interior dos muros, para assumirem proporção de terror comunitário quando se multiplicam as vítimas dos sequestros 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. (DOTTI, 1998, p. 62).

Percebe-se, dessa forma, a ineficiência do Estado na gestão das unidades prisionais, despertando o interesse da iniciativa privada, que apresenta propostas de privatização e terceirização deste setor.

## 5) O Projeto de Lei nº 2.825/2003

São diversas as propostas apresentadas ao governo brasileiro. Elas vão desde a terceirização das atividades-meio, em que a administração dos estabelecimentos prisionais continuaria por conta do Estado (gestão mista), até a privatização total das unidades prisionais, importando modelos estrangeiros.

Neste contexto, analisaremos, a partir de agora, o Projeto de Lei número 2.825/2003, cuja autoria pertence ao Deputado Federal Sandro Mabel<sup>5</sup>.

### 5.1) Diferença: Terceirização e Privatização

Inicialmente, faz-se importante traçar os principais pontos que distinguem os conceitos de terceirização e de privatização.

A terceirização consiste em delegar parcialmente a empresas privadas alguns serviços, já que é do Poder Público o monopólio da execução penal. A iniciativa privada seria responsável pelas atividades acessórias, ou atividades-meio.

Assim sendo, a gestão material seria delegada para empresas privadas e a gestão operacional continuaria com o Estado, constituindo uma gestão mista.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho filho:

É inteiramente legítimo que o Estado delegue a terceiros algumas de suas atividades-meio, contratando diretamente com a sociedade empresária, à qual os empregados pertencem. É o caso dos serviços de conservação e limpeza e de vigilância. Aqui, trata-se de terceirização lícita. Vedado se afigura, entretanto, que delegue atividades-fim, como é o caso de funções institucionais e próprias dos órgãos públicos. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 179).

Nas terceirizações, o Estado atuará em conjunto com o particular, pois não delegará ao mesmo o *jus puniendi*, por se tratar de uma atividade-fim, mas permitirá ao particular a prestação de serviços relacionadas às atividades-meio. Com isso, existem aqueles que argumentam que o Estado poderá alcançar com maior êxito a finalidade da pena, que não diz respeito apenas à aplicação de uma sanção, mas à possibilidade de oferecer aos presos a oportunidade de ressocialização.

<sup>5</sup> Deputado Sandro Mabel. PMDB – GO. Titular das Comissões: Trabalho, Administração e Serviço Público, Consolidação da Legislação Brasileira, PEC 405/09 – Aposentadoria para Garimpeiro, CPI – Trabalho Escravo. Suplente das Comissões: Constituição e Justiça e de Cidadania, PL 6025/05 – Código de Processo Civil, PEC 010/11 – Plano de Metas dos Poderes Executivos.

Já a privatização, sob um ponto de vista restrito, é conceituada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como o procedimento que “*abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado*” (2003, p. 19).

Sendo mais abrangente, Cristiane Derani afirma que:

[...] dá-se o nome de privatização à transferência de um serviço realizado pelo poder público para o poder privado e também à transferência de propriedade de bens de produção públicos para o agente econômico privado. Pela primeira modalidade, a titularidade do serviço continua sendo do poder público, mas seu exercício é transferido para o agente privado (...). Outro modo de transferência de poder público ao poder privado, além do poder de exercer determinada atividade, é a transferência da propriedade pública de bens de produção para o setor privado. O Estado vende seus ativos, retirando-se da atividade produtiva que desempenhava – atividade que poderia ser de mercado ou fora de mercado. Na venda de seus bens de produção, o Estado poderá vender empresas que realizam atividade de interesse coletivo, e que agem diretamente no mercado, como também poderá alienar bens de produção daqueles serviços que são sua atribuição normativa e se desenvolvem fora das relações de mercado (neste caso específico, a venda do bem será vinculada à obediência das condições para a concessão do serviço). A propriedade é alienada ao concessionário: o patrimônio segue aquele que é considerado no processo licitatório apto a exercer o serviço público. (DERANI, 2002, p. 110).

À primeira vista, o termo “privatização dos presídios” pode dar a ideia de transferência do poder estatal para a iniciativa privada, que se valeria da mão-de-obra dos encarcerados, visando ao lucro. Mas o que se pretende, na verdade, é a transferência da administração das prisões para a iniciativa privada, sem que isto implique na retirada da função do Estado, que é indelegável.

A administração dos presídios estaria sob a responsabilidade da iniciativa privada, ficando o poder público com o apoio através de incentivos fiscais e subsídios, bem como fiscalização e controle, com apoio da sociedade e de órgãos competentes, como o Ministério Público.

## 5.2) Alterações Objetivadas

O referido projeto de lei tem como finalidade a alteração da Lei de Execução Penal, disciplinando a terceirização de serviços no âmbito dos estabelecimentos prisionais.

O Deputado propõe que serviços médicos, jurídicos, psicológicos, sociais, de fornecimento de alimentação e vestuário, de limpeza e, ainda, de segurança possam ser prestados por empresas privadas. O projeto prevê, também, a possibilidade de

ocorrer, em hospitais particulares, a internação ou o tratamento ambulatorial de pessoas penalmente incapazes, inimputáveis ou semi-imputáveis, bem como o cumprimento de pena por pessoas portadoras de doenças infectocontagiosas, toxicômanas ou portadoras do vírus HIV.

De acordo com Sandro Mabel, em sua exposição de justificativas presente no corpo do PL 2.825/2003:

Com a terceirização dos serviços, haverá, na verdade, uma gestão mista dos estabelecimentos prisionais e de custódia de menores, pois, de acordo com a proposta, continuará com o Estado o poder de nomear os respectivos dirigentes, cabendo à iniciativa privada tão-somente a operacionalização das atividades mencionadas. Não se trata de delegar indevidamente nenhuma atividade estatal, pois os aspectos relativos ao cumprimento da pena continuarão sob a responsabilidade do Estado, particularmente dos Juízes de Execuções Penais.

### 5.3) Argumentos favoráveis à aprovação do PL 2.825/2003

Caso o Projeto de Lei seja aprovado, argumenta-se que haverá um desafogamento do Estado, que se valerá dos recursos - então destinados a estes serviços - para investir em outros setores da sociedade, ou até mesmo para melhorar a estrutura física dos presídios.

Segundo informações e relatos contidos no site do próprio parlamentar Sandro Mabel<sup>6</sup>, a alteração legal faz-se necessária, tendo em vista que as prisões de hoje não promovem o resgate social dos detentos, mas, pelo contrário, pioram a situação das pessoas que estão nesta situação, agravando ainda mais a questão do combate ao crime e à violência.

Diante da situação alarmante em que os estabelecimentos prisionais se encontram, sustenta João Lopes<sup>7</sup>:

Diante deste cenário, torna-se forçoso advogar em favor da terceirização dos serviços carcerários como proposta de enfrentamento da indiscutível crise do sistema. Há consciência de que a modificação não se poderá implementar de forma simples nem com modestos remendos. Mas a necessidade de mudança é pacífica e este tímido estudo pretende, tão somente, mostrar trilhas que podem ser percorridas no campo jurídico ou mesmo no plano administrativo de experiências inovadoras já em curso no país. É preciso, para isso, vontade política com a consciência de que os

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.sandromabel.com.br/web/noticia/sandro-mabel-defende-terceirizacao-dos-presidios>. Acesso em 04/03/2013.

<sup>7</sup> Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18368/privatizacao-penitenciaria-legalidade-e-conveniencia>. Acesso em 25/02/2013.

gastos com a rede prisional são, além de compromisso humanitário com a dignidade da pessoa presa, investimentos estratégicos na prevenção criminal. (LOPES, 2011)

Com um posicionamento mais analítico, Júlio Fabbrini Mirabete concorda com a terceirização:

As atividades administrativo-judiciárias só podem ser exercidas por funcionários ou órgãos públicos, conforme previsão legal. As atividades da execução material da pena podem ser exercidas por órgãos públicos ou por particulares ou entidades privadas, inclusive em forma empresarial. Os estabelecimentos penais podem ser edifícios privados ou públicos, geridos e operados por particulares ou entidades privadas para a execução material da pena privativa de liberdade, conforme disponha a lei estadual. Essa gerência e operação por empresa privada não afasta a atividade jurisdicional do juiz da execução e as atividades administrativo-judiciárias do magistrado e dos demais órgãos da execução. A única atividade que não pode ser executada por particulares nos estabelecimentos penais é a aplicação de sanções disciplinares, que, por influir diretamente no desenvolvimento da execução penal (atividade administrativo-judiciária), é destinada a órgão público, conforme disponha a lei local. (MIRABETE, 1992, p. 16).

Luiz Flávio Borges D'urso também é favorável a este tipo de procedimento:

Não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função material da execução da pena, vale dizer, o administrador particular será responsável pela comida, pela limpeza, pelas roupas, pela chamada hotelaria, enfim, por serviços que são indispensáveis num presídio. [...] já 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 a punição e quando o homem poderá sair da cadeia. (D'URSO, 1999, p. 44-46).

#### 5.4) Argumentos contrários à aprovação do PL 2.825/2003

Existem posicionamentos contrários a este tipo de operação, tendo em vista que é exclusividade do Estado manter a ordem pública mediante o uso da força, sendo completamente absurda a ideia de delegar ao particular os serviços inerentes à execução penal.

Carlos Eduardo Ribeiro Lemos critica este tipo de operação, alegando que o lucro é que sempre falará mais alto para as empresas privadas, pouco importando a real situação carcerária. Senão vejamos:

A ideia da visão de lucro é que tem levantado as maiores críticas a intervenção empresarial na administração prisional sobre os critérios morais e éticos. Não se discute o custo maior ou menor desta modalidade de atividade, nem tampouco a eficiência dos serviços prestados com relação ao tratamento digno do encarcerado, mas sim, principalmente, a legalidade e conveniência de terceirizar uma atividade que deveria ser concebida como uma função essencial do Estado, uma de suas razões de ser: administração da segurança e da justiça. (LEMOS, 2007, p. 86).

Recentemente, no dia 28/01/2013, foi inaugurado o primeiro complexo prisional feito por meio de parceria público-privada no país, na cidade de Ribeirão das Neves (região metropolitana de Belo Horizonte).

Durante a sua construção, o complexo já sofria críticas referentes à delegação dos serviços prisionais para o ente particular. Em primeiro lugar, ressalta-se que, segundo estudos, o custo, neste modelo, é mais caro – o Governo Estadual de Minas Gerais pagará às empresas responsáveis pelo local o valor de R\$2.700,00 (dois mil e setecentos reais) por preso, sendo que o valor gasto no sistema público é cerca de R\$2.100,00 (dois mil e cem reais) por detento<sup>8</sup>.

Neste sentido, vale citar a experiência paranaense sobre o tema.

Conforme o Departamento Penitenciário do Paraná - DEPEN, a primeira prisão terceirizada construída no Brasil foi a Penitenciária Industrial de Guarapuava, no Estado do Paraná. Inaugurada em 1999, tal Penitenciária foi construída com recursos dos Governos Federal e Estadual, destinada a abrigar presos do sexo masculino, em regime fechado. Após a inauguração da PIG, o governo do Estado do Paraná construiu mais 05 (cinco) prisões e as terceirizou, sendo elas a Casa de Custódia de Curitiba, Casa de Custódia de Londrina, Presídio Estadual de Piraquara, Presídio Estadual de Foz do Iguaçu e Penitenciária Industrial de Cascavel. Com efeito, o Estado do Paraná retomou a direção total destes presídios no dia 02 de agosto de 2006, não renovando os contratos com a iniciativa privada, eis que estas prisões custavam o dobro das públicas.

Além do custo, importante trazer os argumentos do advogado e assessor da Pastoral Carcerária, José de Jesus Filho, em entrevista concedida ao PortalClippingMP<sup>9</sup>:

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1221899-mg-inaugura-primeira-penitenciaria-feita-com-parceria-privada.shtml>. Acesso em 06/03/2013.

<sup>9</sup> Disponível em: <http://clippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2013/1/16/minas-abre-presidio-publico-privado>. Acesso em 06/03/2013.



Já visitei muitos estados que tentaram. Alguns desistiram, outros mantêm até hoje o sistema de cogestão. O que posso dizer é que vi muita coisa errada. Presos amarrados nas celas, com limite de nove segundos para banho, sabonete que tinha que durar um tempo extenso. Enfim, a iniciativa privada quer lucro. Mas o sistema penitenciário não pode proporcionar isso, não segue a lógica do mundo dos negócios.

Segundo José de Jesus Filho, sobra publicidade e falta seriedade no modelo de gerenciamento conjunto de unidades prisionais. Além disso, ele alega que eram constantes os conflitos entre diretores das unidades, representantes do governo, e os gerentes da iniciativa privada. O assessor da Pastoral Carcerária conclui:

Como diz o ditado, não se pode matar o burro para acabar com os carrapatos. Ou seja, não é porque o sistema penitenciário vai mal que o Estado deve entregá-lo à iniciativa privada. O correto seria enfrentar o problema real da área penitenciária, coisa que nunca foi feita. Prisão significa privação de liberdade, e privação de liberdade não deve ser delegada a terceiros, deve ser monopólio do Estado. Enquanto o interesse público quer assegurar que as pessoas não escapem e, ao mesmo tempo, que sejam ressocializadas, a iniciativa privada quer maximização de lucros e redução de custos. Essa mistura entre público e privado no sistema prisional é muito delicada. O que presenciamos, em visitas já realizadas em estabelecimentos que utilizam a terceirização, é uma maquiagem de dados, muita propaganda e pouco efeito prático. É ilusão achar que a iniciativa privada vai resolver o problema do sistema carcerário brasileiro. A motivação do setor privado é ganhar dinheiro. Para isso, vale colocar gente mal preparada como funcionário, instituir regras rígidas, praticar tortura, sem a contrapartida dos serviços.

Existem, ainda, alguns obstáculos específicos para que este tipo de operação possa se concretizar de forma plena.

#### - Obstáculos éticos e jurídicos

Sob o aspecto ético-moral, a delegação de serviços públicos relativos ao cárcere para a iniciativa privada é uma atitude reprovável. Prisão é, sobretudo, sinônimo de repressão, uma das características da pena. Por isso, é inconcebível que possa uma empresa explorar comercialmente um sistema prisional baseado na obtenção do lucro às custas da repressão humana.

A única coação moralmente válida é a exercida pelo Estado através da imposição e execução de penas ou outras sanções. Assim, sob o ponto de vista ético, é inadmissível que alguém enriqueça com o castigo imposto a alguém.

Sobre este tema, há um importante estudo feito pelo americano Eric Lotke. Segundo o autor, a vantagem de se investir em prisões estaria nos custos inferiores para a realização dos serviços em tais estabelecimentos. Ele explica que:

[...] o grande atrativo da administração privada das prisões e das companhias de serviços é simples: eles podem realizar nas prisões o mesmo trabalho feito pelo governo a um custo mais baixo, normalmente de 5% a 15% abaixo dos custos do setor público. (LOTKE, 1997, p. 28).

Segundo Lotke, isto seria possível em detrimento dos salários dos empregados e na ausência de investimento em serviços que “poderiam transformar os presos em membros produtivos da sociedade quando libertados”, uma vez que as “companhias preocupadas com os lucros preferem evitar os custos com tratamento para viciados, aconselhamento em grupo, programas de alfabetização” (LOTKE, 1997, p. 28).

Surge, então, a maior contradição da ideia: como se admitir que se extraiam lucros a partir do próprio sofrimento? Como se conceber o ganho monetário a partir da criminalidade? É ou não é um contrassenso?

Tal procedimento é, sobretudo, desumano, algo a mais para estigmatizar a personalidade do condenado, transformando-o, como dito acima, em objeto de lucro, e não de recuperação (é evidente que não interessaria a uma empresa privada ressocializar ninguém, muito pelo contrário; um homem ressocializado seria menos um em suas celas).

Há quem diga que a terceirização ora estudada não é vedada pela Constituição Federal, e que, por causa deste fator, ela seria permitida.

Ocorre que esta análise não pode ser feita de forma isolada, simplesmente buscando algum dispositivo constitucional que proíba o referido procedimento.

A Constituição deve ser lida de forma ampla, devendo a sua interpretação, neste contexto, ser pautada por todos os princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, como conceber que a iniciativa privada obtenha lucros a partir do sofrimento daqueles cujas liberdades foram cessadas? Como dito acima, em muitas experiências foram evidenciadas práticas aterrorizantes para que o lucro das empresas fossem maximizados. Onde estaria, aqui, o respeito à dignidade da pessoa humana dos detentos? Tais práticas são constitucionais?

- Obstáculos políticos

Em termos políticos, o envolvimento do setor privado na esfera penitenciária tem despertado dúvidas quanto à compatibilidade entre a natureza pública do processo de tomada de decisões, inerente à formulação da política criminal, e a finalidade lucrativa das empresas.

Basta uma análise a partir de um modesto silogismo que já se chega à conclusão da impropriedade política do modelo de gerenciamento privado de prisões: o objetivo teórico da administração penitenciária é combater a criminalidade e não obter lucros; ora, as empresas que desejam participar da administração penitenciária visam obter lucros e retiram esse lucro da própria existência da criminalidade; logo, tais empresas que têm interesse em manter seus lucros não irão lutar contra a criminalidade; e se não têm tal interesse não devem administrar prisões.

Além disso, a terceirização de serviços inerentes à atividade penitenciária ao ente privado significaria assumir o fracasso do sistema brasileiro e, ainda, demonstrar a falha dos governantes quanto à efetivação da reabilitação dos detentos. Assim, transferir as atividades prisionais aos particulares seria negar a eficiência do próprio Poder Público.

## **6) Conclusão**

O objetivo teórico de uma penitenciária é combater a criminalidade, e não a obtenção de lucro. A criminalidade não é problema exclusivamente estatal, mas social. Possibilitar que toda a sociedade participe da reabilitação do preso, para que este retorne ao convívio social com boa garantia de que não retornaria a criminalidade, é o objetivo do sistema.

Se as nossas prisões não têm condições mínimas para abrigar seres humanos (e isto é verdade), cabe ao Estado, com o dinheiro que arrecada do contribuinte, mudar o modelo que hoje constatamos e assegurar o pouco de dignidade que resta a alguém que já perdeu a sua liberdade. Cabe ao Poder Público procurar soluções que permitam o cumprimento da pena de maneira humana e, efetivamente, ressocializadora, processo que passa, inclusive, pela preparação profissional do respectivo corpo funcional e pelo aumento do número de estabelecimentos prisionais, desafogando os que hoje existem.

Neste sentido, o que deve existir é a humanização na aplicação das penas, transformando-a de tal forma que seja possível que atinja sua finalidade de ressocialização do preso.

Buscar soluções em propostas particulares não é a solução efetiva para os problemas que o sistema enfrenta. A solução para o sistema carcerário brasileiro está nas próprias leis vigentes, as quais não são respeitadas e aplicadas, e na participação da comunidade no processo de execução da pena, humanizando o olhar da sociedade sobre o preso e assegurando sua reinserção na sociedade.

O que é verdadeiramente importante para mudar o cenário das prisões brasileiras é exigir do Estado e de seus representantes que tenham a vontade política de mudar o modelo carcerário e a estrutura do que existe hoje, com políticas mediatas de melhoria, e não imediatas de terceirização.

## BIBLIOGRAFIA

- ADOLFO, Lúcio. A execução penal no Brasil. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, 2003.
- ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **Privatização das prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. 2ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BONFIM, Edílson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BUENO, Eduardo. **Brasil: uma História - a Incrível Saga de um País**. São Paulo: Ática, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.
- CORDEIRO, Grecianny Carvalho. O modelo brasileiro de privatização do sistema prisional. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, 2004.
- DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos: As Ações do Estado na Produção Econômica**. 1ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Privatização de Presídios. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.

LOTKE, Eric. A Indústria das prisões. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

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

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **A privatização dos estabelecimentos penais diante da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)**. São Paulo: Justitia, 1992.

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

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

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

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

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

## ANEXO

### **Projeto de Lei nº 2.825, de 2003 (do Deputado Sandro Mabel)**

Acrescenta os arts. 77-A e 86-A à Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que “Institui a Lei de Execução Penal”, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 77-A. As atividades relativas à assistência de que tratam os incisos I a V do art. 11 desta lei, bem como à segurança nos estabelecimentos penais, inclusive os destinados à internação de menores, poderão ser executadas por empresas privadas contratadas, desde que atendidos os seguintes requisitos, além de outros estabelecidos em legislação específica:

I – audiência prévia dos Conselhos Penitenciários, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da curadoria de menores;

II – seleção das empresas por meio de processo licitatório, cujo edital deverá exigir da licitante comprovação de especialização em administração penitenciária e de custódia de menores ou, exclusivamente no que tange à essa última atividade, em hotelaria, bem como de treinamento especializado dos profissionais a serem alocados nos serviços objeto da contratação;

Parágrafo único. Os ocupantes dos cargos de diretor de estabelecimentos penais, inclusive os destinados à internação de menores infratores, continuarão a ser nomeados por ato do Poder competente mesmo na hipótese de terceirização das atividades de que trata este artigo.

Art. 86-A. Mediante a celebração de contrato administrativo com o órgão público competente, precedido de processo licitatório, poderão ocorrer em instituições particulares, ou ser por elas promovidos, desde que autorizado pelo juiz da execução:

I – a internação ou o tratamento ambulatorial dos penalmente incapazes ou dos imputáveis e dos semi-imputáveis, de que tratam os arts. 99 e 101 desta lei, inclusive em relação a tratamento de dependência química ou psicológica;

II – o cumprimento de pena por pessoas portadoras de doenças infectocontagiosas, toxicômanas ou portadoras do vírus da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida;

III – a educação dos menores sob custódia, abrangendo disciplinas de ensino fundamental e médio, bem como orientações sobre convivência no meio social e lazer;

IV – a inserção no meio social dos detentos e internos após o cumprimento da pena ou o término do período de internação.

Parágrafo único. A construção e as condições de funcionamento dos hospitais de que trata o *caput* obedecerá às regras estabelecidas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, bem como às normas constantes da legislação específica.

Art.90. A penitenciária será construída em local afastado dos centros urbanos.

§ 1º. As penitenciárias localizadas nas áreas rurais deverão ter área destinada à atividade agrícola dos condenados, de onde se retirará parte do alimento a ser consumido na unidade prisional.

§ 2º. Os condenados que cumprem pena nesses estabelecimentos trabalharão em atividades agrícolas, ficando responsáveis pelo plantio e colheita.

Art. 2º. O juízo de execuções penais receberá, com periodicidade mínima de 1 (um) ano, relatório circunstanciado das atividades desenvolvidas por instituições privadas a quem seja delegada a detenção de presos e a internação de menores, detalhando, entre outras informações, o comportamento apresentado por detentos e internos.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.