



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ ADAUMIR ARRUDA DA SILVA

**A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RESSOCIALIZAÇÃO IRREFLETIDA**

BELÉM

2015

JOSÉ ADAUMIR ARRUDA DA SILVA

**A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RESSOCIALIZAÇÃO IRREFLETIDA**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como exigência para obtenção do título de Mestre, na área de concentração em Direitos Humanos.
Orientador Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes.

BELÉM

2015

JOSÉ ADAUMIR ARRUDA DA SILVA

**A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RESSOCIALIZAÇÃO IRREFLETIDA**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como exigência para obtenção do título de Mestre, na área de concentração em Direitos Humanos.

DATA DE APROVAÇÃO: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes
Membro PPGD/ICJ/UFGA (Orientador)

Prof. Dr. Cândido Mendes Martins da Agra
Membro Externo (Universidade do Porto/Portugal)

Prof. Dr. Celso Antônio Coelho Vaz
Membro PPGD/ICJ/UFGA

Dedico esta pesquisa:

À minha amada, Leilani da Mota Lopes.

Às minhas amadas filhas, Marcia Gabriele A. Arruda Silva e Ana Caroline A. Arruda Silva.

Á minha amada neta, Maria Eduarda Arruda Gomes.

Aos meus amados pais, Aduino Silva e Maria de Arruda Silva.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao meu orientador, Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes, por me indicar o caminho a seguir nesta pesquisa, pelas cobranças oportunas e recomendações precisas. Pelas reflexões que me incentivou a fazer, pela paciência e compreensão sempre presentes.

Não poderia de deixar de agradecer aos professores com quem tive oportunidade de cursar importantes disciplinas que foram importantíssimas para realização deste trabalho de pesquisa, fazendo um destaque especial a Prof^a. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho e ao Prof. Dr. Raimundo Wilson Gama Raiol, que participaram da minha qualificação e foram de imensurável importância, suas contribuições que nortearam os meus estudos.

Agradeço a Leilani da Mota Lopes, meu amor, pela compreensão, auxílio e incentivo.

Agradeço ao amigo Francisco Nunes Fernandes Neto pelas sugestões de leitura e por ter me passado suas experiências enquanto mestrando.

*“Sobre si próprio, sobre sua mente, o indivíduo é soberano”
John Stuart Mill.*

RESUMO

O presente trabalho trata da privatização de presídios e sua (in)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, considerando a ressocialização pelo trabalho como justificativa principal para a transferência da custódia do preso do Estado para a iniciativa privada. Busca demonstrar que embora a privatização de presídios seja anunciada como solução para as mazelas do sistema carcerário brasileiro e que favoreceria a ressocialização do apenado, na realidade é incompatível com o Estado Democrático de Direito por violar a dignidade da pessoa humana em vários aspectos. Para comprovar essa hipótese, a pesquisa tem como referencial teórico: autores que fazem parte da criminologia crítica e que entendem pela deslegitimação do sistema penal; o garantismo de Luigi Ferrajoli, que rejeita a prevenção especial positiva como finalidade da pena privativa da liberdade. Também reforça a comprovação da hipótese a pesquisa de campo realizada no Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, Estado de Minas Gerais, que aponta os aspectos capitalistas neoliberais do contrato da Parceria Público-Privada celebrado entre o Poder Público e o Consórcio Gestores Prisionais Associados. Conclui a dissertação que a privatização de presídios é incompatível com o Estado Democrático de Direito, porquanto viola a dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia; delega ao particular atividade típica do Estado; induz ao trabalho semiescravo; favorece o lucro de empresas com a exploração do mercado das prisões; incentiva o aprisionamento em massa, o que faz do argumento da ressocialização para justificar a privatização do cárcere absolutamente falso, um mero discurso retórico para legitimar a indústria do encarceramento, que acaba sendo assimilado de forma irrefletida, pelo senso comum que atinge todo o imaginário da sociedade.

Palavras-chave: Privatização de Presídios. Estado Democrático de Direito. Trabalho Prisional. Ressocialização. Dignidade Humana.

ABSTRACT

This work deals with the privatization of prisons and their (in) compatibility with the democratic rule of law, considering the resocialization by the work as the main justification for the transfer of the custody of the stuck of the State to the private sector. Seeks to show that although privatization of prisons is announced as a solution to the ills of the Brazilian prison system and would favor the resocialization of the convict actually is incompatible with the democratic rule of law by violating the dignity of the human person in many respects. To prove this hypothesis, the research have as the referential theoretical: authors who are part of the critical criminology and who understand by the delegitimization of the penal system; the garantismo of Luigi Ferrajoli rejecting the positive special prevention as the finality of the penalty private of liberty. Also reinforces the verification of the hypothesis the field research conducted in Prison Complex of Ribeirao das Neves, Minas Gerais State, pointing neoliberal capitalist aspects of the contract of public-private partnership signed between the Government and the Consortium Managers Prison Associates. The dissertation concludes that privatization of prisons is incompatible with the Democratic Rule of Law, because violates human dignity and the principle of equality; delegates to the particular typical activity of the State; induces semi-slave labor; favors the earnings of companies with exploration prison market; encourages the mass imprisonment, which makes the argument of resocialization to justify the privatization of the imprisonment absolutely false , a mere rant to justify the incarceration industry, which ends up being assimilated thoughtless way by common sense that reaches all the imagery of society.

Keywords: Privatization of Prisons. Democratic state of Law. Prison work. Resocialization. Human dignity.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Artigos do Código de Processo Penal pelos quais foram condenados os apenados da Unidade I do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.	93
Gráfico 2	Período em que os apenados da Unidade I do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG progredirão para o regime semiaberto.	93
Gráfico 3	Tempo de Pena dos apenados da Unidade I do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.	94
Gráfico 4	Idade dos apenados da Unidade I do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves –MG.	94
Gráfico 5	Artigos do Código de Processo Penal pelos quais foram condenados os apenados da Unidade II do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.	95
Gráfico 6	Período em que os apenados da Unidade II do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG progredirão para o regime semiaberto.	95
Gráfico 7	Tempo de Pena dos apenados da Unidade II do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.	95
Gráfico 8	Idade dos apenados da Unidade II do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.	96
Gráfico 9	Artigos do Código de Processo Penal pelos quais foram condenados os apenados da Unidade III do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.	96
Gráfico 10	Tempo de Pena dos apenados da Unidade III do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG	97
Gráfico 11	Idade dos apenados da Unidade III do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.	97

LISTA DE SIGLAS

CTC	Comissão Técnica de Classificação
PPP	Parceria Público-Privada
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
LEP	Lei de Execução Penal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJE/PA	Tribunal de Justiça do Estado do Pará

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	13
1	A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, LIBERALISMO E RESSOCIALIZAÇÃO.....	17
1.1	A PENA COMO FINALIDADE PREVENTIVA DE DELITOS: UMA CONCEPÇÃO LIBERAL INAUGURADA POR BECCARIA.....	18
1.1.1	O Sentido comum teórico da prevenção especial positiva, a partir de Beccaria.....	22
1.2	TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA: DA RETRIBUIÇÃO À RESSOCIALIZAÇÃO.....	24
1.2.1	Teorias absolutas.....	25
1.2.2	Teorias relativas.....	27
1.3	A RESSOCIALIZAÇÃO E A CRÍTICA DE FERRAJOLI.....	29
2	DESLEGITIMAÇÃO E SELETIVIDADE DO SISTEMA PUNITIVO NO CONTEXTO NEOLIBERAL.....	37
2.1	PARA QUE SERVEM AS PENAS? A CRÍTICA DE ZAFFARONI AO DISCURSO JURÍDICO-PENAL E A DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO NA AMÉRICA LATINA.....	37
2.2	NEOLIBERALISMO E A NOVA POLÍTICA DE CRIMINALIDADE: A CRÍTICA DE FOUCAULT.....	44
2.3	A LEI DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA E SEU CONTEXTO ADAPTÁVEL AO NEOLIBERALISMO: O TRABALHO COMO UM DEVER DO APENADO.....	48
2.4	DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL: PRÊMIO OU CASTIGO?.....	52
2.5	A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO: MITO OU REALIDADE NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO?.....	55
2.6	O ENCARCERAMENTO EM MASSA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A ONDA DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS.....	56
2.7	O TRABALHO PRISIONAL E A RESSOCIALIZAÇÃO COMO DISCURSOS FAVORÁVEIS À PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS.....	65

3	O ESTADO MÍNIMO NOS PRESÍDIOS: A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PRISIONAL.....	69
3.1	AS IMPROPRIEDADES E INCONSTITUCIONALIDADES DA PRÓPRIA LEI DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	70
3.2	O AVANÇO DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS NO BRASIL: A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA A CONSTRUÇÃO E GESTÃO DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO EM MINAS GERAIS.....	73
3.2.1	A inconstitucionalidade e impropriedade da assistência jurídica prestada pela Concessionária.....	80
3.2.2	Atribuições indelegáveis transferidas ao gestor privado: o particular com o poder coercitivo, uma incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.....	81
3.2.3	A ressocialização e o trabalho do preso como argumento forte para a privatização de presídios.....	84
3.2.3.1	O trabalho obrigatório no presídio privado e sua exclusão do regime protetivo da CLT: uma violação aviltante à dignidade humana.....	90
3.3	O PERFIL DOS CONDENADOS DA PPP DE RIBEIRÃO DA NEVES.....	92
3.4	O PARADOXO DA GARANTIA DE DEMANDA MÍNIMA DE 90% DA CAPACIDADE DO COMPLEXO PENAL, COM A RESSOCIALIZAÇÃO...	99
3.5	A ONDA DE PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO, SINALIZADA PELO PROJETO DE LEI Nº 513/11 DO SENADO E SUAS TENDÊNCIAS NEOLIBERAIS.....	101
3.6	POLÍTICA DE GESTÃO PENITENCIÁRIA E NEOLIBERALISMO: RESSOCIALIZAÇÃO OU LUCRO?.....	103
4	CONCLUSÃO.....	105
	REFERÊNCIAS.....	111
	ANEXO A	115
	ANEXO B.....	116

INTRODUÇÃO

Não é nenhuma novidade que o sistema prisional brasileiro há muito passa por uma grave crise estrutural. Sucateado, insuficiente e superlotado, é palco das mais injustificáveis violações aos direitos humanos. De norte a sul, de leste a oeste do país se repetem as rebeliões, a violência e a morte, em resposta às atrocidades cometidas no cárcere, fazendo deste mais do que um espaço para o aprisionamento de pessoas, um local onde o Estado consente a crueldade e a degradação da vida humana, apesar do sistema de garantias constitucionalmente vigente no campo penal.

Nos últimos 25 anos, a população carcerária brasileira teve um aumento substancial, passando de 90 mil para aproximadamente 600 mil pessoas presas. Por outro lado, não houve capacidade do Estado para fazer frente a essa crescente demanda, o que levou à superlotação carcerária e com ela veio toda sorte de mazelas e problemas.

Os presídios do país, em sua maioria com excesso populacional, não oferecem as mínimas condições de vida digna. Não há trabalho disponível para todos os presos. Ao contrário, uma pequena minoria consegue ocupação remunerada intracárcere. Nessas condições, a reincidência alcança índices altíssimos, contradizendo a finalidade ressocializadora da pena.

O sistema penal legitima a privação da liberdade por meio de um discurso dogmático de que a pena tem finalidades preventivas, geral e especial, e na vertente especial positiva promete ressocializar o apenado. É comum se argumentar que o ideal ressocializador da pena não é alcançado devido ao caos instalado nos cárceres, pelas péssimas condições a que estão submetidos os presos e pela ociosidade reinante nas prisões em todo o Brasil.

Neste diapasão, surge a discussão em torno da privatização de presídios, enquanto solução para a crise do sistema prisional brasileiro, tendo em vista que teoricamente suprimiria o problema da superlotação e de estrutura, e principalmente não faltariam vagas de trabalho para todos os presos condenados, possibilitando desta forma a ressocialização.

Pretende-se estudar em que medida se sustenta o argumento forte utilizado pelo Estado, que transpassando para a iniciativa privada a construção e gestão de unidades prisionais, possibilitaria a ressocialização do condenado, tendo como referência o Estado Democrático de Direito.

A hipótese a ser verificada é se a privatização de presídios é compatível com o Estado Democrático de Direito, dado seu aparente conflito com a dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia; por delegar ao particular atividade típica do Estado; ao impor o

trabalho no cárcere; ao induzir o trabalho semiescravo; ao favorecer o lucro de empresas com a exploração do mercado das prisões; ao condicionar direitos afetos à liberdade à realização do trabalho e ao classificar o apenado pela sua aptidão laboral para ser admitido ou não no presídio privado.

Por isso, o objetivo desta pesquisa é analisar a privatização de presídios como fundamento para o alcance da finalidade ressocializadora da pena, a partir do trabalho imposto ao condenado e sua (in) compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, a investigação se justifica no sentido de contribuir para uma reflexão maior quanto à adoção de modelos privatizados de prisão, a partir do estudo de sua compatibilidade ou não com o Estado Democrático de Direito, regime político adotado pelo Brasil.

Ao lado disso, a pesquisa trata de um tema polêmico, relativamente recente no Brasil e que está em um momento de grande discussão, tanto no âmbito político quanto acadêmico, tendo em vista a consagrada ineficiência do Estado na administração penitenciária, que fortalece a defesa da privatização de prisões como forma de resolver os problemas carcerários nacionais, legitimando a pena pelo mito da ressocialização pelo trabalho, sob o manto de um discurso neoliberal. E aqui importa destacar que se utilizará o termo “neoliberal” ou “neoliberalismo” nos sentidos político e econômico, que se entrelaçam quando se trata de sistema prisional. Quando o Estado pretende transferir atividade típica para o particular, aí se tem mais fortemente o aspecto político do neoliberalismo. Por outro lado, quando o Estado favorece a exploração da mão de obra carcerária a preços abaixo do mercado e incentiva o mercado de construção de prisões, verifica-se uma faceta mais econômica do neoliberalismo.

O objeto deste trabalho também é de interesse da academia por estudar cientificamente o fenômeno, e para a própria sociedade que poderá compreender melhor o sistema prisional e seus reflexos na tão reclamada segurança pública.

Utilizar-se-á nesta investigação, como referencial histórico da pena, em sua finalidade preventiva de delitos, a obra “Dos delitos e das penas” de Beccaria; como referencial teórico-base tomar-se-á a doutrina de Luigi Ferrajolli, quanto a finalidade preventiva especial positiva da pena, e as orientações da criminologia crítica, principalmente nos ensinamentos de Eugenio Zaffaroni; e como referencial paradigmático do modelo de privatização experimentado nos Estados Unidos da América, a obra de Loïc Wacquant, que estudou com profundidade todo o processo de privatização de presídios estadunidense, modelo que influenciou o Brasil.

No capítulo 1 deste trabalho, pretende-se estudar em que período e em que contexto político-econômico surgiu a ideia da pena como finalidade de prevenir delitos. Porquanto, foi a partir daquele momento que se engendrou o caminho para a função ressocializadora da pena. Assim, torna-se necessário trabalhar com certa profundidade a obra de Beccaria, pela importante influência que teve na reforma penal ocorrida no final do século XVIII, e seus influxos e consequências nos tempos atuais.

Ainda na fase inicial da investigação, cuidar-se-á de estudar de que forma se propagou no tempo e no espaço – já que se ampliou pelo mundo – a teoria da pena como função preventiva de delitos, a partir de Beccaria, até os nossos dias, utilizando-se, por imprescindível, os conceitos de Luiz Alberto Warat sobre o sentido comum teórico dos juristas. Por outro lado, como a análise trata da função ressocializadora da pena, enquanto argumento hábil a justificar a privatização de presídios, faz-se necessário o estudo das teorias legitimadoras da pena, para contextualizar a vertente da prevenção especial positiva.

Conclui-se-á a primeira parte deste levantamento com uma análise da finalidade preventiva especial positiva da pena, segundo Ferrajoli, que apesar de legitimar o sistema penal e acreditar que a pena desempenha finalidade útil, neste ponto, descredencia o direito penal, por não conceber que a pena possa ser utilizada visando a reforma moral do apenado, por violar a dignidade humana.

No capítulo 2, o estudo se voltará para demonstrar a deslegitimação e a seletividade do sistema penal no contexto neoliberal, buscando seus fundamentos na criminologia crítica. Mostrar-se-á, com fundamento em Zaffaroni, que as penas privativas de liberdade aplicadas são perdidas porque não alcançam finalidade alguma declarada pelos discursos jurídicos penais.

Nesse ponto, pretende-se demonstrar que no sistema capitalista, a política criminal atende aos interesses neoliberais, e isso ficará visível a partir da análise da própria Lei de Execução Penal Brasileira (LEP), que institui um direito de execução penal premial, baseado em recompensas e barganhas pelo bom comportamento carcerário, que vai definir o alcance de direitos que afetam diretamente a liberdade dos apenados.

Nessa etapa da averiguação, pretende-se demonstrar que a ressocialização do apenado é algo inalcançável, e que faz parte de um discurso legitimante para manutenção do sistema penal, pois favorece o argumento do trabalho obrigatório nas prisões.

Passa-se daí em diante à análise do processo de encarceramento em massa nos Estados Unidos, que culminou no modelo de privatização de presídios que foi exportado para diversos países do mundo. No Brasil surgem os discursos favoráveis à privatização de presídios,

sustentados no trabalho prisional e a ressocialização que seria alcançada com a implantação de unidades prisionais privadas.

Finalmente, no capítulo 3, tomando como paradigma de estudo o presídio de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais – primeiro Complexo Penitenciário do Brasil construído e administrado por empresas particulares, resultado de um modelo inédito de Parceria Público-Privada (PPP) na América Latina, inaugurado em janeiro de 2013 – o trabalho vai analisar os aspectos constitucionais e legais da privatização, bem como a tendência de privatização de presídios no Brasil, para ao final concluir pela incompatibilidade ou não da privatização de presídios com o Estado Democrático de Direito, sob o argumento da ressocialização do apenado pelo trabalho.

1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, LIBERALISMO E RESSOCIALIZAÇÃO

A história da prisão não se confunde com a história da prisão-pena. Na antiguidade, passando pela Idade Média e chegando a meados do século XVIII, a finalidade da prisão era a de custódia, um lugar de suplícios e de expiação, no qual o réu sofria os mais atrozes castigos corporais, até o momento da sua execução pública, como bem descreveu Foucault¹. A prisão não tinha o caráter de pena. A lei penal no Estado Absolutista objetivava implantar o medo coletivo².

Na segunda metade do século XVIII floresce, então, o iluminismo e o pensamento reformador, com a contribuição de Beccaria³, que se insurgiu contra a legislação criminal na Europa, cujas leis legitimavam a desmedida crueldade, os castigos corporais e a pena de morte, além de uma justiça parcial e um processo penal eivado de subjetivismos e protecionismos de classes. Tais concepções iluministas fizeram de Beccaria uma importante referência da pena com a finalidade de prevenir delitos, especialmente quando associados ao surgimento do liberalismo, sistema político que defendia.

O liberalismo enquanto doutrina que privilegiava o indivíduo e a liberdade, e para tanto limitava os poderes do Estado, dividindo-os⁴, teve inspiração no iluminismo, que deita suas raízes no século XVIII, conhecido como o “Século das luzes”.

Neste período, floresceram as ideias de Beccaria, que já sinalizavam estabelecer uma finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, desenvolvida e defendida até os dias atuais com forte discurso legitimador da pena de prisão; daí a relevância de se destacar o seu pensamento jurídico penal para o desenvolvimento desta pesquisa.

¹ “Depois desses suplícios, Damiens, que gritava muito sem contudo blasfemar, levantava a cabeça e se olhava; o mesmo carrasco tirou com uma colher de ferro do caldeirão daquela droga fervente e derramou-a fartamente sobre cada ferida. Em seguida, com cordas menores se ataram as cordas destinadas a atrelar os cavalos, sendo estes atrelados a seguir a cada membro ao longo das coxas, das pernas e dos braços.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 9).

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

³ Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, nasceu em 15 de março de 1738, em Milão. Estudou no colégio de Parma, formou-se em Direito na Universidade de Parma, em 1758. De 1768 a 1771, ocupou a cátedra de Economia nas Escolas Palatinas de Milão. Em 1791, participou da junta que elaborou uma reforma no sistema penal. (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 125).

⁴ Um desses esquemas foi o da divisão de poderes, que tinha como objeto precípua servir de escudo aos direitos da liberdade, sem embargo de sua compreensão rigorosamente doutrinária conduzir ao enfraquecimento do Estado, à dissolução de seu conceito, dada a evidente mutilação a que se expunha o princípio básico da soberania, uma de cujas características, segundo Rousseau, era a indivisibilidade (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 72).

O iluminismo atingiu seu apogeu na Revolução Francesa. Beccaria defendia a liberdade do indivíduo, a dignidade do homem e reclamava uma reforma no sistema punitivo, motivada essencialmente pelas mudanças sociais e econômicas do industrialismo. Era preciso contrapor as ideias absolutistas então vigentes, que se fundavam no poder ilimitado e absoluto do soberano.

Neste contexto, Beccaria, em 1764, publicou “Dos Delitos e das Penas”, com muitas propostas que não se podiam dizer originais, porquanto já tratadas por outros pensadores da época, a exemplo de Montesquieu,⁵ citado na introdução de sua obra.

Não obstante, a obra de Beccaria, pelo que se diz ter sido o mestre de Milão, precursor da Escola Clássica de Criminologia e da Escola Clássica de Direito Penal, se notabilizou pela clareza e facilidade de compreensão. Seu pensamento, como nascedouro de uma nova ordem jurídica penal que se espalhou pelo mundo, ainda nos dias de hoje, é objeto de estudos de quem se propõe analisar a história dos delitos, das penas, das prisões e do sistema penal.

Foi, então, na obra “Dos Delitos e das Penas” que se originou o que se conhece na atualidade como função preventiva da pena, com todas as suas vertentes: prevenção geral (negativa e positiva) e prevenção especial (negativa e positiva).

1.1 A PENA COMO FINALIDADE PREVENTIVA DE DELITOS: UMA CONCEPÇÃO LIBERAL INAUGURADA POR BECCARIA

Beccaria defendeu, no apogeu do iluminismo, um novo sistema criminal em substituição ao anterior, do Estado Absoluto, que era arbitrário, cruel, parcial e, sobretudo, atentatório à dignidade da pessoa humana. Lá, se engendrou o caminho da reforma penal, que atravessou os últimos séculos e de onde nasceu e se desenvolveu a perspectiva da ressocialização.

Fortemente influenciado pelos ilustrados franceses, dentre eles Rousseau, Montesquieu e Voltaire, fontes de suas concepções iluministas, Beccaria adotou o contratualismo – o que se pode verificar ainda nas primeiras páginas de sua obra “Dos Delitos

⁵ O imortal Montesquieu apenas ocasionalmente pôde abordar essas importantes questões. Se me encaminhei pelas pegadas luminosas desse grande homem, é porque a verdade é uma e a mesma em toda parte. (BECCARIA, Cesare. Op. cit., p.17).

e das Penas” – ⁶ e a concepção utilitarista da pena, baseada na obra “Do Espírito” de Helvétius⁷.

No contratualismo, estaria a origem das penas e do direito de punir. Os homens vivem em sociedade por meio de um pacto firmado por todos enquanto seres livres e racionais. Cada um renuncia parte de sua liberdade em prol de todos, para assim usufruir, com segurança, dos demais direitos, formando, desse modo, um Estado regido por leis. Contudo, Beccaria advertia que apenas estabelecer uma limitação das liberdades individuais, assim sacrificadas ao bem geral, não era suficiente, visto que seria necessário criar mecanismos de proteção contra o despotismo do homem, por intermédio de meios sensíveis e poderosos. Daí advém o fundamento do direito de punir, com a legalização das penas estabelecidas contra os violadores das normas⁸.

Dessas premissas, tem-se que o Estado e o Direito decorrem da vontade humana e são produtos de seu livre-arbítrio e racionalidade.

Por seu turno, a ideia de racionalidade, autonomia e liberdade ratifica o pensamento do homem como um fim em si mesmo. Daí se infere uma primeira crítica a Beccaria, que, ao pregar o contratualismo, coloca o homem no centro das atenções enquanto fim último do Estado e retira o indivíduo de seus interesses religiosos e metafísicos, trazendo-o para o mundo dos interesses individuais e materiais. Como consequência, tal pensamento fomenta o desenvolvimento do capitalismo, numa época de ascensão da burguesia e surgimento do liberalismo, que mais tarde vão edificar a ideia de trabalho no cárcere obrigatório para o preso condenado.

Quando Beccaria afirma “que a finalidade da penalidade não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado”⁹, concluem-se dessa assertiva duas concepções que já insinuavam o caráter reformador da pena: a primeira é que a resposta do Estado, diante da quebra do contrato social, não é a de vingar-se do infrator, impondo a este um castigo corporal ou a morte; e a segunda pressupõe que não se intenciona restabelecer o

⁶ Segundo Beccaria, “a primeira consequência que se retira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social” (BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 20).

⁷ A influência da obra de Claude-Adrian Helvétius nas ideias de Beccaria está registrada em um trecho de sua carta a Morellet, em Milão, maio de 1766, que declara: “A segunda obra que completou a revolução do meu espírito foi a do Sr. Helvétius. Ele lançou-me com força no caminho da verdade e foi quem primeiro despertou minha atenção para a cegueira e para as desventuras da humanidade. Devo à leitura do Espírito uma grande parcela de minhas ideias [...]” (BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 123).

⁸ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 19.

⁹ Idem. Ibid., p. 49.

passado, mas prevenir para que um novo crime não aconteça no futuro. Este discurso se exterioriza na legislação penal e boa parte da doutrina atual, conforme Bitencourt¹⁰:

Esse postulado coincide com os objetivos da criminologia moderna, que busca, em seu fim de justiça humana, a recuperação do infrator para sociedade. É importante levar em consideração que Beccaria não admite a vingança como fundamento do jus puniendi. Nesse sentido coincide com os objetivos ressocializadores da pena de prisão.

Na mesma pisada, as ideias humanitárias sobejamente expostas na obra “Dos Delitos e das Penas”, confirmadas na passagem de que o castigo deve ser o “menos cruel no corpo do culpado”¹¹, já prenunciavam uma finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade nos moldes em que se conhece hoje, sendo considerada a sua fonte, a sua origem, como menciona Bitencourt¹²:

Os princípios reabilitadores ou ressocializadores da pena têm como antecedente importante esses delineamentos de Beccaria, já que a humanização do direito penal e da pena é requisito indispensável. É paradoxal falar da ressocialização como objetivo da pena privativa de liberdade se não houver o controle do poder punitivo e a constante tentativa de humanizar a justiça e a pena.

Por outra banda, Beccaria sintetiza a finalidade preventiva da pena com a afirmação de que “é preferível prevenir os delitos a ter que puni-los”¹³. Muito embora em seu tempo não tenha dado maior relevo à prevenção especial positiva, deste enunciado se extrai intuitivamente seu fundamento e seus influxos no conceito de ressocialização pelo trabalho nos dias hodiernos, porquanto coincidentes com os objetivos da criminologia moderna que pugna pela recuperação do indivíduo para a sociedade¹⁴.

O caráter preventivo da pena está bem evidente em toda a obra de Beccaria, que rejeita as penas cruéis¹⁵ e afasta qualquer utilidade para a pena de morte, pois para ele esta causaria, na maioria dos que assistem à execução de um criminoso, um sentimento de piedade e

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 56.

¹¹ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 49.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 57.

¹³ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 101.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 56.

¹⁵ “A crueldade das penalidades provoca ainda dois resultados funestos, contrários à finalidade do seu estabelecimento, que é prevenir o delito. Em primeiro lugar, é muito difícil estabelecer uma proporção entre os delitos e as penas; porque, ainda que uma crueldade industriosa tenha aumentado as espécies de tormentos, nenhum tormento pode ir além do último grau da força humana, limitada pela sensibilidade e a organização do corpo do homem. Ultrapassado esses limites, se aparecerem crimes mais hediondos, onde se encontrarão penas bastante cruéis? Em segundo lugar, os tormentos mais terríveis podem provocar às vezes a impunidade. Se as leis são cruéis, ou serão modificadas logo ou não poderão mais vigir e deixarão o crime sem punição” (BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 50-51).

indignação. Já as penas moderadas e contínuas causam o temor¹⁶, que justificam, ao primeiro aviso, a prevenção geral negativa, que mais tarde desdobrou-se para o conceito ainda prevalecente da ressocialização do apenado, ou prevenção especial positiva.

Em um cenário de penas cruéis e desumanas, Beccaria defendia a proporcionalidade entre os crimes e as penas¹⁷, para manter-se coerente com a ideia de que a finalidade da pena é a prevenção de delitos. Quanto mais grave for o crime, quanto mais contrário ao bem público, mais severa deve ser a punição. O crime vai de um extremo ao outro, do menos ofensivo ao mais grave, e a pena deve corresponder na mesma proporção. Aplicar penas iguais para crimes de gravidades diferentes levaria o homem inclinado ao crime a não temer uma pena maior para o crime mais hediondo e praticar o crime que lhe trouxesse mais resultados¹⁸.

Beccaria ressaltava que “todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo”¹⁹. Desta afirmação, se extrai de imediato a finalidade de prevenção geral da pena. Contudo, ele lança a concepção posteriormente desenvolvida para a finalidade de prevenção que evite a reincidência, por intermédio da consciência do próprio apenado: a ressocialização.

O pensamento de Beccaria, na sua época, deu ênfase à prevenção de delitos pela intimidação e inocuização, mas foi o embrião para que nos tempos atuais se legitime a pena privativa de liberdade pela sua finalidade preventiva especial positiva, por intermédio da mudança moral do próprio condenado, em que o trabalho se destaca para a sua ressocialização.

Não se nega a influência da obra de Beccaria para a construção do direito penal atual e seus reflexos na execução da pena privativa de liberdade. Todavia, não se pode descuidar da análise crítica quanto ao contexto histórico em que as ideias encartadas na obra “Dos Delitos e das Penas” foram apresentadas, para assim verificar como, ainda hoje, ocorre, sob a ótica do liberalismo, a defesa da pena de prisão, sua finalidade ressocializadora e, mais recentemente, a privatização de presídios.

Foucault observava com razão, já no século XX, uma nova arte de governar, que consiste em governar o menos possível. Desse modo, restaria uma limitação interna do poder do Estado, surgida em meados do século XVIII, Século das Luzes, idade da razão, berço do iluminismo, época em que Beccaria apresentou suas ideias humanitárias para as penas.

¹⁶ Idem. Ibid., p. 53.

¹⁷ “Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas” (BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 68-69).

¹⁸ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 69.

¹⁹ Idem. Ibid., p. 101.

O mercado, que antes era regulado, passou a se autorregular; o controle dos preços e dos produtos passou a se basear na lei da oferta e da procura. Noutras palavras, o mercado passou a funcionar por intermédio de mecanismos naturais. Nascia o liberalismo clássico²⁰.

Nessa concepção de Estado mínimo, a atuação governamental limitava-se à utilidade da sua intervenção, e aí se impunha responder, antes de qualquer ação estatal, se esta era útil e dentro de qual limite se poderia ser inútil; enfim, esta era a questão do utilitarismo²¹.

O governo, nesta nova arte de governar, manipulava interesses, o que nos permite compreender melhor o que permeava a pensamento jurídico penal de Beccaria no século XVIII. Nesse passo, Foucault enfatiza:

Mais precisamente, podemos dizer o seguinte: os interesses são, no fundo, aquilo por intermédio do que o governo pode agir sobre todas estas coisas que são, para ele, os indivíduos, os atos, as palavras, as riquezas, os recursos, a propriedade, os direitos, etc.²².

Beccaria, além de jurista, era economista e conhecia bem a nova arte de governar do século XVIII, fundada na intervenção mínima do Estado, característica do liberalismo nascente, teoria política por ele defendida. Assim, ao formular seus princípios de humanidade, suavidade e moderação das penas, tomou em consideração os interesses liberais, como criticou Foucault: “isso não se refere a alguma mudança na sensibilidade das pessoas”²³, mas sim a mudança de interesses. Diante de um indivíduo criminoso, o soberano detinha o poder de puni-lo, até mesmo com a morte. A opção era movida por um interesse: Interessa punir? Que interesse há em punir? Que forma a punição deve ter para que seja interessante para a sociedade? Interessa supliciar ou o que interessa é reeducar? E reeducar como? Até que ponto? Quanto vai custar?²⁴

1.1.1 O Sentido comum teórico da prevenção especial positiva, a partir de Beccaria

A obra de Beccaria, de forte apelo humanitário, ao fim e ao cabo, atendia a um ideal liberal, que influenciou fortemente o pensamento jurídico em todo mundo, forjando a finalidade preventiva especial positiva da pena pela ressocialização do apenado. Isso se deu a partir da construção de um “sentido comum teórico”, expressão cunhada por Luís Alberto

²⁰ FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 39-44.

²¹ “O utilitarismo é uma tecnologia do governo, assim como o direito público era, na época da razão de Estado, a forma de reflexão ou, se quiserem, a tecnologia jurídica com a qual se procurava limitar a linha de tendência indefinida da razão de Estado” (FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 56).

²² FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 61.

²³ Idem. Ibid., p. 63.

²⁴ Idem., p. 63.

Warat, que noutras palavras legitima “uma doxa dissimulada como episteme”²⁵, dando azo a uma produção de verdades jurídicas que se consolida pela práxis.

Mas, como se forma um senso ou sentido comum teórico dos juristas? O discurso de poder utilizado pelo Estado e suas instituições censura e manipula o imaginário dos sujeitos, produzindo uma subjetividade coletiva, um modo de pensar acrítico, construído a partir de uma cultura oficial que implanta um programa de verdades jurídicas. Assim funciona o discurso jurídico-penal que, embora se demonstre empiricamente falso, se mantém porque soa verdadeiro no imaginário coletivo social ²⁶.

O discurso jurídico-penal oficial é produzido por aqueles que pertencem à comunidade jurídica ligada ao poder político, que manipula interesses para legitimar o sistema penal e assim mantê-lo. Uma vez produzidas as verdades jurídicas, estas são assimiladas pelos juristas, que funcionam como meros consumidores dos modos de semiotização do Direito e emissores destas verdades. Assim, está formado o “sentido comum teórico dos juristas”²⁷, que propagou a ideia de que a pena privativa de liberdade tem finalidade preventiva especial e se presta para a ressocialização do apenado, especialmente por intermédio do trabalho, passando este a ser um dever do preso condenado²⁸.

A crença pela ressocialização do apenado se converteu em episteme e se irradiou na lei²⁹, doutrina³⁰, jurisprudência³¹ e diplomas internacionais³², acolhidos pelo direito interno

²⁵ WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 2002. p. 75.

²⁶ WARAT, Luís Alberto. Op. cit., p. 76.

²⁷ Neste sentido, a verdade é sempre uma palavra do Estado. Ele exerce sobre as verdades uma tutela sutil, latente, não declarada, da qual é muito difícil escapar. Estamos falando, com outras palavras, do sistema de produção da subjetividade científica. Analisando, há alguns anos, estes mesmos problemas, para o caso específico da produção das verdades jurídicas chamei de “sentido comum teórico dos juristas” ao sistema de produção da subjetividade que coloca os juristas na posição de meros consumidores dos modos instituídos da semiotização jurídica (WARAT, Luís Alberto. Op. cit. 2002. p. 69).

²⁸ Art. 31, da Lei de Execução Penal: “O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade”. (BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015).

²⁹ A Lei de Execução Penal (7210/84) no seu art. 1º declara que a execução penal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. No art. 28 informa que o trabalho do condenado tem finalidade educativa e produtiva, para no art. 31 dizer que o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

³⁰ Em MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 9: “O trabalho nas prisões tem como finalidade alcançar a reinserção social do condenado”; Em MOSSIN, Heráclito Antônio. **Execução Penal: aspectos processuais**. São Paulo: JH Mizuno, 2011. p. 16: “[...] a sanção penal não pode, exclusivamente, ter o caráter retributivo, aflitivo e preventivo, mas também de reeducação. De ressocialização. Se isso não ocorrer, a reprimenda legal perde sua função pedagógica”; Em ISHIDA, Válder Kenji. **Prática jurídica de execução penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20: “Princípio reeducativo: A execução penal possui como escopo a ressocialização do sentenciado, com vistas à sua readaptação ao seio familiar, empregatício e social”; Em MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 18: “Fazer executar a sanção penal judicialmente imposta, sem descuidar da imprescindível socialização ou

dos países signatários, espalhando-se pelo mundo o senso comum teórico de que a prisão se justifica e se legitima na medida em que também tem como finalidade a reabilitação do condenado, o que se mostrará adiante como um discurso oficial falso.

Uma vez que a ressocialização por intermédio do discurso oficial foi assimilada como finalidade preventiva especial positiva da pena, para a quase unanimidade dos juristas, pensar diferente é transformar-se numa espécie de *outsider*³³ teórico. A consolidação da fala oficial em torno da ressocialização endereça o debate para o trabalho prisional como ferramenta essencial neste processo de docilização do apenado, que se vê frustrado pela falta de oportunidades nos cárceres do Estado, os presídios oficiais.

Neste ponto, já que esta pesquisa pretende estudar a compatibilidade, ou não, da privatização de presídios com o Estado Democrático de Direito, para se justificar a proposta para a satisfação da finalidade preventiva especial positiva, não há como deixarmos de analisar as teorias da pena para reconhecermos, ou não, a legitimação do sistema penal e das penas privativas de liberdade como hábeis, ou não, para prevenir delitos.

1.2 TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA: DA RETRIBUIÇÃO À RESSOCIALIZAÇÃO

São várias as doutrinas que tentam justificar e legitimar a pena. Nesta pesquisa, se dará maior ênfase à análise da finalidade preventiva especial positiva, na aposta da ressocialização do apenado, sem se descuidar do estudo das teorias mais importantes que procuram explicar as funções da pena. Tais estudos se apresentam necessários para, mais adiante, se perquirir

ressocialização, com vistas à reinserção social, constitui, em síntese, os objetivos visados pela lei de execução penal”.

³¹ A jurisprudência dos Tribunais brasileiros consolida este senso comum teórico que acredita e faz acreditar na “ressocialização” do apenado pelo trabalho, justificando desta forma a finalidade de prevenção especial positiva da pena. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 110605. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011. Processo eletrônico DJe-081 Divulg 25-04-2012 Public 26-04-2012). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000187168&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

³² A Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como “O pacto de San José da Costa Rica”, ratificada no Brasil em 25 de setembro de 1992, no capítulo dedicado aos direitos civis e políticos – art. 5.6, preconiza que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. Nesta esteira de entendimento e normatividade jurídica internacional estão as “Regras Mínimas de Tratamento de Reclusos”, adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 CI (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977, assegura no art. 71.2 que “Todos os presos condenados deverão trabalhar, em conformidade com as suas aptidões física e mental, de acordo com a determinação do médico”.

³³ “Estranho, intruso, estrangeiro” (DICIONÁRIO Michaelis Online Disponível em:<<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em 10 mar. 2015. não paginado).

quanto à legitimação ou deslegitimação do sistema punitivo e se, de fato, o sistema penal e as penas alcançam as finalidades prometidas no discurso oficial, que vão ter seus reflexos no argumento para a privatização de presídios. Isso porque, no dizer acertado de Gomes, as funções que a pena efetivamente desempenham não são necessariamente as mesmas declaradas pelo ordenamento jurídico³⁴.

Ademais, a questão não está adstrita ao dilema: que função efetivamente cumpre a pena e que função deveria cumprir? Ela vai além para analisar, por exemplo, se: ainda que fosse alcançada a finalidade ressocializadora da pena, a privatização de presídios com este fim é compatível ou não com o Estado Democrático de Direito?

Pois bem, as teorias que se esforçam em atribuir finalidades à pena, para assim legitimar a intervenção penal sobre o indivíduo que violou a norma, foram separadas em duas correntes: teorias absolutas e teorias relativas, ambas com acentuados pontos divergentes, que fizeram surgir uma terceira corrente denominada teoria eclética, que conjuga aspectos das duas anteriores, tudo na tentativa de superar incongruências e salvar a legitimidade do sistema punitivo.

1.2.1 Teorias absolutas

Pelas teorias absolutas, desenvolvidas a partir da segunda metade do Século XVIII, a culpa do autor do delito deve ser compensada com uma pena. Por esta teoria não se tem nenhuma perspectiva preventiva, não se olha para o futuro; a ideia é a retribuição moral pelo fato cometido no passado. Nas palavras de Moreno³⁵:

as teorias absolutas da pena devem seu nome ao contemplar a mesma como uma exigência absoluta e inevitável de justiça, para quem cometeu o fato delitivo de maneira culpável. A pena se impõe porque se delinuiu, como uma exigência de justiça.

Não se esperam da pena outros fins, se não a retribuição, que implica uma restrição a um bem jurídico do autor do delito, que pode alcançar o patrimônio, a liberdade ou mesmo a

³⁴ GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 59.

³⁵ El por qué y el para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena). Cuadernos “Bartolomé de las casas”: “Las teorías absolutas de la pena deben su nombre a que contemplan a la misma como una exigencia <absoluta> e ineludible de la justicia, hacia quien ha cometido el hecho delictivo de manera culpable. La pena se impone pues, porque se ha delinquido (*punitur quia peccatum est*), como una exigencia de la justicia.”. (MORENO, Abraham Castro. El por qué y el para qué de las. Cuadernos “Bartolomé de las casas. (tradução nossa, 2008, p. 15).

vida³⁶. É a compensação do mal do crime pelo mal da sanção, por isso também são chamadas de teorias retributivas.

A concepção da pena como retribuição do mal cometido pelo agente do delito tinha forte relação com o Estado teocrático, que considerava que aquele que praticava o crime assim o fazia contra o soberano e contra o próprio Deus, daí a necessidade de se redimir do pecado por meio da pena. Aqui, temos uma concepção própria do Estado Absolutista. Por outro lado, o modelo retributivo também se identificava com o Estado liberal, na medida em que sendo o homem dotado de liberdade e autodeterminação, a pena a ele imposta não poderia ter outra finalidade se não a de realizar justiça, visto que atribuir a pena função preventiva seria uma intromissão do Estado na esfera individual da pessoa, pois afetaria seus direitos fundamentais e sua própria dignidade humana³⁷.

Dentre os teóricos das penas retributivas, apontam-se como expoentes: Immanuel Kant, que desenvolveu a teoria da retribuição moral ou ética; e George Wilhelm Friedrich Hegel, criador da teoria da retribuição lógico-jurídica.

Immanuel Kant (1724-1804), na última quadra do século XVIII, em 1797, na obra “A metafísica dos Costumes”, defende, conforme observa Moreno³⁸, que “a pena se deve entender como imperativo categórico derivado da realização do fato culpável, porque é uma exigência absoluta de justiça que o mal causado pelo delito não fique sem castigo, de modo que o culpado deve encontrar na pena o que merece”³⁹.

Para Kant, o homem, pela sua própria natureza, é dotado de vontade e liberdade, e por livre-arbítrio, pode optar entre comportar-se conforme a norma penal ou violá-la. Se o homem resolver cometer o delito, por justiça, sofrerá a pena da qual ele próprio se fez merecedor, por fazer mau uso da sua liberdade. Portanto, a pena funciona como uma compensação, uma retribuição ética decorrente da culpabilidade do sujeito pelo mal causado e não teria qualquer finalidade social⁴⁰ de intimidação, inocuição ou ressocialização.

O retribucionismo kantiano não via na pena qualquer consequência externa a ela própria, ainda que apresentasse efeitos secundários positivos, para fins de garantir a boa convivência entre os homens. O que se exigia era que a pena fosse justa, na medida em que correspondesse proporcionalmente à gravidade do delito cometido: a lei do talião⁴¹.

³⁶ GOMES, Marcus Alan de Melo. Op. cit., p. 62.

³⁷ GOMES, Marcus Alan de Melo. Op. cit., p. 63.

³⁸ Catedrático de Direito Penal da Universidade Carlos III de Madri.

³⁹ MORENO, Abraham Castro. Op. cit., (tradução nossa, p. 21).

⁴⁰ GOMES, Marcus Alan de Melo. Op. cit., p. 68.

⁴¹ Idem. Ibid., p. 69.

A teoria retributiva de Hegel (lógico-jurídica), muito embora não considerasse a pena como uma consequência do desvalor moral da norma por parte do agente do delito, como queria Kant, se fundava no mesmo princípio: fazer justiça sem pretender qualquer finalidade utilitária. Entretanto, utilizava a pena para restabelecer o direito e não como uma retribuição moral, compensatória do mal pelo mal. Para Hegel, o delito é a negação do direito, porque a ele se contrapõe, de onde deriva a finalidade da pena como negação da negação do direito, para assim restabelecê-lo. No dizer de Gomes:

para a concepção Hegeliana, a pena atende a uma exigência da razão, é uma necessidade lógica, explicada por um processo dialético intrínseco à própria ideia de direito: o delito representa uma violência ao direito, que é anulada por uma violência posterior, a pena⁴².

As concepções retribucionistas foram abandonadas em sua forma pura pelas legislações ocidentais⁴³, e isso se deu devido às fortes críticas por violar o princípio da dignidade humana, ao conceber a pena como mera retribuição, o mal pelo mal, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Mas não há como negar que as teorias retributivas tiveram seus pontos positivos. Contemporâneas ao nascimento do Estado liberal, em contraponto ao Estado absolutista, estabeleceu-se por intermédio da proporcionalidade entre a pena e mal causado, um limite à atuação penal do Estado, que até ali impunha penas desumanas e abusivas⁴⁴. A proporcionalidade entre crime e castigo no direito penal moderno tem força de princípio, o que é um mérito das teorias absolutas.

1.2.2 Teorias relativas

As teorias relativas defendem que a pena deve ser aplicada para que o agente não volte a delinquir, daí porque também são chamadas de teorias preventivas ou utilitárias da pena, diferentemente das teorias absolutas, que visam na pena uma finalidade de mera retribuição pelo mal causado.

Como aduz Gomes, “o castigo é imposto para aquele que violou a norma penal ou para que os membros da sociedade se abstenham de delinquir. Em qualquer caso, a pena está orientada ao futuro (*Punitur ut ne peccetur*)”⁴⁵ e deve se prestar para prevenir delitos, seja

⁴² GOMES, Marcus Alan de Melo. Op. cit., p.71.

⁴³ Idem. Ibid., p.74.

⁴⁴ Idem. p. 74.

⁴⁵ Idem., 78.

isolando o infrator, ressocializando-o ou intimidando pelo exemplo do que sofre a pena os demais cidadãos, seja reforçando o valor da norma penal.

Moreno, na mesma direção, explica:

que as teorias relativas da pena buscam uma finalidade social ou individual. Para elas, a pena se justifica por sua necessidade para prevenir novos delitos, por isso só deve ser aplicada quando necessária para cumprir tal fim, ao contrário seria uma imposição inútil, expressão de tirania e de vingança injustificada⁴⁶.

A finalidade social seria alcançada quando, por meio da ameaça de imposição da pena e sua execução, a comunidade se abstivesse de cometer delitos previamente tipificados na norma penal, aquelas condutas que fazem parte da matriz do sistema penal, dotadas de generalidade, daí o porquê de se falar em prevenção geral.

Noutro giro, a finalidade individual ou prevenção especial é aquela que a pena deve realizar em relação direta com o agente do delito, ou para inocuizar ou para ressocializar, de sorte que estando a legitimação da pena e do sistema punitivo ancoradas nas finalidades preventivas, geral e especial, negar estas finalidades equivaleria a dizer que a pena não tem qualquer fim útil. Ao contrário senso, ela justifica o direito penal, as prisões e o sistema punitivo, com todos os seus esforços para o alcance destes desideratos, inclusive a privatização de presídios, como se analisará adiante.

Importante analisar as vertentes positiva e negativa da prevenção geral e especial, a fim de que, com maior clareza, se possa tratar da legitimação ou não do direito penal, e da privatização de presídios, como justificativa para o êxito da ressocialização do apenado no Estado Democrático de Direito.

A prevenção geral, em sua vertente positiva, induziria os cidadãos a respeitarem as leis, enquanto na vertente negativa, por meio do exemplo, teria o condão de afastar os cidadãos da senda do crime⁴⁷. A lógica é a da intimidação, para evitar os delitos (prevenção geral negativa), e a do respeito que se deve ter para com a lei (prevenção geral positiva).

Uma primeira crítica que se faz à prevenção geral é quanto aos riscos de que, na ânsia de intimidar, ampliem-se os tipos penais e se instale o terror estatal. A segunda crítica está em se utilizar o homem como meio para o alcance de um fim: o de evitar o crime, o que fere a dignidade humana por transformar o indivíduo em mero objeto.

⁴⁶ MORENO, Abraham Castro. Op. cit., (tradução nossa, p. 21).

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244-249.

Já quando se fala em prevenção especial, a atenção se volta para o indivíduo que cometeu o delito. A prevenção especial atua de três formas: a segregação, que protege a comunidade do criminoso; a intimidação do delinquente por meio da prisão, para que ele não cometa mais crimes (prevenção especial negativa); e a ressocialização, que pretende corrigir o criminoso, evitando assim a reincidência (prevenção especial positiva). É nessa última vertente que esta pesquisa irá aprofundar-se para analisar a ressocialização, por intermédio do trabalho no cárcere em tempos neoliberais.

As finalidades declaradas da pena propagadas pelo discurso oficial legitimam o sistema punitivo, e têm seus influxos na sua forma de execução, seja na esfera judicial, seja no âmbito da administração prisional.

1.3 A RESSOCIALIZAÇÃO E A CRÍTICA DE FERRAJOLI

Não são poucos os teóricos do direito penal que veem na pena uma finalidade preventiva de delitos e assim legitimam o sistema punitivo. Mas, para esta pesquisa, o pensamento de Ferrajoli⁴⁸ tem maior relevo, porque, no que pese sua visão positivista e legitimadora do direito e do sistema penal, é um crítico exponencial da finalidade preventiva especial positiva ou função ressocializadora da pena, o que certamente vai formar um caminho mais seguro para se chegar a uma conclusão da incompatibilidade, ou não, da privatização de presídios no Estado Democrático de Direito, tendo como justificativa a ressocialização do apenado pelo trabalho.

A prevenção especial positiva, como aduz Ferrajoli, faz parte das doutrinas justificacionistas do direito penal, as quais se opõem às abolicionistas, que não veem neste mesmo ramo do direito nenhuma razão de existir e que por isso deve ser eliminado. Sendo assim, a finalidade preventiva da pena, em todas as suas vertentes, tem um cunho utilitarista, visto que ela é meio para se alcançar um fim. Nessa visão, a pena não se destina a remediar o mal passado, mas a propiciar o bem no futuro, evitando-se o cometimento de novos crimes.

Hobbes⁴⁹ ao afirmar que “[...] não é lícito infligir penas senão com o objetivo de corrigir o pecador ou de melhorar os outros valendo-se da advertência da pena imposta [...]”, evidenciava que na idade moderna, com os iluministas, a pena era compreendida também como meio para emendar a pessoa.

⁴⁸ Jurista italiano e um dos principais teóricos do garantismo penal. Autor de várias obras, dentre elas “Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal”.

⁴⁹ Hobbes, citado por FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 241-242.

A reforma penal inaugurada no iluminismo, no qual Beccaria construiu sua doutrina, tinha no utilitarismo os seus fundamentos, como já mencionado. Ocorre que o utilitarismo tem suas facetas, e no dizer de Ferrajoli, é ambivalente, ou seja, apresenta uma versão que atende aos governantes – as razões de Estado –, chamada de *ex parti principis*, que se traduz em modelos de direito penal máximo, com tendências inquisitoriais pelas quais “os fins justificam os meios”, e a versão *ex parti populi*, que se dirige ao bem estar dos governados, apta a forjar modelos de direito penal mínimo e garantista⁵⁰.

No entanto, para Ferrajoli, mesmo o utilitarismo voltado para o bem estar dos governados é uma doutrina ambivalente, podendo visar, de um lado, à utilidade que garanta a máxima segurança social à maioria não desviante e, de outro, o mínimo sofrimento à minoria desviada⁵¹. Daí surge a questão: a quem a utilidade da tutela penal tem como destinatário? A maioria não desviante ou a minoria desviada? Tudo é uma questão de interesse.

A nova razão governamental nascida com o Estado liberal, ainda no Século XVIII, manipulava interesses, o que ainda se projeta em nossos dias⁵². Conforme ressaltava Foucault, o Estado liberal agia mediante e para proteger interesses, que são os critérios de utilidade eleitos em determinado momento político e histórico. Nesse sentido, a escolha para atender aos interesses da maioria não desviante ou da minoria desviada é política e não jurídica⁵³. A opção pelo aprisionamento em massa, que vai impulsionar a privatização de unidades prisionais, também é movida por interesses políticos-liberais, próprios do capitalismo.

O sistema punitivo brasileiro, no seu discurso declarado, ressalta na prevenção especial positiva sua maior finalidade, daí o porquê de todos os direitos dos apenados – que a maioria da doutrina e jurisprudência insiste denominar de “benefícios” – só se alcançam com o “bom comportamento” carcerário, ainda que satisfeito o requisito objetivo (tempo de pena cumprida). E para o sistema, “bom comportamento” tem o preso que trabalha, estuda e assimila bem a disciplina do cárcere. É aquele apenado que dá sinais que está se reeducando, o que destoa do que defende a criminologia crítica, com razão, de que todo sistema punitivo tem como função real o controle social.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 242.

⁵¹ Idem. Ibid., p. 243.

⁵² FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Tradução: Eduardo Brandão. Coleção Tópicos. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 62.

⁵³ A partir da nova razão governamental – e é esse o ponto de deslocamento entre a antiga e a nova, entre a razão de Estado e a razão de Estado mínimo –, a partir de então o governo já não precisa intervir, já não age diretamente sobre as coisas e sobre as pessoas, só pode agir, só está legitimado, fundado em direito e em razão para intervir na medida em que o interesse, os interesses, os jogos de interesses tornam determinado indivíduo ou determinada coisa, determinado bem ou determinada riqueza, ou determinado processo, de certo interesse para os indivíduos, ou para o conjunto de indivíduos, ou para os interesses de determinado indivíduo confrontados ao interesse de todos, etc. O governo só se interessa pelos interesses (FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 62).

Se por um lado o utilitarismo representa interesses, e se estes interesses se destinam às ações do Estado para a maioria não desviante – os “cidadãos de bem” –, as finalidades das penas devem garantir a segurança da sociedade, o que pode levar a um modelo de direito penal máximo, com o estabelecimento de penas mais severas, inflação legislativa penal, encarceramento em massa e superlotação carcerária, com todos seus reflexos.

Por outro norte, se os interesses estão voltados para minoria desviada – os infratores da norma penal –, a estes se impõe o mínimo de constrição e sofrimento possível, ou seja, determinam-se limites ao direito penal.

Forçoso concordar com Ferrajoli que a tradição penal utilitarista se amolda à versão que atende unicamente aos interesses da maioria constituída pelos não desviantes⁵⁴, aqueles não alcançados pelo direito penal – o que se torna bem mais evidente na penalização secundária, assim entendida, conforme Baratta, como “o mecanismo da aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo”⁵⁵ – na medida em que a seletividade penal atinge predominantemente as classes subalternas da sociedade.

Beccaria⁵⁶ adotava esta política utilitarista quando escreveu na obra “Dos delitos e das penas”, no Século XVIII, que as ações da sociedade deveriam ter uma finalidade única: “todo o bem-estar possível para a maioria”. Esta teoria ainda se verifica válida nos tempos de hoje, com a manutenção do modelo de direito penal sustentado na prevenção geral e especial, a primeira com foco em todos os cidadãos e a segunda orientada para a pessoa do delinquente.

Ferrajoli deixa claro que não adota o abolicionismo do direito penal, senão o gradual abolicionismo da pena carcerária⁵⁷. Ele defende e legitima um direito penal mínimo sustentado por sua teoria do garantismo penal. Como positivista, é um dos mais contundentes críticos da finalidade preventiva especial positiva da pena, por esta confundir direito e moral, legitimação externa e legitimação interna, justiça e validade, quando ele defende a cisão entre estas dualidades.

Concordamos com as críticas do professor italiano, com relação à finalidade ressocializadora da pena, não pelo fato da cisão que entende necessária entre direito e moral, por ser inegável a influência da moralidade, que impregna os princípios constitucionais⁵⁸, mas

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 244.

⁵⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro. Revan, 2011. p. 161.

⁵⁶ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 16.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 23.

⁵⁸ PINHO, Ana Cláudia Basto de. *Para além do garantismo*: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 49.

pela nítida contradição da prevenção especial positiva com os princípios e normas que regem o Estado Democrático de Direito, conforme será tratado mais adiante.

Ferrajoli aponta três teorias da prevenção especial: as doutrinas moralistas da emenda, da defesa social e da diferenciação da pena, todas orientadas não para os fatos, crimes ou ações delitivas, mas sim voltadas para o réu, para os autores e características pessoais do delinquente. Estas doutrinas utilizam-se do direito penal para, além de prevenir delitos, transformar as pessoas tidas como desviantes, na pretensão de torná-las melhores⁵⁹.

As doutrinas da emenda tinham uma visão pedagógica da pena, segundo as quais “os homens que delinquem podem não apenas serem punidos, mas, inclusive, serem obrigados pelo Estado a tornarem-se bons”⁶⁰. A referida doutrina orientava, na época medieval, que todo o direito canônico tinha uma visão espiritualista do homem.

Estas doutrinas chegaram ao Século XIX, segundo Ferrajoli, com vigor, reforçando que a finalidade da pena é a reeducação e recuperação moral do apenado⁶¹. De fato, esta concepção não foi abandonada nos séculos XX, nem tampouco no século XXI. O que se evidencia é que para o alcance de direitos em sede de execução penal exige-se a satisfação do requisito subjetivo do bom comportamento carcerário, além do *quantum* de pena cumprida (requisito objetivo). Não é raro exigir-se um parecer técnico de equipe psicossocial que deve atestar se o apenado mantém ou refez seus laços familiares, se manifesta interesse pelo trabalho e estudo, se está arrependido do delito que cometeu, se tem planos para o futuro e trabalho honesto a desempenhar quando sair do cárcere. Enfim, se está se ressocializando.

Por outro lado, as doutrinas terapêuticas da defesa social têm a finalidade dúplice de curar o condenado e, partindo do pressuposto que também é perigoso, segregá-lo. Por derradeiro, o projeto ressocializante da diferenciação das penas, desenvolvido por Franz Von Liszt (Programa de Marburgo de 1882), criou um modelo correcionalista de direito penal, que diferenciava os instrumentos punitivos de acordo com a personalidade do réu no caso concreto. Tal modelo baseava-se na “ressocialização”, “neutralização” e “intimidação”, aplicáveis a cada tipo de delinquente, se “adaptáveis”, “inadaptáveis” ou “ocasionais”. Ou seja, Liszt propôs uma diferenciação da punição segundo o tipo e sua extensão: para os “adaptáveis” a “ressocialização”; para os “inadaptáveis” a “neutralização”; e para os “ocasionais” a “intimidação”⁶².

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 246-247.

⁶⁰ Idem. Ibid., p. 247.

⁶¹ Idem., p. 248.

⁶² Idem., p. 248 - 250.

Note que o traço em comum das três orientações citadas – emenda, defesa social e diferenciação penal – é o delito como patologia, seja moral, social ou natural, e a pena tida como solução por intermédio da cura ou da neutralização. Se de um lado as doutrinas da emenda veem no apenado um pecador que deve ser tratado coercitivamente, por outro, as de defesa social confundem o apenado com um doente que precisa de cura ou ser eliminado. O certo é que estas orientações consideram mais a pessoa do delinquente do que o fato delituoso, forjando modelos de direito penal máximo. Estas teorias de prevenção especial, na visão de Ferrajoli, apresentam-se violadoras da dignidade humana, sendo incompatíveis com o Estado Democrático de Direito⁶³.

Ferrajoli nos fala de um “Estado pedagogo, tutor ou terapeuta”⁶⁴, um Estado que, por intermédio de um discurso de legitimação do sistema penal, impõe ao apenado um ônus que se soma à privação da liberdade, na forma de “tratamento”, “reeducação” e “reconstrução” moral do apenado com base nos valores dominantes da sociedade. Segundo ele:

A pena, com efeito, assume a forma de tratamento diferenciado, que visa à transformação ou à neutralização da personalidade do condenado – não importando se com o auxílio do padre ou do psiquiatra - mediante sua reeducação aos valores dominantes ou, o que é pior, sua alteração por meio de medicamentos. Via de conseqüência, resolve-se, na medida em que o tratamento não é partilhado com o condenado, em uma aflição adicional à sua reclusão, e, mais precisamente, em uma lesão da sua liberdade moral ou interior que se soma a uma lesão da liberdade física ou exterior, própria da pena detentiva⁶⁵.

Segundo Ferrajoli, a finalidade ressocializadora da pena não se sustenta e é facilmente contestável, primeiro por que é aplicável somente à pena de prisão, o que lhe retira o caráter de justificação da pena em geral; segundo, e mais contundente, é que o fim ressocializador não é realizável, seja por que nossas prisões são locais de incentivo ao crime, seja pela incompatibilidade intransponível da repressão com a educação⁶⁶. Portanto, do ambiente carcerário só se pode esperar, quando muito, que seja o menos possível dessocializante, pois na realidade brasileira o que se constata é uma “eficácia invertida”⁶⁷ do sistema punitivo, que ao invés de atender as promessas de proteção de bens jurídicos, prevenção de delitos e da criminalidade, viola a dignidade humana da pessoa encarcerada, reproduzindo violência e

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p.51-252.

⁶⁴ Idem. Ibid., p. 252.

⁶⁵ Idem., p. 252.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 253.

⁶⁷ ANDRADE, Vera Regina. Política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista - garantista. In: BATISTA, Vera Malaguti.(Org.). Lóic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. Rio de Janeiro: Revan, 2012b. p. 285.

favorecendo um ciclo ampliativo de delinquência e de encarceramento em massa, com elevados índices de reincidência.

No que pese as críticas de Ferrajoli, o senso comum teórico dos juristas sustenta a finalidade ressocializadora da pena, a qual consta expressamente até em diplomas internacionais de direitos humanos, como o Pacto de San José da Costa Rica, que, no capítulo dedicado aos direitos civis e políticos, em seu art. 5.6, preconiza que as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

A pena carcerária enquanto finalidade disciplinar e de adestramento compulsório, revela sua ambivalência: de um lado, impõe uma quantidade de tempo de privação de liberdade; de outro, impõe ou tenta impor ao condenado os valores dominantes, especialmente em relação ao trabalho, que passa a ser um dever. Tal entendimento nos remete à disciplina da fábrica de Jeremy Bentham, como lembra Ferrajoli⁶⁸.

As críticas de Ferrajoli à prevenção especial positiva da pena – a ressocialização – são muito intensas e providas, ao nosso juízo, de grande pertinência. Para ele, o que se deve esperar da pena é unicamente que ela não perverta, que não desedue, que não corrompa, que não torne pior a pessoa presa, excluindo-se a finalidade de reeducar, corrigir ou tornar melhor o condenado. Ele defende o trabalho no cárcere, desde que não obrigatório, no que o acompanhamos, porquanto a pena privativa de liberdade não atinge, ou não deveria atingir o livre arbítrio do apenado, para impor-lhe um trabalho, senão ofertá-lo, para que, querendo, o realize. Segundo o professor:

Mas para tal fim não há necessidade de atividade específicas diferenciadas e personalizadas. É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho – não obrigatório, senão facultativo⁶⁹.

A teoria do garantismo penal, cunhada por Ferrajoli, no que pese legitimar a pena e o direito penal, não reconhece a finalidade preventiva especial positiva como aceitável em um Estado Democrático de Direito, exatamente por violar princípios básicos como a dignidade humana, autodeterminação e liberdade de consciência da pessoa, não podendo o sistema punitivo, invadindo a esfera individual e íntima do preso, impor-lhe valores dominantes de

⁶⁸ Basta que recordemos o Panopticon de Jeremy Bentham, fundado na vigilância total e, de outra parte, o “lado econômico da jurisdição penal” e da recuperação social do réu para a produção capitalista, sublinhado pelo maestro de Liszt, Rudolph Von Jhering: Para cada delinquente executado o Estado se priva de um de seus membros; para cada delinquente encarcerado, o Estado paralisa uma força laborativa (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 254).

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 365.

determinada sociedade, a pretexto de melhorá-lo. Esta teoria se amolda ao pensamento de John Stuart Mill, citado por Ferrajoli, quando disse: “sobre si próprio, sobre sua mente, o indivíduo é soberano”⁷⁰.

Pelo sistema garantista, o direito penal deve perseguir duas finalidades: uma de prevenir delitos e outra de evitar as penas informais⁷¹. Ferrajoli reconhece que a pena privativa de liberdade já não é mais idônea por não satisfazer nenhuma destas razões⁷², e defende sua abolição integral a longo prazo, e a curto prazo uma redução importante do seu tempo de duração⁷³. Ademais, rejeita a função ressocializadora da pena, e neste ponto deslegitima o direito penal. Este é um aspecto relevante para esta pesquisa, uma vez que o argumento da ressocialização pelo trabalho é forte para justificar a privatização de presídios.

Neste sentido, conforme assenta o professor italiano, o sistema garantista permite justificações de deslegitimações parciais, como a pena com finalidade ressocializadora. Para ele, nenhum sistema penal é, de primeira, justificado. Sua legitimidade dependerá do seu grau de aderência ao direito penal mínimo e garantista projetado. Ele alerta que “o projeto de abolição da prisão não se confunde com o projeto de abolição da pena”, pois esta deve continuar a existir, no entanto, com tipos menos aflitivos e mais eficazes⁷⁴.

Ferrajoli deslegitima a pena carcerária, muito embora ressalte que sua abolição deva se dar a longo prazo e, enquanto não aconteça, defende a redução da pena de prisão. No entanto, não admite a prevenção especial positiva, como já ressaltado, enquanto finalidade da pena, mas defende outras formas de penas que possam assegurar a prevenção de delitos, como a prisão domiciliar, a limitação de fim de semana, a semiliberdade, a liberdade vigiada e outras similares⁷⁵.

Feitas estas reflexões quanto à origem da pena como prevenção de delitos – produto do utilitarismo do modelo liberal em que a governança baseava-se em interesses – e a evolução da teoria da pena tendo como meta a ressocialização do apenado, rejeitada neste ponto pelo garantismo penal de Ferrajoli, passa-se a uma análise crítica da deslegitimação do discurso jurídico-penal, no contexto do estado neoliberal, que acaba por favorecer a

⁷⁰ Idem. Ibid., p. 253.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 308.

⁷² Sobre a prisão ressalta (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 379-380): A prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva. Por isso resulta tão justificada a superação ou, ao menos, uma drástica redução, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade, instituição cada vez mais carente de sentido, que produz um custo de sofrimentos não compensados por apreciáveis vantagens pra quem quer que seja.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 378-379.

⁷⁴ Idem. Ibid., p. 380.

⁷⁵ Idem. p. 383.

instituição de presídios privados, sob o argumento da maior eficácia para ressocialização do apenado.

2 DESLEGITIMAÇÃO E SELETIVIDADE DO SISTEMA PUNITIVO NO CONTEXTO NEOLIBERAL

A privação da liberdade é a pena por excelência do sistema punitivo no modelo capitalista neoliberal, fundamentando-se por intermédio do discurso legitimante de que a prisão tem finalidades de prevenção geral e especial e que inibe o cometimento de delitos pelo exemplo e respeito às leis. Ao mesmo tempo, neutraliza o indivíduo, assim evitando que cometa novos crimes, além de ressocializá-lo para o retorno à sociedade. Nessa perspectiva, o direito penal atua sob o pretexto de conter a criminalidade e proteger bens jurídicos eleitos como importantes para a sociedade.

No Brasil, verifica-se sem maior esforço, a contradição entre os discursos jurídico-penais legitimadores, fundamentados nas leis e na própria Constituição Federal, e a realidade operativa do sistema penal. De um lado, a Constituição Brasileira declara em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tutelando uma série de direitos e garantias individuais decorrentes do princípio basilar da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), vedando penas cruéis (art. 5º, XLVII,) e assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), além de garantir a individualização da pena (art. 5º, XLVI). Por outro lado, é notória a violação dos direitos fundamentais do preso, que se vê encarcerado em presídios sem qualquer condição de vida humana digna, com celas superlotadas, onde é comum a violência, a corrupção e a morte.

Assim como Manuel Iturralde⁷⁶, podemos afirmar que a prisão tem como principal finalidade a incapacitação dos setores ditos marginais da sociedade – os excluídos pelo modelo neoliberal – que opera de forma seletiva, encarcerando para tornar invisíveis os “problemáticos”, deixando de lado sua função reabilitadora⁷⁷.

2.1 PARA QUE SERVEM AS PENAS? A CRÍTICA DE ZAFFARONI AO DISCURSO JURÍDICO-PENAL E A DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO NA AMÉRICA LATINA

As finalidades declaradas do discurso jurídico-penal não conseguem ocultar a ineficácia do direito penal e da prisão, que para nada servem, senão para reproduzir violência

⁷⁶ Professor associado da Faculdade de Direito, Universidade de los Andes – Bogotá – Colômbia.

⁷⁷ BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *O governo neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global*. In: _____. **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. 170 p.

e segregar o infrator. Para Zaffaroni - e concordamos com ele - estas penas são perdidas, funcionam “como inflição de dor sem sentido”,⁷⁸ porquanto, não realizam a prevenção do delito, não protegem bens jurídicos e tampouco recuperam ou ressocializam alguém, fato este que dispensa comprovação.

Referindo-se aos discursos jurídico-penais na América Latina, Zaffaroni assevera: “achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade”⁷⁹. Isso porque a distância entre o “ser” e o “dever ser” em matéria penal é tão drasticamente evidente que é perceptível no cotejo direto entre o discurso oficial e os fatos cotidianamente observados nos presídios brasileiros.

A incoerência do discurso jurídico-penal pela falta de racionalidade não permite que nenhuma de suas funções declaradas se realize, reforçando a deslegitimação do sistema penal, que se evidencia pela simples análise fática da realidade, desde a atuação das agências executivas, em especial a da polícia, até a execução da pena, que se dá em um aparelhamento carcerário permeado pela violência, corrupção, maus-tratos e toda a sorte de violações aos direitos humanos. Nessa esteira, Zaffaroni aponta que a “deslegitimação do sistema penal é resultante da evidência dos próprios fatos”,⁸⁰ e isso nos parece incontestável.

Entretanto, não são poucos os que negam a deslegitimação do sistema penal, afirmando que os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal do Brasil possuem um caráter programático. Noutras palavras, é um “dever ser” que pretende um dia vir a “ser”. Contudo, o “dever ser” não pode se transformar em um muro intransponível de legitimação, escondendo um “ser” que jamais possa se realizar.

O Brasil erigiu a dignidade da pessoa humana como valor fundamental. Todavia, no sistema prisional brasileiro é violada a cada instante em todos os quadrantes do país, o que faz deste princípio-fundamento uma mera promessa que não fornece qualquer sinal de que possa vir a ser cumprida.

Pensar um “dever ser” como uma utopia irrealizável é assumir uma função simbólica para a Constituição Federal. Para Zaffaroni, o discurso jurídico-penal não pode “refugiar-se ou isolar-se no “dever ser” porque para que esse “dever ser” seja um “ser que ainda não é”, deve-se considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-se em um ser que

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991; 2001. p. 12.

⁷⁹ idem., *ibid.*, p. 12.

⁸⁰ idem., *ibid.*, p. 67.

jamais será, isto é, em um embuste.”⁸¹ Desta forma, o discurso jurídico-penal revela-se falso, um engodo, porquanto irrealizável.

O direito penal é a matriz do sistema penal, nele estão planificadas as condutas configuradoras dos crimes escolhidos pelas agências legislativas, o “dever ser”. Nesta fase, o legislador tenta abarcar um número espetacular de hipóteses muitas vezes impulsionado pela comoção popular e pela mídia, comum na seara criminal, ou para dar uma resposta à sociedade quando incapaz de solucionar, de imediato, problemas como o da segurança pública e violência urbana.

Em sede legislativa é possível criminalizar condutas de trânsito, ambiental, societária, da área da informática e do sistema financeiro. Existe uma hiperinflação legislativa na criminalização primária⁸², e embora não escape aqui certo grau de seletividade, pode alcançar em tese qualquer um do povo, sem discriminação. Incide teoricamente sobre ricos e pobres, negros e brancos, não importando o bairro onde morem ou a posição social do infrator da norma penal.

Por outro ponto, as agências executivas e judiciais do sistema penal, não são capazes de suportar a demanda potencialmente criada pelas agências políticas. Aqui se mostra em parte a irracionalidade do sistema penal. Para Zaffaroni “as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado.”⁸³

Milhares de condutas planificadas pelas agências políticas são cometidas a cada segundo todos os dias, o que torna inimaginável que sejam todas detectadas e investigadas pelas agências de criminalização secundária⁸⁴, (incluindo a polícia e os juízes), que dispõem de limitada capacidade operacional. Conforme Zaffaroni “[...] se o sistema penal tivesse

⁸¹ Idem., *ibid.*, p. 19.

⁸² Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o deve ser apenado é um programa que deve ser cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. ZAFFARONI, Eugenio Raul, et al. **Direito penal brasileiro-I**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 43.

⁸³ ZAFFARONI, op., cit., p. 26.

⁸⁴ “[...]a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite o processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisionização).” (ZAFFARONI, et al. op. cit., p. 43).

realmente o poder criminalizante programado, provocaria uma catástrofe social”⁸⁵, pois teríamos a maioria da população respondendo a processo-crime.

Diante da impossibilidade de que todas as infrações planejadas pelas agências legislativas sejam apuradas pelas agências de criminalização secundária, a seletividade se impõe e recai normalmente sobre os grupos mais vulneráveis. Cabe às agências executivas, especialmente a polícia, exercer este papel de selecionar aqueles que serão investigados e encaminhados às agências judiciais, que representam uma parcela insignificante dos que violaram as normas incriminadoras. Os poucos que são alcançados pelos tentáculos do sistema penal são decorrentes de fatos grotescos, cuja detecção é mais fácil, e as pessoas envolvidas, de regra, não causam problemas, por se encontrarem à margem do poder político, econômico e de comunicação em massa.⁸⁶

Assim, podemos dizer, acompanhando Andrade, que o sistema penal está planejado e estruturado para investigar e julgar uma pequena percentagem dos crimes cometidos, inferior a 10% (dez por cento), do que se pode concluir que a imunidade e impunidade não são disfunções do sistema, e sim regra de seu funcionamento.⁸⁷

Os meios de comunicação de massa, por seu turno, divulgam os delitos que chegam à criminalização secundária como sendo os únicos, e as pessoas alcançadas como os únicos delinquentes. Cria-se desta forma no imaginário coletivo um estereótipo do criminoso ligado aos componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e de aparência pessoal. Neste sentido, Zaffaroni explica que “o estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária.”⁸⁸ Isso explica o porquê das prisões estarem lotadas na sua maioria por pobres e negros de baixa escolaridade e posição social.

Para Zaffaroni, o poder punitivo só atinge de modo muito excepcional alguém que está fora do estereótipo, como é o caso de quem era praticamente invulnerável ao sistema penal e por disputa de poder tornou-se vulnerável porque perdeu a cobertura,⁸⁹ sendo certo que esses casos raríssimos servem para camuflar a seletividade do sistema e para dar uma falsa ideia de que o mesmo é igualitário e alcança a todos indistintamente.⁹⁰

⁸⁵ ZAFFARONI, op. cit., p. 27.

⁸⁶ ZAFFARONI, et al. op. cit., p. 46.

⁸⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão**. Rio de Janeiro: Revan. 2012a. p. 139.

⁸⁸ ZAFFARONI, et al. cit., p. 46.

⁸⁹ idem., ibid., p. 49.

⁹⁰ Explica Zaffaroni “Os órgãos do sistema penal exercem seu poder militarizador e verticalizador-disciplinar, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou “diferentes”) mais incômodos ou significativos.” ZAFFARONI, op. cit., p. 23 – 24).

Zaffaroni afirma que o sistema penal na América Latina e, portanto, no Brasil, é notoriamente falso e sua deslegitimação deriva dos próprios fatos, dentre eles a morte, cujo número dentro do sistema penal aproxima-se e às vezes até ultrapassa os homicídios externos ao sistema.⁹¹

Já foi dito antes que o sistema penal é seletivo pela própria limitação operacional das agências de criminalização secundária, e que esta seletividade recai sobre os “estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa”⁹². Daí podemos concordar com Zaffaroni que o exercício de poder do sistema penal dirige-se “à contenção de grupos bem determinados e não à repressão do delito”⁹³, do que decorre mais um fator de deslegitimação, consistente na falsidade do discurso jurídico-penal que tenta dar à pena de prisão uma finalidade repressiva do crime, quando pequena parte deles, apenas os mais grotescos, é que são alcançados pelo sistema penal.

Outra função deslegitimante do sistema penal apontada por Zaffaroni advém da tese do interacionismo simbólico, a qual defende que somos aquilo que as pessoas veem em nós, ou seja, “[...] a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo.”⁹⁴ Noutro dizer, se alguém é estigmatizado de bandido perigoso, assim ele vai agir.

Por outra banda, a deslegitimação do discurso jurídico-penal evidencia-se pela flagrante violação dos direitos humanos, sejam os expressos na Constituição Brasileira a título de direitos fundamentais, sejam aqueles insculpidos em diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário, pelo que se pode afirmar, seguindo Zaffaroni, que “o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos.”⁹⁵

No capítulo seguinte se fará uma análise mais detida quanto aos dispositivos constitucionais e supralegais violados, mas já para firmar entendimento com Zaffaroni, essas violações decorrentes da seletividade e da superlotação carcerária são estruturais, ínsitas ao próprio sistema penal, coexistindo com ele, e não algo conjuntural, que possa ser superado.⁹⁶

⁹¹ Zaffaroni sobre o tema: “O número de mortes causadas por nossos sistemas penais, ao aproximar-se e, às vezes, superar o total de homicídios de “iniciativa privada;[...]a morte violenta direta nas prisões e entre o próprio pessoal de algumas agências executivas – tudo isso torna claro que a magnitude do fato morte, que caracteriza o exercício de poder de nossos sistemas penais (ZAFFARONI, op. cit., p. 39).

⁹² idem., ibid., p. 130.

⁹³ idem., ibid., p. 40.

⁹⁴ idem. ibid., p. 60.

⁹⁵ idem. ibid., p. 147.

⁹⁶ Ressalta Eugenio Raúl Zaffaroni na obra. (ZAFFARONI, op. cit., p. 147). **Em busca das penas perdidas** “[...]em nível de direitos humanos, a deslegitimação do sistema penal, além de demonstrar que nosso sistemas penais marginais violam os direitos humanos, revela que tais violações não provêm de nossos sistemas penais

Significa dizer que não há como conciliar sistema punitivo e dignidade humana, prisão com reinserção social, ressocialização com processo de reforma moral com sistema carcerário, já que não se trata de problemas transitórios, solúveis pelo incremento de recursos ou formas modernas de aprisionamento. Diz respeito à própria estrutura do sistema punitivo, que não abre mão da seletividade e do modelo político neoliberal, favorecendo o encarceramento em massa.

A deslegitimação da pena privativa de liberdade ocorre também porque não resolve os conflitos originados pelo delito, da feita que a vítima não é levada em consideração quando da intervenção penal pelo Estado. Conforme Zaffaroni, ao destacar dentre as razões apontadas para a deslegitimação do sistema punitivo, está “a total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal”.⁹⁷ Neste mesmo sentido, Ferrajoli, ao defender um direito penal mínimo, aponta como critério para subsistência da pena sua utilidade para evitar uma possível vingança, embora reconheça que as penas não resolvem os conflitos.⁹⁸

Neste ponto já podemos nos posicionar, acompanhando Zaffaroni, por uma teoria negativa ou agnóstica da pena: negativa por não conceber a mesma qualquer função positiva, e agnóstica por não se conhecer sua função.⁹⁹ Desse modo, tendo em vista que não se encontra na pena razão alguma que a justifique a partir dos discursos jurídico-penais legitimantes, e nenhuma de suas funções manifestas ou declaradas se realizam ou mostram sinais de que um dia poderiam se converter em um “ser”, resta-nos conceber a pena como mero exercício de poder, como a guerra.¹⁰⁰

Zaffaroni concorda com Ferrajoli quanto à necessidade de um direito penal mínimo enquanto não se chega a utopia do abolicionismo, utopia não como um sonho inalcançável, mas como meta a ser perseguida.

Em que pese Ferrajoli legitimar o sistema punitivo, rejeita a pena privativa de liberdade como finalidade preventiva especial positiva – a ressocialização – representando esta o nível mais elevado de falsidade do discurso jurídico-penal, porquanto as prisões operam de modo oposto, ao imporem ao preso condições de vida diversas das do homem livre. O preso é, então, para usar as palavras de Zaffaroni, “levado a condições de vida que nada têm a ver com as de um adulto: é privado de tudo que o adulto faz ou deve fazer usualmente em

periféricos, sendo produto de características estruturais dos próprios sistemas penais. Em resumo, o exercício de poder dos sistema penais é incompatível com a *ideologia* dos direitos humanos.”

⁹⁷ Idem., *ibid.*, p. 108.

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 311.

⁹⁹ ZAFFARONI, et.al. *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁰ “[...]a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes.” (idem. *ibid.*, p. 99).

condições e com limitações que o adulto não conhece.”¹⁰¹ É o que se chama de efeito regressivo.

Não se pode negar que toda sorte de humilhações e submissões a que estão sujeitos os presos, associadas à superlotação, alimentação precária, condições insalubres e perda total de privacidade, não contribuem e nem poderiam contribuir para reeducar alguém, ao contrário, têm efeito deteriorante¹⁰², quase sempre irreversível.

Nos países centrais, como nos Estados Unidos da América, por exemplo, embora o sistema penal exerça uma função parcialmente diferenciada dos países periféricos, como é o caso do Brasil, existem aspectos estruturais comuns, como a seletividade, a atuação compartimentalizada das agências, a criminalização e os estereótipos, sendo certo que nas regiões marginais, a violência é muito superior.¹⁰³

Contudo, os aspectos da seletividade, criminalização e estereótipo descritos com detalhes por Wacquant, ao estudar o sistema penal americano, coincidem com o do Brasil, o que nos permite fazer uma reflexão da operatividade do sistema prisional privado americano e o que começa a se desenvolver no Brasil, como se cuidará mais adiante.

Podemos afirmar nesta parte que o sistema penal está deslegitimado porque suas funções declaradas não são cumpridas, sobretudo a de prevenção especial positiva – a ressocialização – o que tem grande relevância nesta pesquisa, porquanto é tratada como um dos argumentos mais utilizados para justificar a privatização de presídios. Neste diapasão, em que pese o direito penal e o sistema que o realiza não alcancem suas finalidades programadas expressas, temos uma expansão dos tipos incriminadores e um aumento sempre crescente da superlotação carcerária, sem que haja a ampliação correspondente de vagas, devido aos altos investimentos que envolvem a construção de presídios,¹⁰⁴ o que gera um excesso populacional carcerário muito acima do tolerável.

Nos Estados Unidos da América, o discurso jurídico-penal tem legitimado o encarceramento em massa, com elevados custos não suportados pelo Estado, gerando uma

¹⁰¹ idem. *ibid.*, p. 135.

¹⁰² “O efeito da prisão, que se denomina prisionização, sem dúvida é deteriorante e submerge a pessoa numa “cultura de cadeia” distinta da vida do adulto em liberdade.” (ZAFFARONI, *idem.*, *ibid.*, p. 136).

¹⁰³ idem., *ibid.*, p. 173

¹⁰⁴ A criação de uma vaga em presídio feminino no Pará, requer em média um investimento de R\$ 48.710,00, como se observa do plano de obra para construção do Centro de Reeducação Feminino de Marabá, orçado em R\$ 4.189.080,56, para 86 vagas em regime fechado, com previsão de entrega em julho/2015. Por outro lado a criação de uma vaga em presídio masculino no Pará, requer em média um investimento de R\$ 32.279,00, como se observa do plano de obra para construção do Centro de Recuperação Masculino de São Felix do Xingu, orçado em R\$ 4.131.834,27, para 128 vagas em regime fechado, com previsão de entrega em janeiro/2016, conforme “Susipe em números”: obras em andamento, p.70-71. SUSIPE. Superintendência do Sistema Penitenciário do Estado do Pará. Disponível em: <<http://www.susipe.pa.gov.br/?q=node/455>>. Acesso em: 10 maio, 2015.

onda de privatização de presídios que foi exportada para vários países do mundo, inclusive para países periféricos como o Brasil. Os principais argumentos utilizados são o da maior eficiência privada para proporcionar melhores condições para o preso ressocializar-se, onde o trabalho carcerário se destaca, e o da suposta economia gerada para o Estado.

Sabemos que a seletividade do sistema penal, nos Estados Unidos da América ou no Brasil, segrega os maus pobres e os incômodos, atribuindo-lhes as causas da violência urbana e insegurança pública. São considerados os excluídos, que precisam ser contidos pela ótica do sistema neoliberal capitalista por intermédio de uma assepsia social – justificada pela necessidade de se controlar o perigo do crime – que recai de regra sobre os grupos estereotipados de desordeiros e perigosos.¹⁰⁵

Dessa forma, o sistema penal jamais conseguiu cumprir suas promessas declaradas, mas subsiste pelo fato de poder¹⁰⁶, embora se admita que a pena não tenha nenhuma finalidade útil, e que o sistema penal apenas reproduz violência. A teoria abolicionista da pena surge a partir destas constatações.

Em resumo, a finalidade preventiva da pena, em substituição ao modelo inquisitorial – de imposição de penas cruéis, tortura e morte –, remonta da segunda metade do Século XVIII, e surgiu com o nascimento do Estado Liberal. O discurso jurídico-penal preventivo atravessou os séculos XIX e XX, e chega aos nossos dias com o liberalismo/neoliberalismo propagado pelo senso comum teórico dos juristas, sempre baseado em interesses (utilitarismo).

2.2 NEOLIBERALISMO E A NOVA POLÍTICA DE CRIMINALIDADE: A CRÍTICA DE FOUCAULT

A lógica do liberalismo clássico e com mais vigor do neoliberalismo é o Estado mínimo, racionalmente econômico, com um governo que atua sempre baseado em interesses, e no âmbito penal isso se reproduz através de um cálculo de utilidade, que busca sempre um sistema penal com o custo mais baixo possível para o Estado.¹⁰⁷

¹⁰⁵ ANDRADE, op. cit., p. 166.

¹⁰⁶ “A pena, ao contrário, como sofrimento órfão de racionalidade, há vários séculos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder. (ZAFFARONI, op. cit. p. 204).

¹⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 340.

A partir de Beccaria, a solução mais econômica e eficaz para punir as pessoas foi a lei¹⁰⁸, surgindo assim o princípio da legalidade. O ato só é considerado crime se previsto em lei, assim como deve constar na lei a pena cominada ao delito.

Neste ponto, evidencia-se o cálculo utilitário do direito penal, que no Estado neoliberal não objetiva acabar com a criminalidade totalmente¹⁰⁹, senão manter um controle que contenha a oferta de crime, no limite que os custos não superem o ônus da criminalidade que se quer conter.¹¹⁰ Como explica Foucault, “por conseguinte, a boa política penal não tem em vista, de forma alguma, uma extinção do crime, mas sim um equilíbrio entre curvas de oferta de crime e de demanda negativa.”¹¹¹

Dito de outro modo, o sistema penal não tem a pretensão de eliminar a criminalidade, mas tão só conter a delinquência segundo seu cálculo de utilidade baseado em interesses, dentro de limites em que os custos da demanda negativa, que são as ações que visam responder a oferta de crimes, justifiquem-se.

Daí o porquê da seletividade penal ser endêmica ao sistema punitivo, para na criminalização secundária alcançar preferencialmente os excluídos socialmente, já que as agências executivas não dispõem de estrutura suficiente para atender a demanda de tudo que foi programado na criminalização primária. A política criminal, neste contexto, vai se preocupar com o que se deve tolerar como crime, e não como punir os crimes ou que condutas devem ser criminalizadas.¹¹² Tudo a justificar um sistema penal que funcione com o menor custo para o Estado, dentro da ótica neoliberal.

Na criminalização primária se define o que é crime, mas é na criminalização secundária, por intermédio da seletividade penal, que se abarcam em sua maioria os mais vulneráveis, e que se escolhe quem punir, e quais condutas podem ser toleradas.

Nesta lógica é inegável que o sistema penal terá como clientela uma legião de excluídos, pobres, negros, subempregados e de baixa escolaridade, que estão fora do mercado e cujo contingente superlotam as prisões em estágio crescente. Tal realidade exigirá a criação de novas vagas, e, sob o argumento da escassez de recursos, favorecerá a ideia da privatização de presídios.

O sistema penal historicamente foi um instrumento de controle social seletivo, próprio do modelo capitalista, que sempre produziu uma massa de excluídos. E quando se fala em

¹⁰⁸ idem., ibid., p. 341.

¹⁰⁹ idem., ibid., p. 349.

¹¹⁰ idem., ibid., p. 350.

¹¹¹ idem., ibid., p. 350.

¹¹² idem., ibid., p. 350.

capitalismo neoliberal isso se torna mais evidente. Diferentemente do liberalismo clássico que se sustentava no trinômio igualdade, liberdade e fraternidade, o neoliberalismo se fundamenta no tripé desigualdade, competição e eficiência. A desigualdade é essencial para a competição numa sociedade capitalista neoliberal. Mas não basta competir, é preciso vencer a competição, e a partir daí se produz uma sociedade de excluídos, aqueles que estão fora do jogo.¹¹³

Os excluídos são as “sobras”, já que não há lugar para todos na ordem social, e as “sobras” vão parar na prisão¹¹⁴. Assim, podemos dizer com Andrade que “nossa sociedade não é aquela que separa ricos e pobres, mas aquela que separa indivíduos capazes (vencedores) e incapazes (perdedores) de serem responsáveis por si mesmos”.¹¹⁵

A mesma sociedade capitalista neoliberal que produz o desemprego e o aumento da pobreza, gerando uma legião de excluídos/perdedores, representados pelos desocupados, vadios, mendigos, flanelinhas, sem-teto, sem-terra, limpadores de para-brisas, moradores das favelas e das periferias, responsabiliza-os pela criminalidade violenta, que gera medo e insegurança e que vai reclamar maior controle penal¹¹⁶. Como consequência, a expansão seletiva e classista do sistema penal pelo legislador (produção desenfreada de leis penais) e pelas agências de criminalização secundária leva ao aprisionamento em massa.¹¹⁷

Não podemos descuidar do fato de que em uma economia neoliberal os fenômenos sócio-econômicos são percebidos pelo mercado que responde imediatamente aos estímulos para fomentar o capitalismo. Assim, o encarceramento em massa deu origem à “indústria de controle do crime”, que surgiu nos Estados Unidos da América com a privatização de presídios, e com o implemento de tecnologias eletrônicas de controle, que vão desde a criação de bancos de dados até a monitoração eletrônica, que já é uma realidade no Brasil.¹¹⁸ Ocorre que dito modelo está sendo adotado no país sem que se tenha precedido uma discussão mais séria sobre a compatibilidade ou não de tais medidas com o ordenamento jurídico nacional, ou seja, com o Estado Democrático de Direito.

Ademais, quando se fala em privatização de presídios, cujos modelos são criados prevendo, sobretudo, o trabalho prisional, onde empresas privadas se instalam para utilizar a mão de obra dos apenados, no dizer de Cirino, “o cárcere assume a forma de fábrica, configurando o ideal de exploração capitalista do trabalho humano, que realiza o trágico

¹¹³ **MARQUES NETO, AGOSTINHO RAMALHO.** O NEOLIBERALISMO SOB O OLHAR DA PSICANÁLISE E DO DIREITO. **DISPONÍVEL EM:** < [HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?V=M_RX2UC-PWY](https://www.youtube.com/watch?v=M_RX2UC-PWY)>. **ACESSO EM: 10 MAIO, 2014.**

¹¹⁴ ANDRADE. op. cit. p. 293.

¹¹⁵ ANDRADE. op. cit. p. 293.

¹¹⁶ ANDRADE. op. cit. p. 161-162.

¹¹⁷ ANDRADE. op. cit. p. 164.

¹¹⁸ ANDRADE. op. cit. p. 165

vaticínio de Pavarini: os detidos devem ser trabalhadores; os trabalhadores devem ser detidos.”¹¹⁹ Daqui já podemos iniciar uma reflexão quanto a (in) compatibilidade da privatização de presídios com o Estado Democrático de Direito.

A lei de execução penal (Lei nº 7.210/84) determina o trabalho do apenado como um dever, uma obrigação. Por outro lado, o sistema prisional privatiza-se – vai para as mãos do particular – onde empresas que visam lucro se estabelecem dentro das Unidades Prisionais privadas para se utilizarem do trabalho dos presos condenados, que não têm a opção de recusar, sob pena de incidir em falta disciplinar grave, e com isso ter preteridos direitos que refletem diretamente na sua liberdade.

A privatização de presídios faz parte de um modelo de controle penal adotado pelos Estados Unidos da América em nome do eficientismo¹²⁰ penal neoliberal (movimento da lei e ordem), que emergiu na passagem da década de 80 para a década de 90, e que prevê um direito penal máximo, com seus consectários: maior policiamento e encarceramento em massa, apresentando-se como única forma de conter o aumento da criminalidade, e como resposta à criminologia crítica.

Apesar da prisão e todo o sistema punitivo estarem deslegitimados, há o paradoxo da expansão do direito penal, justificada pelo neoliberalismo. De um lado verifica-se a total ineficácia da pena de prisão, a recomendar até a sua abolição, e de outro, uma expansão do direito penal, fomentando uma indústria do controle da criminalidade, a qual se mostrou muito lucrativa nos Estados Unidos da América, “uma sociedade e uma mídia punitiva, que lucram intensamente com a mais-valia da dor”.¹²¹

Na realidade operativa do sistema penal, o argumento da ressocialização vem sendo utilizado nas últimas décadas para justificar a pena privativa de liberdade como uma necessidade para legitimar o sistema punitivo, como resposta simbólica de que a criminalidade está sendo enfrentada. Ao contrário, a constatação empírica é de que a prisão tem se tornado cada vez mais violadora dos direitos humanos, com supressão de garantias para a maioria da população carcerária, cuja ideia de reabilitação vem dando lugar a uma nítida finalidade de neutralização, própria do eficientismo penal.¹²²

¹¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena. Fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.v.1.p. 53.

¹²⁰ Segundo ANDRADE (op. cit. p. 314): “O eficientismo se consolida, então, como o modelo de controle penal correspondente ao capitalismo neoliberal, que domina o mundo ocidental na virada da década de 80 para a década de 90, com absoluta hegemonia em relação às políticas criminais alternativas, decorrentes do abolicionismo e do minimalismo (e também de uma deslegitimação intrassistêmica da pena de prisão, que é feita pela própria ONU, a partir da Segunda Guerra Mundial).”

¹²¹ ANDRADE. op. cit. p. 316

¹²² idem., ibid.

Conforme Andrade, “o eficientismo penal implica em um deslocamento da ressocialização à neutralização, da prevenção especial positiva à prevenção especial negativa.”¹²³

Neste contexto, em que fica evidente a contradição entre finalidades declaradas e finalidades reais, a privatização de presídios, tendo como argumento forte a ressocialização, deve ser analisada principalmente sob dois aspectos: primeiro, se é compatível com o modelo constitucional adotado pelo Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito; segundo, se não atende exclusivamente a um interesse capitalista organizado sob a ótica neoliberal, que ao mesmo tempo em que retira do Estado esta atividade que lhe é típica ou própria, transferindo para a iniciativa privada sob o pretexto de reduzir os seus custos, como advertiu Foucault, favorece o crescimento e o lucro da indústria do controle penal, que é meta do sistema capitalista.

2.3 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA E SEU CONTEXTO ADAPTÁVEL AO NEOLIBERALISMO: O TRABALHO COMO UM DEVER DO APENADO

O sistema penal sempre se adaptou ao modelo político-econômico dominante em determinado momento histórico. Vimos com Foucault que o governo manipula interesses, e estes interesses nos dias atuais atendem ao modelo capitalista neoliberal, modelo este que prestigia a desigualdade, pois é por meio desta que se torna possível a competição que favorece o capitalismo. A competição é incentivada para que cada qual, segundo sua determinação, trabalho e força de vontade, participe do jogo, não só para competir, mas para vencer a competição, pois é preciso ser eficiente. Quem está fora do jogo é considerado excluído; a exclusão é endêmica, necessária, faz parte do modelo neoliberal.¹²⁴

Assim, a prisão funciona, em regra, como um celeiro dos excluídos, dos que não se adaptaram ao modelo neoliberal capitalista, e que recai sobre os grupos mais vulneráveis, pela seletividade do sistema penal.

Por evidente que o binômio “exclusão e seletividade penal” é ínsito ao sistema punitivo, e o sistema prisional vai ter a finalidade, ao menos declarada, de, sobretudo, reintegrar, reeducar, reinserir ou reprogramar os excluídos para participarem do jogo, de

¹²³ ANDRADE, op. cit. . 317.

¹²⁴ **MARQUES NETO, AGOSTINHO RAMALHO. O NEOLIBERALISMO SOB O OLHAR DA PSICANÁLISE E DO DIREITO.** DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?V=M_RX2UC-PWY](https://www.youtube.com/watch?v=M_RX2UC-PWY)>. ACESSO EM: 10 MAIO, 2014.

forma que a disciplina do cárcere e o trabalho se apresentam como meios necessários para o retorno à sociedade.

Neste sentido, a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) assegura em seu art. 1º, que a pena tem por objetivo a harmônica integração do condenado à sociedade. Esta promessa de reinserção do apenado ao meio social faz parte do discurso legitimante do direito penal, que não se sustenta ao verificarmos, por exemplo, o índice de reincidência¹²⁵ que se aproxima em média de 70% (setenta por cento) no Brasil.¹²⁶

Noutra perspectiva, não é razoável conceber que se possa reintegrar alguém, retirando-o da sociedade onde se pretende reinseri-lo, ainda mais nas condições subumanas que predominam nas prisões brasileiras.

O trabalho do preso condenado é considerado na legislação específica brasileira como dever social e condição de dignidade humana, e tem finalidade educativa e produtiva¹²⁷. Note que a lei faz referência a duas finalidades: uma educativa, entendida aqui não meramente como aprendizagem e formação profissional, mas também como finalidade disciplinadora, pois em sua maioria, os presos se ocupam de tarefas que prescindem de qualificação técnica, tais como limpeza, conservação e serviços de cozinha; e outra produtiva, que nos presídios oficiais, pela natureza do trabalho ofertado, é de difícil mensuração.

Cabe destacar que quando a lei de execução penal determina que na atribuição do trabalho no cárcere devem ser considerados, entre outros aspectos, as oportunidades oferecidas pelo mercado, e que o artesanato sem expressão econômica deve ser limitado, tem-se aí um viés notadamente capitalista neoliberal, quando preocupa-se em preparar o preso para atividades lucrativas, desestimulando as atividades artesanais que não possam trazer resultados econômicos.¹²⁸

Por outro lado, nos presídios privados, onde o trabalho do preso é entregue às empresas conveniadas que se estabelecem dentro da Unidade Prisional, a finalidade produtiva

¹²⁵ ANEXO A – Principais pesquisas nacionais sobre reincidência. (Vide Relatório de Pesquisa: Reincidência Criminal no Brasil, realizado pelo IPEA, por intermédio de Acordo de Cooperação Técnica celebrado com o CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590>. Acesso em: 05 out.2015.

^{126cc} DIREITOS humanos: ressocialização de presos e combate à reincidência.” STF. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116383>>. Acesso em: 13 abr. 2014.

¹²⁷ Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

¹²⁸ Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado. § 1º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo. Ambos da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais)

passa a ter grande importância, até para permanência do preso naquele estabelecimento prisional e pelo valor econômico que representa.

A despeito de proclamar que a pena tem como objetivo a harmônica integração do condenado à sociedade, constitui um paradoxo buscar algum objetivo harmônico impondo castigo.

A lei de execução penal obriga ao trabalho o condenado à pena privativa de liberdade, na medida de suas aptidões e capacidades.¹²⁹ Portanto, a execução do trabalho passa a ser um dever do condenado, que se não observado caracteriza falta grave (art. 50, VI, da Lei nº 7.210/84)¹³⁰, punível com a retração de direitos, como livramento condicional, progressão de regime, remição de pena, saída temporária e indulto. Esses direitos exigem o requisito subjetivo do bom comportamento carcerário para seu alcance, que resta maculado pela infração administrativa grave, caso o apenado se recuse a trabalhar.¹³¹

Se de um lado a lei obriga o condenado ao trabalho, interferindo na esfera de autodeterminação e vontade do indivíduo, o que já representa uma violação da dignidade humana, por outro lado, não lhe garante os direitos sociais do trabalho previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas¹³², tampouco garante a mesma remuneração prevista para o trabalhador livre, quando prevê um valor que não seja inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo, o que justifica a existência desta referência como limite.¹³³

A imposição do trabalho ao preso condenado funciona, na realidade do sistema prisional brasileiro, nas prisões públicas, mais como um meio de disciplina e ocupação do tempo do apenado, e também como mão de obra “barata” para realizar os serviços internos de limpeza, conservação e cozinha, e menos pelo valor econômico da atividade. Todavia, em modelos privados de prisão, o trabalho passa a ter valor econômico, na medida em que as empresas que se instalam nas unidades prisionais e se utilizam do trabalho dos internos para a produção de bens entram no mercado e contribuem para impulsionar a economia.

¹²⁹ Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

¹³⁰ Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei e Art. 39. Constituem deveres do condenado: V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas. Ambos da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

¹³¹ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

¹³² Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. § 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

¹³³ Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo. Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

Neste sentido, a lei de execução penal atende a um interesse neoliberal, ao impor ao preso condenado a obrigação do trabalho, na medida em que o sistema passa a contar com mão de obra permanente, submissa e de baixo custo, seja para utilização em seus próprios serviços, seja para disponibilizar para empresas, quando se trata de presídio privatizado.

Certamente que não se nega que o trabalho é dignificante e deve ser incentivado, dentro ou fora do cárcere, para o homem livre e até com mais razão para o aprisionado, como forma de superação e motivação para uma vida em sociedade. Todavia, o trabalho deve ser visto como um direito do preso e não como um dever. Deve ser uma escolha, uma faculdade do condenado em optar, com liberdade, por trabalhar ou não, exercendo seu livre arbítrio. A própria lei de execução penal brasileira¹³⁴ aduz em seu art. 41, II, que constituem direitos do preso: atribuição de trabalho e sua remuneração.

Nada obstante constituir o trabalho um direito do preso, o que se verifica no sistema prisional brasileiro é que pequena parte da população carcerária tem acesso a ocupação remunerada, intra ou extramuros. A título exemplificativo, a população carcerária do estado do Pará, em abril de 2015, era de 12.599 presos, sendo que apenas 1.636 estavam trabalhando, o que representa aproximadamente 13% (treze por cento) das pessoas encarceradas no estado, enquanto 87% (oitenta e sete por cento) desta população estava no ócio.¹³⁵

Enquanto dever do condenado, o trabalho, quando recusado, gera sanção por falta grave, que reflete diretamente na pena, obstruindo vários direitos. Por outro lado, enquanto direito do preso, o trabalho não ofertado não gera qualquer sanção para o Estado, embora se traduza em patente prejuízo ao apenado, na medida em que deixa de remir sua pena, pois a cada três dias de trabalho reduz-se um dia de sua reprimenda.¹³⁶

O trabalho como dever do apenado favorece com maior rigor a utilização da mão de obra carcerária nos presídios privados, com baixos salários e sem recolhimento de encargos sociais, possibilitando maiores lucros, o que se justifica na lógica neoliberal capitalista, como se verá adiante.

¹³⁴ Art. 41 - Constituem direitos do preso: II - atribuição de trabalho e sua remuneração; Lei nº 7.210/84. (Lei de Execuções Penais).

¹³⁵ SUSIPE em números: Número de internos trabalhando, p. 36. Disponível em: <<http://www.susipe.pa.gov.br/?q=node/455>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

¹³⁶ Lei nº 7.210/84 (Leis de Execuções Penais). Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no **caput** será feita à razão de: II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

2.4 DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL: PRÊMIO OU CASTIGO?

O Direito de Execução Penal no Brasil tem como principal diploma legal a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), embora institutos como a progressão de regime em crimes hediondos¹³⁷ e a colaboração premiada¹³⁸ sejam tratados em outras leis extravagantes, bem como o indulto, que vem disciplinado em Decreto Presidencial, editado no final de cada ano.

Iniciada a execução definitiva da pena, que se dá após o trânsito em julgamento da sentença condenatória, o apenado passa a ostentar um direito público subjetivo a progressão de regime, livramento condicional, saída temporária, indulto, comutação de pena, dentre outros direitos previstos no direito de execução penal. Esses direitos implementam-se, de regra, a partir do cumprimento de dois requisitos, um de natureza objetiva, que diz respeito ao tempo de pena cumprida, e o outro de natureza subjetiva, que leva em consideração o comportamento do apenado no cárcere.

O primeiro requisito, qual seja, o tempo de pena cumprida, não deixa maiores dúvidas, por ser de apuração relativamente fácil. Todavia, o segundo requisito, que trata do comportamento carcerário do apenado, onde cabe à autoridade penitenciária declarar, suscita uma série de controvérsias e polêmicas.

A lei de execução penal brasileira enuncia que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, com a transferência do apenado para regimes menos rigorosos, e será determinada pelo juiz quando: o preso tiver cumprido uma determinada fração da pena no regime anterior, que varia em se tratando de crime comum ou hediondo, primário ou reincidente e ostentar bom comportamento carcerário.¹³⁹

Assim, depreende-se que para o alcance de direitos em sede de execução penal, o apenado é avaliado quanto ao seu comportamento – um aspecto subjetivo e de valoração moral, que pode ser bom ou mau –, o qual tem desdobramentos práticos sobre o *status libertatis* do apenado. Tendo bom comportamento, o preso preenche o requisito subjetivo para

¹³⁷ Art. 2º, §2º da Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.”

¹³⁸ Art. 4º, §5º da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013: “Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.”

¹³⁹ Art. 112 da Lei nº 7.210/84: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.” E Art. 112, §2º da Lei da nº 7.210/84: “Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.”

progredir de regime, que pode significar prisão domiciliar, ou deferimento de livramento condicional, tendo este último o condão de libertá-lo do cárcere, cumpridas algumas condições.

Por outro lado, não tendo bom comportamento, o apenado, além de não alcançar direitos, pode vir a perder o que já conquistou, como, por exemplo, regredir de regime, perder dias remidos ou ter indeferida uma saída temporária que costumava usufruir. Daí a natureza premial do direito de execução da pena criticada por Ferrajoli,¹⁴⁰ que pode se transmutar em castigo, na medida em que o apenado não se sujeite a disciplina do cárcere, inclusive, com relação ao trabalho, que, enquanto dever do apenado, se descumprido, caracteriza falta grave. Ocorre que a falta grave será parâmetro para aferir seu comportamento, com reflexos no deferimento ou não de vários direitos, conforme já mencionado.

Ferrajoli questiona se “é legítima a modificação da duração da pena na fase de execução?” Se “é lícito à administração carcerária ou inclusive ao juiz da execução reduzir ou aumentar a pena conforme o resultado do tratamento?”.¹⁴¹ Nesta pesquisa não vamos cuidar do aspecto se é legítima ou não a alteração do comando da sentença condenatória em sede de execução penal. No entanto, o aspecto concernente à aquisição de direitos com base no comportamento do apenado, que diz respeito à ressocialização, será determinante nesta investigação, primeiro para firmar o entendimento pela deslegitimação do sistema penal e sua compatibilidade ou não com o Estado Democrático de Direito, e segundo, para análise de como e de que forma a barganha do bom comportamento por troca de direitos vai ser utilizada para transferência do apenado de um presídio público para um estabelecimento prisional privado, como se analisará em capítulo próprio.¹⁴²

No sistema penal brasileiro, a resposta às indagações de Ferrajoli é positiva no ponto em que possibilita a redução da pena pela sujeição do apenado ao programa estabelecido para sua reinserção social, ou ao tratamento moral, como se queira. Progride de regime quem, além de determinado *quantum* de pena cumprida, apresenta satisfatório comportamento prisional, que se baseia em aspectos absolutamente subjetivos.

Neste sentido, temos uma pena cominada legalmente e aplicada pelo juiz na condenação. Porém, na fase de sua execução, a pena pode ser reduzida por intermédio da remição, transformada em prisão domiciliar, livramento condicional, ou até mesmo perdoada,

¹⁴⁰ FERRAJOLI, op. cit., p. 373-377.

¹⁴¹ idem. *ibid.*, p. 373.

¹⁴² Capítulo 3.

por indulto, levando em consideração, além de determinado tempo de pena cumprida, o comportamento do apenado.

Para Ferrajoli, a política penal tem duas finalidades: uma exemplar, para a cominação, e uma disciplinar e de correção do apenado, na fase executória da pena. Ambas são incompatíveis com o modelo garantista penal, ao disporem de penas severas em sede legal para em sede de execução penal atenuá-las com benefícios prisionais discricionários, dependentes do bom comportamento do apenado.¹⁴³

Por óbvio, não se pode olvidar do caráter negocial entre o apenado e o sistema prisional, uma vez que para o preso alcançar direitos, antes deve comportar-se cotidianamente dentro dos padrões impostos, até que seja considerado merecedor, por ter se sujeitado ao tratamento.¹⁴⁴ Concordamos com Ferrajoli quanto à deslegitimação do sistema punitivo, com relação à prevenção especial positiva – a ressocialização – já que rejeita esta finalidade da pena, exatamente por representar uma intrusão na autodeterminação da pessoa presa e por violar a dignidade humana ao impor valores e determinar comportamentos.

Não há como negar que o aprisionado fica à mercê do tratamento imposto, na medida em que depende dele para livrar-se do cárcere. Há sim, um aspecto negocial, porém, de imposição unilateral, e aceitação forçada por parte do mais vulnerável: o condenado.

Entendemos que no direito de execução penal brasileiro já está ultrapassada a lógica do benefício. O apenado é titular de direitos, desde que satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei. Por isso, afirmamos que a progressão de regime, o livramento condicional, a saída temporária, o indulto e a comutação são direitos do apenado e não benefícios, auferíveis quando conjugados os critérios legais de tempo de pena cumprida e bom comportamento carcerário, no que pese nossa crítica a este último.

Vê-se que condicionar um direito subjetivo do apenado a um julgamento direto do seu interior¹⁴⁵, pela autoridade carcerária que detém o poder de dizer sobre seu comportamento, e com isso determinar se o mesmo permanece ou sai do cárcere, se é ou não perdoado da pena, ou ainda, se progride ou não de regime, reduziria a pessoa do apenado a uma coisa, por estar submetido totalmente a vontade de outrem, fato que fere sua dignidade.¹⁴⁶

Ressalta-se que o bom comportamento também poderá ser valorado como critério para ingresso ou permanência do apenado em presídio privado ou mesmo como critério de transferência entre presídios estatais.

¹⁴³ idem. *ibid.*, p. 374-375.

¹⁴⁴ idem. *ibid.*, p. 375.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 376.

¹⁴⁶ idem. *ibid.*, p. 376.

Neste contexto, o direito premial de que nos fala Ferrajoli acaba por se transmutar em castigo para o apenado, para além da privação da liberdade, pois submete-o à prisão e aos padrões que são impostos pelo programa ressocializador.

No nosso sistema penal constitucional, no que pese a prevenção especial positiva não ser com ele compatível, por ferir a dignidade da pessoa humana, ainda não temos como afastar o mérito do condenado como parâmetro para alcance de direitos, como forma de reduzir os efeitos deletérios da prisão.

Mas a partir dessas considerações, duas reflexões preliminares podem ser realizadas: a primeira, se essa atividade avaliadora do comportamento, que tem reflexos em vários direitos do apenado, pode ser transferida para o particular, no caso da gestão privada de presídios; e a segunda, se a aptidão para o trabalho pode ser atribuída como critério determinante para permanência ou não do apenado em unidade prisional privada.

2.5 A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO: MITO OU REALIDADE NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO?

Muito embora se possam reconhecer pontos positivos na prevenção especial positiva, pois em tese visa à reinserção social do agente do delito¹⁴⁷, não há como negar que faz parte de um discurso legitimante do sistema penal, construído pela criminologia tradicional, que no dizer de Zaffaroni, “se desarma ao mais leve toque com a realidade”.¹⁴⁸

Noutro eixo, a criminologia crítica construiu um discurso deslegitimante da prisão, a partir de suas funções reais e de sua eficácia invertida¹⁴⁹, que é notória na realidade prisional da América Latina e do Brasil. As prisões nacionais são verdadeiros depósitos de seres humanos onde os próprios fatos, como a crueldade, a tortura e o extermínio demonstram empiricamente a deslegitimação do sistema punitivo.

A violência nas casas penais do Brasil “nunca saiu de cena, sobretudo, contra os corpos negros e pobres das periferias brasileiras”.¹⁵⁰ As penas são executadas em ambientes degradantes, superlotados, insalubres, com crueldade extrema, tortura e morte. Esta é a realidade operativa do sistema prisional do Brasil, no que fica clara a violação constitucional que veda penas cruéis e degradantes, e principalmente, a pena de morte em tempo de paz.

¹⁴⁷ *idem. ibid.*, p.116.

¹⁴⁸ ZAFFARONI, *op. cit.* p. 12.

¹⁴⁹ ANDRADE, *op. cit.* p. 304.

¹⁵⁰ ANDRADE, *op. cit.* p 309.

Neste cenário, falar em ressocialização ou recuperação do apenado como finalidade da pena é um mito, como afirma Andrade, e com o que concordamos: “[...] um mito que nunca mais sai de cena: está fundada uma das maiores e mais resistentes mitologias do mundo ocidental”.¹⁵¹

O discurso legitimante da prevenção especial positiva – a ressocialização – favorece o argumento do trabalho no cárcere, enquanto dever do apenado, e não como uma oferta que pode ou não ser aceita sem que este sofra as consequências de sua recusa na execução da pena. Neste aspecto fica óbvio o viés disciplinar da prisão e do trabalho prisional: o papel do cárcere como “fábrica de homens”, que tem por objetivo transformar o criminoso violento em um sujeito dócil.¹⁵²

Além disso, como a seletividade prisional em regra escolhe os excluídos do mercado e criminalizados por delitos patrimoniais e de tráfico de drogas, que são condutas típicas do modelo capitalista neoliberal,¹⁵³ a prisão passa a funcionar como um controle de classe, e a um só tempo é evidência da desigualdade social, já que abriga os despossuídos, não só de bens de consumo, mas da própria dignidade, que lhes são solapados no cárcere. Assim, a prisão se torna reprodutora da desigualdade social, já que não recupera ninguém.

Por fim, podemos concluir neste ponto, concordando com Andrade, que a ressocialização é um mito e a prisão é um fracasso, se considerarmos que fabrica o criminoso e a criminalidade, ou seja, apresenta uma eficácia invertida. No entanto, se considerarmos que realiza muito bem suas funções não declaradas, por estar continuamente elevando os índices de criminalização da pobreza, a prisão é um sucesso.¹⁵⁴

2.6 O ENCARCERAMENTO EM MASSA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E A ONDA DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

Wacquant nos fala do avanço do Estado Penal naquele país, a partir de 1973, decorrente de um modelo de política neoliberal em que houve uma retração do Estado-providência, que foi sendo substituído paulatinamente por um Estado penal e policial, no seio

¹⁵¹ ANDRADE, op. cit. p. 305.

¹⁵² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI e XIX). Rio de Janeiro: Revan. 2006. p. 211.

¹⁵³ ANDRADE, op. cit. p. 307 – 308.

¹⁵⁴ ANDRADE, op. cit. p. 308.

do qual “a criminalização da marginalidade e a contenção punitiva das categorias deserddadas fazem às vezes de política social na extremidade inferior da estrutura de classe e étnica.”¹⁵⁵

As categorias deserddadas mencionadas por Wacquant, nos Estados Unidos da América, representam os negros em sua maioria, os marginais de rua, os jovens desempregados, os subempregados, os viciados e os indivíduos de classes sociais inferiores, público este, diga-se, muito similar ao que ocupa as prisões brasileiras. Tal evidência nos motivou sobremaneira a utilizar nesta pesquisa o paradigma da privatização de presídios no sistema penal americano.

A política de declínio do Estado caritativo transformou os pobres em vilões, responsáveis por todos os males do país, fazendo com que a “guerra contra a pobreza” fosse substituída por uma “guerra contra os pobres”, na medida em que impingia a estes a responsabilidade sobre si próprios, sob pena de serem alvos de diversas medidas punitivas e até vexatórias, que se não os conduzissem ao resignado emprego precário, ao menos não fariam maiores exigências sociais.¹⁵⁶

Deste fenômeno, da redução do Estado caritativo, o reflexo foi a ampliação do Estado punitivo para garantir a disciplina e a ordem nas regiões inferiores do espaço social, “como forma de conter a desordem e o tumulto causados pela intensificação da insegurança e da marginalidade sociais”, como descreve Wacquant.¹⁵⁷

Com a retração do Estado-social a pobreza aumenta, e com ela surgem consequências, as quais o Estado neoliberal americano enfrentou com duas providências: a primeira foi reorganizar os serviços sociais em instrumento de vigilância - no Brasil ocorre algo parecido quando se condiciona ajuda às famílias em função da assiduidade escolar de seus filhos - e a segunda, em que iremos nos deter com maior profundidade, é justamente o recurso maciço e sistemático à prisão.

Os Estados Unidos, para Wacquant, utilizaram-se do confinamento em massa como técnica para tornar invisível o incômodo problema da marginalidade persistente, decorrente do desemprego, do subemprego e do trabalho precário, o que levou a população carcerária americana a crescer 442% em um quarto de século, considerando o período de 1970 a 1995.

158

¹⁵⁵ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 86.

¹⁵⁶ idem., *ibid.*, p. 96.

¹⁵⁷ idem., *ibid.*, p. 110.

¹⁵⁸ idem., *ibid.*, p. 113.

Atualmente, os Estados Unidos ocupam o primeiro lugar no ranking dos 10 países que mais prendem no mundo, ultrapassando a marca de 2.200 mil pessoas encarceradas,¹⁵⁹ o que exigiu um incremento orçamentário dos estados para fazer face a escalada crescente do setor penitenciário.

No Brasil, consideradas as prisões domiciliares, conforme diagnóstico realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em junho de 2014, contava com 711.463 pessoas presas, o que o coloca em terceiro lugar na lista mundial de aprisionamento.¹⁶⁰

A passagem do Estado Social para o Estado Penal trouxe um custo exorbitante, não assimilado pelas elites estadunidenses, ocorrido com a expansão do Estado Penal. Surge desta forma o apelo à privatização de presídios, ideia que já havia sido abandonada em 1925, decorrente de denúncias de maus tratos à mão de obra cativa e resistência dos sindicatos, e que ressurgiu em 1983, em Chattanooga, no Tennessee.¹⁶¹

Entretanto, se de um lado o governo americano adota o encarceramento em massa como política para afastar os incômodos do meio social, por outro lado, isso provoca um crescimento no orçamento destinado à construção e custeio de presídios, o que gera uma série de críticas e inconvenientes políticos, pois “o aumento dos orçamentos e do pessoal destinados ao sistema carcerário só foi possível ao se amputarem as somas destinadas às ajudas sociais, à saúde e à educação”¹⁶². Aí surge a melhor alternativa: a privatização do encarceramento,¹⁶³ aliada à técnica de reintroduzir o trabalho desqualificado em massa nos presídios, já que apenas um em cada 15 detentos é alcançado pelo trabalho assalariado nas unidades penais do país.¹⁶⁴

Com o aumento crescente da população carcerária nos Estados Unidos, o governo teria que inaugurar uma unidade prisional para mil presos, a cada cinco dias, o que seria inviável

¹⁵⁹ Conforme lista mundial de população prisional: “World Prison Population List”, publicada pelo ICPS – Internacional Centre for Prison Studies. APCCA. Asian and Pacific Conference of Correctional Administrators. Disponível em: < http://www.apcca.org/uploads/10th_Edition_2013.pdf >. Acesso em: 13 maio, 2014. Ranking: 1) Estados Unidos - 2.239.751 presos (716 para cada 100 mil habitantes); 2) China - 1.640.000 presos (121 para cada 100 mil habitantes); 3) Rússia - 681.000 presos (475 para cada 100 mil habitantes); 4) Brasil - 548.003 presos (274 para cada 100 mil habitantes); 5) Índia - 385.135 presos (30 para cada 100 mil habitantes); 6) Tailândia - 279.854 presos (398 para cada 100 mil habitantes); 7) México - 246.226 presos (210 para cada 100 mil habitantes); 8) Irã - 217.000 presos (284 para cada 100 mil habitantes); 9) África do Sul - 156.370 presos (294 para cada 100 mil habitantes); 10) Indonésia - 144.332 presos (59 para cada 100 mil habitantes).

¹⁶⁰ NOVO Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, p.5. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf >. Acesso em: 12 mar. 2014.

¹⁶¹ “No contexto de uma campanha de privatização a todo vapor lançada pelo governo Reagan e encorajada conjuntamente pelo *thin thaks* neoconservadores e pelas grandes firmas que operam em Wall Street [...]” (WACQUANT. op. cit., p. 285-286).

¹⁶² WACQUANT. op. cit., p. 96.

¹⁶³ WACQUANT. op. cit., p. 286

¹⁶⁴ WACQUANT, Loïc, **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 97.

de realizar, diante da incapacidade financeira e administrativa do país. Tal realidade não seria um empecilho para o operador privado, que poderia entregar um presídio pronto em 18 meses, dotado de alta tecnologia de segurança e gestão, com uma economia importante para o erário público.¹⁶⁵

Assim, a indústria privada das prisões foi se expandindo nos Estados Unidos, e aquilo que era inimaginável passou a ser uma realidade: a prisão com fins lucrativos. O mercado decorrente da hiperinflação carcerária favoreceu não só o crescimento das empresas de construção e gestão de presídios, como também outros setores da economia dedicados à prestação de produtos e serviços de alimentação, transporte, comunicações, segurança, dentre outros, fazendo do aprisionamento um rentável negócio.¹⁶⁶

No Brasil, a expansão prisional é igualmente crescente: em 1990, a população carcerária era de aproximadamente 90 mil presos, e em junho de 2014 saltou para aproximadamente 607 mil, representando um aumento de 575% em 24 anos, com uma taxa de aprisionamento de 300 presos para cada cem mil habitantes no país,¹⁶⁷ e como o orçamento prisional não acompanha na mesma proporção, a consequência é a superlotação e o sucateamento do sistema.

Começou, assim, a terceirização de alguns serviços no âmbito carcerário, ainda na década de 90, ampliando-se em 2006, com relação aos serviços de limpeza e conservação, alimentação, supervisão de internos, dentre outros, o que se mostrou insuficiente uma vez que os custos maiores localizavam-se na construção de presídios. Passou-se então a apostar-se na privatização do sistema carcerário como fórmula mágica para transformação da realidade caótica existente, por meio de Parcerias Público-Privadas (PPP).

Como advertiu Wacquant, ao se referir à escalada de aprisionamento nos Estados Unidos: “a política de encarceramento em massa estimulou também o ressurgimento e a expansão exponencial de cadeias e prisões construídas e/ou administradas por operadores privados [...]”¹⁶⁸, justificadas diante da carência orçamentária do Estado, fenômeno este que tende a acontecer no Brasil.

Por outra via, o aprisionamento em massa nos Estados Unidos da América também incrementou o surgimento de novas atividades comerciais em torno deste novo mercado, para

¹⁶⁵ op. cit., p. 286.

¹⁶⁶ Op. cit., p. 288.

¹⁶⁷ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN - JUNHO DE 2014. Disponível em: <https://www.google.com.br/?gfe_rd=cr&ei=Lz-VeD1MaTI8Aegi7y4DQ&gws_rd=ssl#q=infopen+2014>. Acesso em: 20 set.2015.

¹⁶⁸ WACQUANT, op. cit., p. 119-120.

o fornecimento de produtos e serviços auxiliares ao estado na expansão do Estado penal.¹⁶⁹ A experiência americana revelou que a prisão com fins lucrativos se tornou um excelente negócio. Em 1985 abrigava 1.345 detentos e em apenas dez anos depois, este número já alcançava quase 50 mil pessoas presas em estabelecimentos privados. As empresas prisionais faturam dinheiro público sob o argumento de gerar economia para o erário, absorvendo funções típicas do Estado.¹⁷⁰ O argumento da economia é falso, como será visto em momento próprio¹⁷¹, assim, como o é o da ressocialização, como finalidade da pena.

Contudo, o mercado do aprisionamento tomou espaço importante na economia americana. Basta ver que enquanto a população carcerária nos Estados Unidos da América de 1999 para 2010 cresceu em 18%, o número de pessoas cumprindo pena em presídios privados cresceu, no mesmo período, 80%. Em junho de 2012, segundo o relatório da *The Sentencing Project*, 30 estados americanos já mantinham prisões privadas, sendo que em sete deles, mais de um quarto da população carcerária estava confinada em presídios particulares.¹⁷²

Wacquant revela esta realidade do avanço da indústria carcerária nos Estados Unidos da América¹⁷³, e a importância deste mercado para a economia americana, que é fomentado pela hiperinflação das prisões, movimentando bilhões de dólares por ano. Das empresas que se dedicam ao setor, dentre elas a Corrections Corporation of America, em 1997 tiveram suas ações valorizadas em 746%, o que lhe rendeu a 67ª posição na lista da Fortune Magazine de empresas mais rentáveis.¹⁷⁴

¹⁶⁹ “Ademais, as empresas de construção e de gestão de prisões não são as únicas a lucrar com a hiperinflação carcerária estadunidense. Todos os setores de atividades suscetíveis de fornecer bens e serviços às instituições de encarceramento estão envolvidos, do seguro à alimentação, passando pela arquitetura, os transportes, a telefonia e as tecnologias de identificação e vigilância”. (WACQUANT, op. cit., p. 288).

¹⁷⁰ WACQUANT, op. cit., p. 119-120.

¹⁷¹ No Capítulo 3.1: As impropriedades e inconstitucionalidades da própria lei de Parcerias Público-Privadas.

¹⁷² Diz o relatório: “In 2010, private prisons held 128,195 of the 1.6 million state and federal prisoners in the United States, representing eight percent of the total population. For the period 1999-2010, the number of individuals held in private prisons grew by 80 percent, compared to 18 percent for the overall prison population. While both federal and state governments increasingly relied on privatization, the federal prison system’s commitment to privatization grew much more dramatically. The number of federal prisoners held in private prisons rose from 3,828 to 33,830, an increase of 784 percent, while the number of state prisoners incarcerated privately grew by 40 percent, from 67,380 to 94,365. Today, 30 states maintain some level of privatization, with seven states housing more than a quarter of their prison populations privately.”. SENTENCINGPROJECT. Disponível em: < http://sentencingproject.org/doc/publications/inc_Too_Good_to_be_True.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2014.

¹⁷³ “Desse modo, a expansão sem precedentes das atividades carcerárias do Estado americano foi acompanhada pelo desenvolvimento frenético de uma indústria privada da carceragem. Nascida em 1983, esta já conseguiu englobar perto de 7% da população carcerária (ou seja, 132.000 leitos contra cerca de 15.000 em 1990... Dezesete firmas dividem aproximadamente 140 estabelecimentos espalhados em duas dezenas de estados [...]É verdade que mercado de financiamento das prisões, públicas e privadas, movimenta cerca de quatro bilhões de dólares.” (WACQUANT, op. cit. p. 97).

¹⁷⁴ “Como enriquecer graças às empresas que crescem mais rapidamente”, (FORTUNE MAGAZINE, 29 set. 1997, p.72).

A Corrections Corporation of America (CCA) foi fundada em 1983 com a proposta de construir e operar presídios com custos mais reduzidos. Atualmente, juntamente com a Wackenhut Corrections Corporation, empresa pertencente ao Grupo GEO, administram mais da metade dos contratos para gestão privada de presídios nos Estados Unidos da América, o que lhes rendeu somente no ano de 2010, receita superior a US\$ 2,9 bilhões de dólares.¹⁷⁵

Cumprido neste ponto fazer uma reflexão: uma empresa, quando se estabelece, objetiva o lucro e expansão, posto que pretende manter-se no mercado. Daí pergunta-se: como se dá a manutenção e expansão de uma empresa que se dedica ao encarceramento, se sua fonte de receita é o homem preso e quanto esta empresa recebe por vaga ocupada? Para manter-se, a empresa necessita de pessoas presas em número suficiente para ocupar todas as suas vagas; necessita de penas mais longas e um maior rigor no cumprimento destas, impedindo assim as saídas do sistema. Por outra ponta, para se expandir, passa pelo aumento da criminalidade e pela hiperinflação legislativa na criação de novos tipos penais (criminalização primária).

No Brasil, o discurso da economia, da segurança e da funcionalidade levou à terceirização de alguns serviços nas prisões, até mesmo serviços de cadastramento e identificação de presos quando ingressam na triagem do sistema penal, como é o caso do Complexo de Pedrinhas no estado do Maranhão, chegando à privatização total por intermédio de Parcerias Público-Privadas, a exemplo do Complexo de Ribeirão das Neves, no estado de Minas Gerais, paradigma utilizado neste trabalho.

Voltando à experiência americana, vale marcar a crítica feita por Wacquant com relação ao comércio de importação e exportação de presos de um estado para outro vizinho, ou mesmo entre estados distantes, de acordo com a oferta de vagas, em flagrante violação ao direito de visita das famílias.¹⁷⁶

Um sistema penitenciário privatizado, comercial, empresarial, tem como meta o lucro, e assim irá funcionar sempre na lógica de maior rentabilidade com menor custo. O Estado paga por cada homem preso, o que evidencia que uma prisão nessa configuração não suportará vagas ociosas, será preciso ocupar as vagas, e assim garantir maiores lucros. Tal lógica favorece o fenômeno experimentado nos Estados Unidos, que consiste na transferência de presos de uma Unidade Federativa para outra, dificultando ou impossibilitando o direito do

¹⁷⁵ RELATÓRIO da The Sentencing Project, p. 3. Disponível em: < http://sentencingproject.org/doc/publications/inc_Too_Good_to_be_True.pdf>. Acesso em: 21 maio, 2014.

¹⁷⁶ “No final dos anos 1990, um verdadeiro comércio de importa-exportação de prisioneiros estava em pleno florescimento entre os diferentes estados da União. Anualmente, o Texas “importa” milhares de detentos não só dos estados vizinhos, mas também de jurisdições tão distantes quanto o Distrito de Columbia e o Havaí, em aberto desrespeito ao direito de visita das famílias; mais tarde, manda-os de volta pra seus condados de origem, onde serão colocados sob regime de liberdade condicional, no final da pena.” (WACQUANT, op. cit. p. 120).

preso ser visitado por familiares e amigos, o que prejudica o seu processo de ressocialização, enquanto finalidade legitimadora da pena privativa de liberdade.

No Brasil, os riscos decorrentes da privatização de presídios são os mesmos, já que a dinâmica do mercado neoliberal em todo o mundo sustenta-se sob as mesmas bases: o lucro.

Nos Estados Unidos, com a retração do Estado caritativo houve a ampliação do Estado penal, cujo rigor se distribuía de forma cada vez mais seletiva, alcançando determinadas áreas geográficas do espaço social. Muito embora no Brasil não se possa afirmar que o crescimento da população carcerária em mais de 500%, em menos de uma quadra de século¹⁷⁷, decorra da redução da assistência social aos necessitados, como ocorreu nos Estados Unidos, verifica-se que o perfil do preso americano é muito semelhante ao do preso brasileiro: pobre, negro, de baixa escolaridade e baixa qualificação profissional¹⁷⁸.

Wacquant afirma com razão, referindo-se ao modelo americano, que a nova penologia implementada não tem por finalidade “reabilitar” criminosos, mas sim “gerenciar custos e controlar populações perigosas.”¹⁷⁹ Nos Estados Unidos, com os guetos. No Brasil, com habitantes das favelas, dos bairros periféricos e com os pobres das grandes cidades. Lá, o público carcerário é retirado das famílias subproletárias, negras, latinas, dos desempregados e de baixa escolaridade. Aqui, o perfil não é muito diferente, evidenciando o que acertadamente disse Wacquant: “o encarceramento serve, antes de tudo, para regular, se não perpetuar, a pobreza e para armazenar os dejetos humanos do mercado.”¹⁸⁰

O sistema penal nos Estados Unidos ou no Brasil é seletivo, sobretudo quando se trata de criminalização secundária; absolutamente voltado para o controle social, cujo discurso declarado da ressocialização não se sustenta, senão para tentar legitimar este mesmo sistema, que de resto possui um único objetivo não confessado: controlar os excluídos do mercado, aqueles que não contribuem para a manutenção do capitalismo fora do cárcere; e segregar seletivamente os vulneráveis, os poucos que são apanhados pelo sistema punitivo.

Não se pode deixar de reconhecer que as massas encarceradas, improdutivas, no mundo livre são ameaças para o capitalismo neoliberal, na medida em que demandam assistência social para sobreviverem representam custos que o Estado não deve absorver. Por outro prisma, na prisão (expansão do Estado Penal), movimentam uma indústria que impulsiona a economia, gerando bilhões de dólares por ano, e que gera milhares de empregos

¹⁷⁷ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN - JUNHO DE 2014. Disponível em: <https://www.google.com.br/?gfe_rd=cr&ei=Lz-VeD1MaTI8Aegi7y4DQ&gws_rd=ssl#q=infopen+2014>. Acesso em: 20 set.2015.

¹⁷⁸ idem., ibid.

¹⁷⁹ WACQUANT, op.cit., p. 124.

¹⁸⁰ WACQUANT. op. cit., p. 126.

para o “bom” cidadão, e ainda retira da estatística do desemprego os milhares que se encontram aprisionados.

Wacquant aponta outro fenômeno que ocorre no sistema prisional americano e que se verifica no Brasil – a reincidência – que decorre exatamente do mesmo motivo: o preso provém quase que exclusivamente “dos estratos mais precarizados do proletariado urbano”¹⁸¹, e quando se vê livre, diante da ausência de políticas ao egresso, da discriminação e do estigma de delinquência que carrega como marca indelével, afasta-se das oportunidades, e fatalmente comete novo delito, retornando ao cárcere.

No Brasil, a reincidência aproxima-se de 70%,¹⁸² demonstrando a fragilidade do discurso da prevenção especial positiva, da ressocialização, como um ideal já esquecido ou nunca lembrado, por se converter em mero argumento retórico na tentativa de legitimar o sistema penal.

Nos Estados Unidos, 823 diretores de presídios declararam o abandono do ideal da “reabilitação” em favor da única função do sistema: a “neutralização” dos incômodos, conforme pesquisa realizada em 1995.¹⁸³ Nos Estados Unidos da América ou no Brasil o preso tem cheiro de preso, e a prisão tem o mesmo papel, conter as massas deserdadas.

Os estigmas que recaem sobre os detentos, nos Estados Unidos ou no Brasil, são de três ordens, bem enumeradas por Wacquant: de ordem moral, porque excluídos da sociedade ao violarem a lei; de classe, porque são pobres em uma sociedade capitalista onde cada um vale aquilo que adquiriu mediante esforço pessoal; e de casta, porque são originários em sua maioria de negros, desprovidos de honra étnica. “Os detentos são o grupo pária entre os párias, uma categoria sacrificial, que pode ser vilipendiada e humilhada impunemente, com imensos lucros simbólicos.”¹⁸⁴

Por outro lado, pela seletividade do sistema penal, os autores de crimes de “colarinho branco” são, de regra, menos suscetíveis de serem apanhados, e quando isso ocorre, e eventualmente são condenados, as penas a eles aplicadas excluem a privação da liberdade na maioria dos casos.¹⁸⁵ Isso revela que embora as agências legislativas, em sede de criminalização primária, operem em menor grau na seletividade do sistema, na criminalização secundária levada a efeito pelas agências executivas, isso ocorre naturalmente, chegando às

¹⁸¹ WACQUANT, op. cit., p. 131.

¹⁸² DIREITOS humanos: ressocialização de presos e combate à reincidência.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116383>>. Acesso em: 3 abr. 2014.

¹⁸³ WACQUANT, op. cit., p. 298.

¹⁸⁴ WACQUANT, op. Cit., p. 312.

¹⁸⁵ WACQUANT, op. Cit., p. 223.

agências judiciais uma quantidade mínima de delitos a serem apurados, cujos autores são retirados das classes mais vulneráveis.

Fazendo uma análise entre o gueto norte americano e a favela e bairros periféricos das grandes metrópoles brasileiras, tidas como regiões do medo, pode-se dizer, em relação aos seus habitantes, que eles têm em comum “o estigma muito forte de residir em espaço considerado local de exílio e sinônimo de deterioração, de marginalidade social e de delinquência”.¹⁸⁶ Alguns bairros são territórios estigmatizados, associados à falta de segurança e delinquência desenfreada, ocupados em sua maioria por jovens ociosos, trabalhadores braçais e prestadores de mão de obra sem qualificação profissional, cuja degradação moral possui influxos em todos os aspectos da vida, especialmente na busca do emprego e nas relações com autoridades públicas, notadamente as policiais, observando-se também que a discriminação residencial é uma realidade.¹⁸⁷

O sistema penal americano contribui para a regulação do mercado de trabalho desqualificado, fazendo cair o índice de desemprego na medida em que retira forçadamente do mercado, pela prisão, milhares de pessoas que competiam com o restante da população em busca de emprego¹⁸⁸. Por outro lado, aumenta o emprego no setor de bens e serviços carcerários, em expansão com a privatização de presídios. Ao primeiro aviso, parece interessante este fenômeno provocado pelo encarceramento em massa. No entanto, apresenta um efeito secundário e deletério, denunciado por Wacquant:

Daí o segundo efeito do encarceramento em massa sobre o mercado de trabalho (o qual ignoram Western e Beckett), que é o de acelerar o desenvolvimento do trabalho assalariado de miséria e da economia informal, produzindo incessantemente um grande contingente de mão de obra submissa disponível: os antigos detentos não podem pretender senão os empregos degradados e degradantes, em razão de seu status judicial infamante. ¹⁸⁹

Vale ressaltar que os apenados, quando saem do sistema, geralmente por não conseguirem melhores oportunidades de trabalho, afluem para o subemprego ou para o trabalho informal, muitas vezes vulnerável à ilegalidade, fato este que acaba por conduzi-los de volta ao encarceramento. Assim também ocorre no Brasil, o que torna a pesquisa de

¹⁸⁶ WACQUANT, Loïc, **Os condenados da cidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 122.

¹⁸⁷ “A discriminação residencial prejudica a busca de emprego e contribui para a sedimentação do desemprego na região, uma vez que os moradores do Quatre Mille, enfrentam a desconfiança e a reticência dos empregadores ao mencionarem o local onde moram”. (idem. *ibid.*, p. 142.)

¹⁸⁸ Estima-se assim que, durante a década de 1990, as prisões tiraram dois pontos do índice do desemprego americano. (WACQUANT, *op. cit.*, p. 104-105).

¹⁸⁹ *idem.*, *ibid.*, p. 105.

Wacquant muito útil para o nosso estudo, tendo presente que a escalada de aprisionamento nos Estados Unidos levou à privatização de presídios, e o Brasil passa por idêntico processo.

2.7 O TRABALHO PRISIONAL E A RESSOCIALIZAÇÃO COMO DISCURSOS FAVORÁVEIS À PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

Os problemas que o sistema carcerário brasileiro enfrenta já há algumas décadas, não é demais repetir, com prisões sucateadas e superlotadas, e por isso, inviáveis para a finalidade de reabilitação do preso, aliados aos altos custos que importa o aprisionamento, foram argumentos utilizados como justificativa para a terceirização de vários serviços no âmbito prisional, a partir do final da década de 90, e mais recentemente como discurso que defende a privatização de presídios por meio de Parcerias Público-Privadas (PPP).¹⁹⁰

A incompetência do Estado para gerir o sistema prisional, a ociosidade dos presos, a superlotação e a redução de custos são argumentos comuns entre os que apontam a privatização de presídios como forma de resolver a crise carcerária. Todavia, dois aspectos apresentam-se como mais relevantes para esta pesquisa e que são retoricamente utilizados pelos defensores da indústria do encarceramento: o trabalho prisional e a ressocialização do apenado.

Não se pode olvidar que a superlotação traz grandes inconvenientes que têm reflexos diretos no trabalho e na pretensa ressocialização do preso, e podemos afirmar que contribui diretamente para todas as mazelas presentes nos cárceres brasileiros. O excesso de presos inviabiliza que se realize o programa de individualização da pena, impossibilita a separação de presos provisórios de condenados, bem como a separação de primários de reincidentes. Além do que não permite ou dificulta a assistência médica, educacional, jurídica, social e religiosa, na medida em que leva ao sucateamento as estruturas prisionais.

Conforme o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, realizado em junho de 2014, há um déficit de mais de 200 mil vagas no sistema prisional e mais de 350 mil se computadas as prisões domiciliares,¹⁹¹ o que evidencia, de um lado a falta de investimentos

¹⁹⁰ Segundo Mello: “Trata-se de um instituto controvertido, forjado na Inglaterra, ao tempo da sra. Thatcher, e acolhido entusiasticamente pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Nacional no cardápio de recomendações aos subdesenvolvidos. A “parceria público privada”, que foi jucundamente auspiciada pelo partido governista – outrora comprometido com os interesses da classe trabalhadora, e hoje ponta-de-lança das aspirações dos banqueiros -, constitui-se na *crème de la crème* do neoliberalismo, pelo seu apaixonado desvelo na proteção do grande capital e das empresas financeiras.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 773.

¹⁹¹ NOVO Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, p. 5. IMAGES. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

no setor por parte do poder público, para criação de novas vagas, e de outro, a banalização da prisão, levando ao inchaço todo o sistema prisional do país.

Por óbvio que com a superlotação atual, o Estado não consegue disponibilizar trabalho para todos os presos, aliás, uma pequena quantidade tem acesso ao emprego. Até junho de 2013, apenas 22% dos presos no sistema prisional brasileiro trabalhavam, restando sem qualquer atividade laboral 78% dos encarcerados, que viviam em absoluta ociosidade,¹⁹² o que acabava impulsionando as rebeliões, os motins e a morte.

Nesse cenário, as prisões privadas, segundo seus defensores, apresentam melhores condições de oferecer trabalho ao preso, em virtude das parcerias que entabulam com outras empresas para se estabelecerem no interior dos presídios, e que ocupam a mão de obra dos reclusos.

Segundo os que argumentam pela privatização dos cárceres, a oferta de trabalho nos presídios privados é visivelmente maior do que nos presídios estatais, pois estes empregam uma pequena quantidade de presos pela falta de vagas disponíveis e, sobretudo, pela falta de recursos para remunerá-los. Diferentemente, nos presídios particulares a mão de obra é remunerada pelas empresas privadas e não pelo Estado, o que representa uma economia de recursos importante, sustentam os defensores da privatização. Ademais, ressaltam que o trabalho do preso é remunerado, e assim este poderá contribuir para a manutenção da família, além de remir a pena¹⁹³.

Ainda em favor da privatização, seus defensores arguem que o trabalho no cárcere possibilita ao preso treinamento em uma nova profissão que mais tarde lhe será útil enquanto cidadão livre, além do desconto de um dia de pena, por cada três trabalhados – a remição –, que possibilita uma antecipação do término de sua pena e, conseqüentemente, o retorno à liberdade. Esses argumentos legitimam e dão força ao discurso da privatização de presídios no Brasil.

A Lei de Execução Penal prevê o trabalho como um direito de todos os presos (art.41 da LEP) e uma obrigação para o preso condenado (art. 31 da LEP). Sendo assim, enquanto

¹⁹² LEVANTAMENTO feito pelo Instituto Avante Brasil, com dados do InfoPen, do Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://d2kefwu52uvymq.cloudfront.net/uploads/2015/02/LEVANTAMENTO-SISTEMA-PENITENCI%C3%81RIO-2013-JUNHO2.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

¹⁹³ A remição é um instituto previsto no art. 126 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que prevê que o apenado poderá remir (reduzir) sua pena, pelo trabalho ou estudo: Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem de tempo referida no **caput** será feita à razão de: I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

direito, cabe ao Estado disponibilizar postos de trabalho suficientes e adequados às condições de cada um, levando em consideração a aptidão e capacidade laboral do preso. Determina ainda a Lei nº 7.210/84 que na atribuição do trabalho devem ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado (art.32 da LEP).

Não há dúvidas de que em um sistema prisional superpovoado, muito além da sua capacidade, a negação do direito ao trabalho passa a ser uma das tantas violações que se impingem aos encarcerados no Brasil. Sendo certo que o trabalho, quando é disponibilizado pelo Estado, geralmente não leva em consideração aptidões, habilidades ou características pessoais do preso, porquanto de regra a oferta intramuros se restringe aos serviços de limpeza, conservação e cozinha. Tampouco possui qualquer preocupação em preparar o preso para as oportunidades que possam surgir no mercado de trabalho, na medida em que é lugar comum se verificar presos urbanos, que sempre viveram, e quando saírem do cárcere, viverão nas cidades, cumprindo penas no regime semiaberto em colônias agrícolas, onde a realização do trabalho não tem qualquer relação com as possibilidades futuras de trabalho para o apenado.

Assim, as incongruências do sistema prisional, que na realidade são endêmicas ao próprio modelo adotado para punição da delinquência no Brasil, conduzem para a reincidência de crimes que irão refletir de forma contundente em toda a sociedade. Reforça-se desta forma a ideia de que o Estado é incompetente para gerenciar o sistema carcerário e que a medida de menor custo e eficiência, pois possibilitaria realizar tudo aquilo que o Estado não consegue fazer, seria a privatização do sistema carcerário no Brasil.

A primeira iniciativa formal para privatização de presídios no Brasil foi feita pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), em janeiro de 1992, por intermédio da proposta de regras básicas para o Programa de Privatização do Sistema Penitenciário do Brasil, apresentada pelo seu então presidente, professor Edmundo Oliveira¹⁹⁴, e tinha exatamente como escopo:

- a. atender aos preceitos constitucionais da individualização da pena e de respeito à integridade física e moral do preso;
- b. lançar uma política ambiciosa de reinserção social e moral do detento, destinada a confiar nos efeitos da reabilitação e a refrear a reincidência;
- c. introduzir, no sistema penitenciário, um modelo administrativo de gestão moderna;
- d. reduzir os encargos e gastos públicos;

¹⁹⁴ Pós-Doutor (Ph.D.) em Direito Penal e Criminologia e consultor da Organização das Nações Unidas (ONU) para segurança.

- e. favorecer o desenvolvimento de salutar política de prevenção da criminalidade, mediante a participação organizada da comunidade nas tarefas de execução da pena privativa de liberdade;
- f. aliviar, enfim, a dramática situação de superpovoamento, no conjunto do parque penitenciário nacional.¹⁹⁵

Estes foram os argumentos forjados na proposta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), ainda em 1992, para justificar a privatização de presídios no Brasil, a título de vantagens, em que se sobressaem a reabilitação do preso, a fim de conter a reincidência, a redução dos gastos públicos e a diminuição da superlotação carcerária. Nesse modelo que vende a ideia de um sistema perfeito, capaz de alcançar a meta da ressocialização, o trabalho prisional remunerado é obrigatório e se destaca, enchendo os olhos quando cotejado com o sistema carcerário oficial.

Em que pese o próprio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, por intermédio da Resolução nº 08, de 09 de dezembro de 2002, por unanimidade, ter recomendado a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro, deixando para traz a proposta apresentada em 1992, por considerá-la incompatível com os objetivos visados pela política penitenciária; em janeiro de 2013, inaugurou-se a primeira prisão privada do Brasil, por meio de Parceria Público-Privada, no município de Ribeirão das Neves, estado de Minas Gerais, que tomamos como paradigma para esta pesquisa, para análise da (in) compatibilidade do modelo com o Estado Democrático de Direito.

¹⁹⁵ MINHOTO, 2000. p. 168.

3 O ESTADO MÍNIMO NOS PRESÍDIOS: A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SISTEMA PRISIONAL

Num País cujo modelo político-econômico apresenta características neoliberais, como é o caso do Brasil, o sistema prisional não escaparia aos seus influxos, quer pelos custos exorbitantes do encarceramento, quer pela indústria que lhe é adjacente, que movimenta e que faz circular bens e serviços, injetando milhões de reais na economia¹⁹⁶.

A doutrina do neoliberalismo defende a retração do Estado na economia, e isso acontece deste o Século XVIII, com o surgimento do liberalismo clássico, que pregava a diminuição da intervenção estatal no mercado, em que a iniciativa privada deveria estar na base. O Estado deve se reduzir para ser mais eficiente; isso tudo faz parte da principiologia capitalista neoliberal, que tem no lucro sua maior fonte de inspiração.

Nesse diapasão, o Estado encolhe sua intervenção direta no domínio econômico e deixa de realizar alguns serviços públicos, privatizando empresas estatais, até mesmo o encarceramento, a exemplo dos Estados Unidos, que viu neste segmento um mercado promissor.

No cenário de expansão do direito penal, com consequente aprisionamento em massa que tem provocado um superpovoamento nos presídios brasileiros, e diante da carência de recursos e desinteresse estatal em investir no setor, surge a ideia de privatização do cárcere, importada dos Estados Unidos, que se caracteriza por transferir atividade típica do Estado para o setor privado. Nesta investigação pretende-se analisar a (in) compatibilidade da privatização de presídios com o Estado Democrático de Direito, sob o argumento da ressocialização.

São várias as formas de transferência das atividades inerentes ao setor prisional, do Estado para o particular, que vão deste a terceirização de alguns serviços (limpeza, segurança e alimentação), até a privatização total de um presídio, por meio de Parcerias Público-Privadas nos moldes da concessão administrativa para construção e gestão de complexo

¹⁹⁶ A título exemplificativo, a Ata de Registro de Preços nº 004/2013 visando a contratação de empresa para monitoramento eletrônico de reeducandos, sob vigilância do Estado de Pernambuco, através de pulseiras/tornozeleiras eletrônicas, formalizada em 30 de agosto de 2013, para 1.500 serviços de monitoramento, previa um valor de R\$ 3.966.840,00 (três milhões, novecentos e sessenta e seis mil e oitocentos e quarenta reais), para um prazo de 12 (doze) meses. Disponível em: <http://www2.sad.pe.gov.br/web/sad/atas-de-registro-depreco;jsessionid=3E9DEBE4C3C66D4D3858EA> 87
[FD7E8386.jvm3i1?p_p_id=110_INSTANCE_Xbv2&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=2&p_p_col_count=3&110_INSTANCE_Xbv2_struts_action=%2Fdocument_library_display%2Fview&110_INSTANCE_Xbv2_folderId=16084285](http://www2.sad.pe.gov.br/web/sad/atas-de-registro-depreco;jsessionid=3E9DEBE4C3C66D4D3858EA). Acesso em: 15 set.2015.

penitenciário, feita pelo governo de Minas Gerais, com o Consórcio Gestores Prisionais Associados (GPA).

3.1 AS IMPROPRIEDADES E INCONSTITUCIONALIDADES DA PRÓPRIA LEI DE PARCEIRAS PÚBLICO-PRIVADAS

A Parceria Público-Privada (PPP) surgiu no Brasil com o advento da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que na realidade criou uma “espécie nova” de concessão de serviço ou obra pública¹⁹⁷. Na dicção do art. 2º da referida lei, a Parceria Público-Privada “é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Portanto, quis o legislador que as Parcerias Público-Privadas fossem consideradas modalidades de concessão de serviço público, e assim sendo, tem-se que “seu objeto será necessariamente a prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados”¹⁹⁸.

Neste trabalho, vamos nos interessar pela PPP na modalidade administrativa – por ser a aplicada na privatização de presídios – que de acordo com a lei¹⁹⁹ é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

A par de que a Parceria Público-Privada é legalmente definida como modalidade de concessão de serviço público, cuja remuneração se dá normalmente pela cobrança de tarifas pagas pelos usuários diretos dos serviços, a lei cuidou de qualificar expressamente a Administração Pública como usuária dos serviços prestados pelas PPPs²⁰⁰, exatamente como aquela usuária que paga tarifa, por exemplo, pelo serviço de telefonia móvel, o que, em certa medida, já soa estranho.

Fica certo que na Parceria Público-Privada quem remunera o prestador do serviço é a Administração Pública e não o usuário do serviço prestado; para Bandeira de Mello, trata-se de uma contradição, já que a justificativa explanada para a instituição das PPPs foi suprir a carência de recursos por parte do ente público, quando a norma prevê que a Administração

¹⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2007. p.772-773.

¹⁹⁸ idem, *ibid.*, p.774.

¹⁹⁹ Art. 2º, §2º da Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004.

²⁰⁰ MELLO, *op. cit.*, p.776.

remunere o parceiro privado pelos serviços quando quem deveria fazê-lo era o público beneficiário²⁰¹.

Para Bandeira de Mello, a concessão administrativa é uma falsa concessão:

Ocorre que é praticamente impossível conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a Administração compareça como simples usuária, mas na quantidade e frequência suficiente para acobertar tais serviços, maiormente se envolverem também a execução de obra ou implantação de bens. Logo, o que a Administração teria que pagar para acobertar os dispêndios da prestação do serviço, embora devesse ser uma tarifa, não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra – o que, evidentemente, descaracteriza a parceria como uma concessão²⁰².

Assim, na concessão administrativa por via de Parcerias Público-Privadas para explorar o sistema prisional, que requer além da execução de obra (o complexo prisional) e a implantação de bens (salas de aulas, oficinas de trabalho, ambulatório, enfermaria etc.), a própria custódia do preso, os dispêndios não seriam supridos por tarifas pagas pelo Estado, mas por uma remuneração mensal, atribuível por cada pessoa presa na unidade prisional privada, o que desnatura o caráter de concessão de serviço público.

Dessa forma, seguindo Bandeira de Mello, temos que a lei de introdução dessa nova modalidade de concessão apenas quis realizar um contrato de prestação de serviço, travestido de “concessão”, muito mais interessante que os demais contratos do regime geral, pelas vantagens oferecidas e que encham os olhos dos contratados²⁰³.

São vantagens e garantias do parceiro privado nos contratos de PPPs: a) prazo do contrato superior a cinco anos, podendo chegar a trinta e cinco²⁰⁴; b) o valor do contrato não pode ser inferior a vinte milhões de reais²⁰⁵; c) constituição de garantias por parte da Administração na forma de vinculação de receitas, o que não se vislumbra nos contratos em geral²⁰⁶; d) instituição de mecanismos privados de resolução de conflitos, como a arbitragem,

²⁰¹ Diz o Celso Antonio Bandeira de Mello, em nota de rodapé na obra: **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 776: “Nisto se evidencia que o verdadeiro propósito que lhes anima a introdução é puro e simples desejo de prestigiar ao máximo o ideário neoliberal de atribuir a particulares a gestão de atividades públicas.”

²⁰² MELLO, op., cit., p. 777.

²⁰³ idem, *ibid.*, p. 777.

²⁰⁴ Lei nº 11.079/2004: Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação.

²⁰⁵ Lei nº 11.079/2004: Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. §1º...; §2º...; §3º... § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

²⁰⁶ Lei nº 11.079/2004: Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: (Vide Lei nº 13.043, de 2014) Vigência I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal.

o que não é permitido nos contratos administrativos em geral, por se tratar de interesse público, e, portanto, indisponível²⁰⁷; e) variadas formas de pagamento ao parceiro privado, de maneira que assegure a liquidez do contrato e evite que a Administração alegue falta de recursos disponíveis²⁰⁸; e f) previsão contratual de penalidades ao parceiro público, em caso de inadimplência²⁰⁹.

Além das impropriedades e contradições, a Lei nº 11.079/2004 apresenta intransponíveis inconstitucionalidades, como a prevista no art. 8º, I, que preceitua que as obrigações da Administração nos contratos de PPPs podem ser garantidas por vinculação de receitas, o que viola o art. 167, IV da Constituição de 1988²¹⁰. Em outras palavras, não se pode vincular uma receita pública como garantia de crédito de particular, por se constituir em vedação constitucional²¹¹.

Da mesma forma, a prescrição do art. 8º, II da Lei nº 11.079/2004 também é inconstitucional ao prever a instituição ou utilização de fundos especiais como garantia das obrigações pecuniárias da Administração, posto que estes fundos se constituem como bens públicos, e sabemos que bens públicos são gravados com a cláusula da impenhorabilidade, pelo que os credores públicos devem se valer, quando não pagos, como previsto no art. 100 da Constituição Federal²¹², por meio de precatórios, na ordem de sua apresentação²¹³.

²⁰⁷ Lei nº 11.079/2004: Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: I - ...; II - ...; III - o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

²⁰⁸ Lei nº 11.079/2004: Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I - ordem bancária; II - cessão de créditos não tributários; III - outorga de direitos em face da Administração Pública; III - (Vide Lei nº 13.043, de 2014) Vigência; IV - outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V - outros meios admitidos em lei.

²⁰⁹ Lei nº 11.079/2004: Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: II - as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas.

²¹⁰ **CF/1988: Art. 167. São vedados:** IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

²¹¹ MELLO, op., cit., p. 786.

²¹² CF/1988: Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

²¹³ MELLO, op., cit., p. 786.

Por outro lado, o Fundo Federal Garantidor de Parcerias Público-Privadas, previsto no art. 16 da Lei nº 11.079/2004²¹⁴, guarda nítida inconstitucionalidade, conforme Bandeira de Mello:

Não podem ser instituídos novos fundos enquanto não sobrevier a lei complementar prevista no art. 165,§9º, II da Constituição, de acordo com o qual a ela compete: “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos”²¹⁵.

Por fim, Bandeira de Mello ainda apresenta duas inconstitucionalidades na Lei nº 11.079/2004: a do art. 8º, V, por considerar inadmissível a criação de empresa estatal garantidora de obrigações contraídas de PPPs; e outra, a do art. 11, III, por ser inaceitável pela Constituição que árbitros particulares possam resolver conflitos em que se discutam serviços públicos, de interesse do Estado, e, portanto, indisponíveis.

Ressalta-se que a Lei nº 11.079/2004, em seu art. 4º, III, descreve as atividades que não poderiam ser objeto de contrato de Parcerias Público-Privadas (indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado)²¹⁶.

Assim, a nova modalidade de concessão de serviços públicos, por intermédio das PPPs, já nasceu com acentuadas incongruências e intransponíveis inconstitucionalidades, que por si só fundamentam a inaplicabilidade do contrato na espécie, notadamente no âmbito do sistema prisional, por se tratar de atividade exclusiva do Estado e por isso indelegável, como se verá com maior densidade no decorrer deste capítulo.

3.2 O AVANÇO DA PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS NO BRASIL: A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA A CONSTRUÇÃO E GESTÃO DE COMPLEXO PENITENCIÁRIO EM MINAS GERAIS

A crise do sistema carcerário no Brasil decorrente do aprisionamento excessivo e da falta de investimentos no setor, cuja justificativa foi sempre a carência de recursos, acendeu a

²¹⁴ Lei nº 11.079/2004: Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

²¹⁵ MELLO, op.,cit., p. 787-788.

²¹⁶ Lei nº 11.079/2004: Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

luz para iniciativas que, de um lado, atendem à inércia governamental quanto às suas funções indelegáveis, mas que se recusa realizar com eficiência; e, de outro, satisfazem aos interesses de um modelo político-econômico neoliberal, porque transferem para a iniciativa privada, mediante remuneração paga pelo próprio Estado, serviços que ele deveria prestar.

Observa-se o desinteresse estatal em manter um sistema prisional compatível com as finalidades para as quais foi instituído e o interesse capitalista de auferir lucros ocupando espaço que cabia obrigatoriamente ao Poder Público.

Nesse contexto, surge em Minas Gerais a primeira iniciativa de privatizar presídios, por intermédio de parceria do Estado com o particular, para construir e gerir Complexo Penitenciário localizado no município de Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte, utilizando-se da nova modalidade de concessão de serviços públicos, a Parceria Público-Privada, criada pela Lei nº 11.079/2004.

A PPP de Ribeirão das Neves, para privatização de presídios, foi justificada pela necessidade de uma gestão profissional das unidades carcerárias, pela qualidade e eficiência na custódia do criminoso, e pela promessa de efetiva ressocialização do detento, como declarou o governo de Minas Gerais²¹⁷. Daqui, podemos tirar duas conclusões: que o Estado reconhece sua incapacidade e incompetência administrativa para gerir o sistema prisional; e que a privatização promete a efetiva ressocialização do apenado, como argumento persuasivo para sua implantação.

O contrato foi assinado em 16 de junho de 2009, pela Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS) e a Concessionária Gestores Prisionais Associados S/A (GPA), formada pelo consórcio de cinco empresas²¹⁸, tendo como interveniente-anuente a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico (SEDE), que prevê um prazo de dois anos para a construção do empreendimento e a gestão prisional a cargo da Concessionária pelo período de vinte e cinco anos, até 2036, podendo ser prorrogado na forma da lei até o limite de trinta e cinco anos, cujo termo final seria o ano de 2044, conforme cláusula contratual:

CLÁUSULA 6 – DO PRAZO

6.1. O prazo de vigência do CONTRATO é de 27 (vinte e sete) anos, contados a partir da data de sua assinatura.

6.2. O prazo de que trata o item anterior poderá ser prorrogado, de forma a assegurar a efetiva e adequada gestão do COMPLEXO PENAL pela CONCESSIONÁRIA, respeitados os limites estabelecidos na legislação aplicável, bem como as hipóteses contempladas neste CONTRATO.

²¹⁷ PPP. Parceria Público Privada. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-complexo-penal/page/97?view=page>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

²¹⁸ CCI Construções S/A; Construtora Augusto Velloso S/A; Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços LTDA; N. F. Motta Construções e Comércio e Instituto Nacional de Administração Penitenciária (INAP).

A despeito da proclamada eficiência da iniciativa privada, o contrato de concessão firmado com o Consórcio GPA, desde sua assinatura em 2009, foi aditado em: 30 de novembro de 2012; em 29 de julho de 2013; em 27 de maio de 2014; e em 17 de outubro de 2014, todos visando alteração do cronograma físico das obras de infraestrutura, em que o último aditivo prevê a entrega da quarta e quinta Unidade Penal e da Célula Mãe (Edificação Administrativa) para 27 de outubro de 2015, o que certamente levará a prorrogação do contrato até o prazo limite de trinta e cinco anos²¹⁹.

A arquitetura concebida para o projeto prevê a disponibilização de, no mínimo, 2920 vagas e no máximo de 3.040 vagas, todas masculinas, sendo pelo menos 1.820 para o regime fechado e 1.100 vagas para o regime semiaberto, distribuídas em cinco unidades independentes e estanques, apresentando, dentre outras características arquitetônicas:

Em nenhuma das Unidades Penais haverá internos de diferentes regimes de cumprimento de pena, fechado ou semi-aberto, simultaneamente; Cada cela de Unidade Penal do regime fechado deverá abrigar, no máximo, 4 (quatro) internos; Cada cela de Unidade Penal do regime semi-aberto deverá abrigar no máximo 8 (oito) internos; Deverá ser buscado, tanto quanto possível, linhas desobstruídas de visão, principalmente nos pontos dedicados para os agentes de monitoramento e deverá ser evitada a existência de locais onde os internos possam se reunir fora do campo visual dos Agentes de Monitoramento ou de serem monitorados por equipamento tecnológico de segurança; A disposição das janelas, pátios e recintos comuns das áreas de reclusão não poderão permitir o contato físico ou visual entre internos de Pavilhões ou Unidades Penais distintas; A concepção arquitetônica deverá prever que os internos não tenham contato visual direto com as vias de circulação dos Agentes de Monitoramento ou do pessoal administrativo do COMPLEXO PENAL²²⁰.

Aqui se reproduz com as tecnologias modernas de segurança a ideia do estabelecimento carcerário “panóptico” de Bentham²²¹, da vigilância total com o mínimo de esforço, mediante controle constante da conduta do apenado, não permitindo que ele disponha de um só instante de privacidade²²².

No Complexo prisional de Ribeirão das Neves, os presos são monitorados 24 horas por dia, direta ou indiretamente, e o contato físico ou visual entre detentos de pavilhões distintos fica impossibilitado. Esta impossibilidade representa uma invasão absoluta da

²¹⁹ PPP. Op. cit.

²²⁰ Anexo XIII, da proposta de concessão administrativa – “Critérios para habilitação da metodologia de execução”.

²²¹ Zaffaroni descreveu Jeremy Bentham, como “o pensador inglês que exerceu decisiva influência tanto na reforma penal de seu país, como nos redatores do código Napoleão, foi quem melhores argumentos proporcionou para o controle social institucionalizado das massas miseráveis” (ZAFFARONI; PIERANGELI, p. 125).

²²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.1. p. 243.

privacidade do preso, que se contradiz com a ideia ressocializadora utilizada como discurso para justificar a privatização do cárcere.

Já no preâmbulo do contrato, o Estado de Minas Gerais declara sua decisão de transferir para ente privado a construção e gestão de Complexo Penal, por meio de concessão administrativa:

CONSIDERANDO:

1) Que o **ESTADO DE MINAS GERAIS**, por intermédio da **SEDS**, atendendo ao interesse público e mediante licitação (Processo Licitatório nº 020/2008), na modalidade de concorrência (Concorrência Internacional nº 01/2008), decidiu delegar à iniciativa privada a construção e gestão do **COMPLEXO PENAL**, pelo prazo de 27 (vinte e sete) anos, contados da data de sua assinatura do presente Instrumento, mediante **CONCESSÃO ADMINISTRATIVA**²²³.

Assim, o Estado de Minas Gerais decidiu entregar à iniciativa privada a construção e gestão do Complexo Penal de Ribeirão das Neves (Cláusula nº5 do contrato). A delegação para a construção das unidades prisionais não oferece maiores problemas, no entanto, a delegação para a gestão do presídio encontra barreiras intransponíveis quando se tratam de atividades típicas do Estado e que por esta razão não poderiam ser transferidas ao particular.

CLÁUSULA 5 – DO OBJETO

5.1. O objeto do presente CONTRATO é a **CONCESSÃO ADMINISTRATIVA** para a construção e gestão de **COMPLEXO PENAL**, em conformidade com os requisitos contidos neste CONTRATO, no EDITAL e respectivos ANEXOS, e nas propostas e demais documentos apresentados pela **CONCESSIONÁRIA** na LICITAÇÃO.

Ao se falar em delegação para a gestão do Complexo Penal, a partir da análise das obrigações da Concessionária, evidencia-se que esta passa a assumir, por força do contrato, atividades exclusivas do Estado e, por isso, indelegáveis, como serão analisadas mais adiante. A cláusula nº 17.3 do Contrato de Concessão Administrativa relaciona um rol extenso de obrigações para o ente privado, sem prejuízo de outras previstas no próprio contrato e seus anexos, bem como na legislação aplicável²²⁴, querendo, desta forma, alcançar todas as atividades inerentes à gestão prisional no âmbito do Complexo de Ribeirão das Neves.

²²³ CONTRATO de Concessão Administrativa, p. 3. Disponível em: < [Chttp://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf](http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2015.

²²⁴ “Cláusula 17.3. São obrigações da **CONCESSIONÁRIA**, sem prejuízo de outras obrigações estabelecidas neste CONTRATO e em seus ANEXOS, bem como na legislação aplicável [...]” In: CONTRATO de Concessão Administrativa, p. 38-46. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf>. Acesso em: 13 maio, 2015.

Não se pode olvidar que existem serviços no âmbito do sistema prisional, no interior das prisões que, sem dúvida, podem ser realizados pelo particular. Isso é tão verdadeiro que há muito tempo se terceirizam alguns deles, como alimentação, limpeza e conservação, em vários Estados brasileiros²²⁵.

Noutro giro diametralmente oposto, existem incumbências que são típicas do ente estatal, ou porque estão relacionadas direta ou indiretamente com o poder coercitivo, com o poder de polícia e aplicação de disciplina forçada que só o Estado detém (todas aquelas relacionadas diretamente à custódia do preso, em si), ou porque são serviços cuja previsão constitucional ou legal está delimitada para certos órgãos do Estado, que o constituinte ou legislador entendeu direcionar, e por isso, intransferíveis para ente privado.

Se de um lado o Estado, ao qual é incumbida a execução e fiscalização da pena, sob o argumento da falta de recursos para investir no setor prisional, transfere essa atividade que lhe é própria para o particular, do outro, o empresário, ávido por lucro, vende o serviço mediante determinada remuneração. Aqui, em consonância com a lógica neoliberal capitalista, cresce o que se chama de mercado carcerário ou indústria da prisão, movimentando bilhões de reais.

O paradigma desta pesquisa demonstra muito bem isso. O valor estimado do contrato da PPP de Ribeirão das Neves é, em valores de 31 de dezembro de 2008, de R\$ 2.111.476.080,00 (dois bilhões, cento e onze milhões, quatrocentos e setenta e seis mil e oitenta reais)²²⁶, levando em consideração a soma das parcelas referentes à contraprestação pecuniária mensal por toda a vigência do contrato. Em 29 de julho de 2013 foi assinado Termo Aditivo ao Contrato²²⁷, prevendo parcelas complementares, mensais, no período de agosto de 2013 a dezembro de 2018, no valor de R\$ 1.890.060,00 (Um milhão, oitocentos e noventa mil e sessenta reais) cada.

²²⁵ Todas as unidades do Amazonas, da Bahia, do Distrito Federal, do Maranhão, do Pará, de Roraima, de Sergipe e de Tocantins têm algum tipo de serviço terceirizado.

²²⁶ CLÁUSULA 12 – DO VALOR ESTIMADO DO CONTRATO: 12.1. O VALOR ESTIMADO DO CONTRATO é de R\$ 2.111.476.080 (dois bilhões e cento e onze milhões e quatrocentos e setenta e seis mil e oitenta reais), calculado com base na soma dos valores nominais, constantes em valores de 2008, da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA MENSAL e da PARCELA ANUAL DE DESEMPENHO, calculadas com base no teto do VALOR DA VAGA DIA DISPONIBILIZADA E OCUPADA EM UNIDADE DE REGIME FECHADO, ao longo do período de CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.

²²⁷ Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão Administrativa para construção e gestão de complexo penal na região metropolitana de Belo Horizonte, celebrado entre o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais, com interveniência da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico e Gestores Prisionais Associados. TERMO Aditivo ao Contrato de Concessão Administrativa, Disponível em < <http://www.ppp.mg.gov.br/contrato-penal/page/99?view=page>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

A remuneração do Estado para a Concessionária é composta de três parcelas: uma contraprestação pecuniária mensal; uma parcela anual de desempenho e uma parcela referente ao parâmetro de excelência²²⁸.

A contraprestação pecuniária mensal objetiva remunerar a Concessionária pelos serviços prestados conforme objeto do contrato, e leva em conta o valor de R\$ 74,63 (setenta e quatro reais e sessenta e três centavos) por cada vaga/dia disponibilizada e ocupada em regime fechado, na data base da proposta econômica, em 31 de dezembro de 2008²²⁹.

Frisa-se que o cálculo para apuração da contraprestação pecuniária cheia considera o valor da vaga/dia disponibilizada e ocupada, o total de vagas disponibilizadas e o total de vagas efetivamente ocupadas durante o mês. A equação considera uma ocupação mínima de 90%. Isso significa que o parceiro privado, independente da quantidade de vagas ocupadas, vai ter sua remuneração garantida em pelo menos 90% da capacidade²³⁰.

Por outro lado, a parcela anual de desempenho visa remunerar a Concessionária pelos aspectos qualitativos de desempenho operacional, apurados por relatórios anuais, elaborados por ela e entregues ao Estado, com base em indicadores pré-estabelecidos, como assistência jurídica, assistência social, ocupação do sentenciado e ocorrências de eventos graves, que servirão de base para o cálculo do parâmetro anual de desempenho, que vai determinar o valor da remuneração anual a ser paga²³¹. Nota-se bem que o indicador: ocupação do sentenciado, em nome da ressocialização, serve de base para aumentar os rendimentos da Concessionária, o que motiva o seu interesse por mais presos trabalhando.

Já a parcela referente ao parâmetro de excelência tem por objetivo remunerar a Concessionária pela ocupação do condenado com trabalho remunerado. Explicando em outras

²²⁸CLÁUSULA 14 – DA REMUNERAÇÃO DO PODER CONCEDENTE À CONCESSIONÁRIA E DA FORMA DE PAGAMENTO.14.1. A remuneração da CONCESSIONÁRIA será composta pelas seguintes parcelas para cada UNIDADE PENAL: a) CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA MENSAL; b) PARCELA ANUAL DE DESEMPENHO; e c) PARCELA REFERENTE AO PARÂMETRO DE EXCELÊNCIA.

²²⁹ 12.2. O teto do VALOR DA VAGA DIA DISPONIBILIZADA E OCUPADA EM UNIDADE DE REGIME FECHADO previsto no item 10.12 e do EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 01/2008 – SEDS é de R\$ 75,00 (setenta e cinco reais), sendo que o VALOR DA VAGA DIA DISPONIBILIZADA E OCUPADA EM UNIDADE DE REGIME FECHADO proposto pela CONCESSIONÁRIA e adjudicado na LICITAÇÃO é de R\$ 74,63 (setenta e quatro reais e sessenta e três centavos) na data base da PROPOSTA ECONÔMICA.

²³⁰ $CNTRPRCH = VVG DIA * (SUPTLZD * 0,9 + OCUP * 0,1)$, onde CNTRPRCH é contraprestação pecuniária cheia; o VVG DIA é valor da vaga dia disponibilizada e ocupada; o SUPTLZD é o total apurado de vagas dias disponibilizadas na respectiva Unidade Penal durante o mês; e OCUP é o total de vagas dia ocupadas na respectiva Unidade Penal durante o mês.

²³¹ CLÁUSULA 14.15.1 – O Valor da PARCELA ANUAL DE DESEMPENHO (PAD) não poderá exceder 1,5% (um e meio por cento) da receita total referente à CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA MENSAL auferida pela CONCESSIONÁRIA nos 12 (doze) meses a que corresponder a PAD.

palavras: quanto mais presos trabalhando para as empresas estabelecidas na Unidade Prisional, mais recebe a Concessionária a título de bonificação²³².

Ainda coube ao Poder Concedente disponibilizar o terreno para construção do Complexo Penal; construir as vias de acesso ao local; responsabilizar-se pela segurança externa, muralhas e áreas adjacentes; bem como o transporte dos condenados para a Unidade Prisional e desta para outras localidades do Estado²³³. Ressalta-se que a única autoridade pública presente na Unidade Prisional é o Diretor Público de Segurança, que é nomeado pelo Poder Concedente, conforme cláusula 17.2, “g”²³⁴, do Contrato de Concessão Administrativa, e que tem atribuições limitadas, como, por exemplo: supervisionar os registros de prontuários e autorizar a liberação do preso quando do cumprimento de alvará de soltura e nenhum poder hierárquico sobre os administradores privados.

Por conta da mínima participação do Estado, por intermédio do Diretor Público de Segurança, fala-se em cogestão, assemelhada ao modelo francês, para fugir da inconstitucionalidade de transferir ao particular atividade que é própria da Administração Pública. Ao contrário, o modelo mais se assemelha ao estadunidense, visto que deixa ao particular a vigilância e o controle total sobre os presos.

Desse modo, a PPP do Complexo penal de Ribeirão das Neves parece ser um bom negócio, visto que dispõe de clientela garantida (pelo menos 90% de ocupação), longo prazo para exploração (que pode chegar a trinta e cinco anos), local, infraestrutura e segurança externa custeadas pelo Estado, além de uma receita que ultrapassa dois bilhões de reais, pelo período do Contrato.

²³²CLÁUSULA 14.16 – O PARÂMETRO DE EXCELÊNCIA será adimplido bimestralmente pelo PODER CONCEDENTE com base na parcela de ressarcimento recebido pelo PODER CONCEDENTE como fruto do trabalho dos sentenciados de cada UNIDADE PENAL do COMPLEXO PENAL.

²³³CLÁUSULA 17.2: h) disponibilizar o imóvel onde será localizado o COMPLEXO PENAL objeto deste CONTRATO, responsabilizando-se pelas obras necessárias para garantir o acesso ao local indicado, conforme descrito na DESCRIÇÃO PLANIALTIMÉTRICA DO TERRENO, anexo ao EDITAL; i) garantir a transferência e o transporte de sentenciados para o COMPLEXO PENAL objeto deste CONTRATO, e do COMPLEXO PENAL para outra localidade no Estado de Minas Gerais; j) responsabilizar-se pela segurança externa do COMPLEXO PENAL, de sua muralha e áreas adjacentes.

²³⁴ CLÁUSULA 17.2. São obrigações do PODER CONCEDENTE, sem prejuízo de outras obrigações estabelecidas neste CONTRATO e em seus ANEXOS e na legislação aplicável: g) nomear servidores para ocuparem os cargos de Diretor Público de Segurança de cada UNIDADE PENAL, cujas atribuições estão definidas em lei e no CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA, anexo deste CONTRATO.

3.2.1 A inconstitucionalidade e impropriedade da assistência jurídica prestada pela Concessionária

Dentre as funções atribuídas ao parceiro privado, está a de prestar serviços na área jurídica aos sentenciados²³⁵, por intermédio de equipe jurídica, com os custos suportados pela Concessionária - que atuaria em caráter suplementar aos defensores públicos e advogados - que pelo contrato inicial poderia prestar assistência jurídica integral, no âmbito judicial e administrativo, inclusive na defesa perante o Conselho Disciplinar.

A Constituição Federal do Brasil reservou às Defensorias Públicas a assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes²³⁶. Assim como na Parceria Público-Privada é o Estado que remunera o parceiro privado, este, ao patrocinar a assistência jurídica dos sentenciados hipossuficientes, por meio de equipe jurídica sob suas expensas, estaria violando a Constituição, ao usurpar atribuições da Defensoria Pública. Esta seria uma forma de, usando recursos públicos, remunerar advogados particulares para assistir pessoas vulneráveis, papel constitucionalmente atribuído às Defensorias Públicas.

Ademais, seria inimaginável admitir que advogados pagos pela Concessionária teriam a isenção necessária para promover a defesa dos presos perante o Conselho Disciplinar para apuração de faltas, especialmente quando estas decorrerem de fatos provocados pelos próprios agentes da Unidade Prisional Privada.

A inconstitucionalidade e impropriedade na forma como a equipe jurídica da Concessionária prestaria assistência jurídica aos sentenciados foi objeto da Ação Civil Pública nº 0024.08.135.073-8, proposta pelo Ministério Público em face do Estado de Minas Gerais, que por Termo Aditivo alterou a redação do item 3.1.1 do contrato que trata da assistência jurídica²³⁷, para dizer que a equipe jurídica da Concessionária atuaria para dar suporte aos defensores públicos, e não em caráter suplementar a estes, que representam os sentenciados, cujo cumprimento de pena ocorre em uma das Unidades Penais sob a administração da Concessionária.

²³⁵CLÁUSULA 17.3. São obrigações da CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo de outras obrigações estabelecidas neste CONTRATO e em seus ANEXOS, bem como na legislação aplicável: “p”: prestar serviços nas áreas jurídica, psicológica, médica, odontológica, psiquiátrica, assistencial, pedagógica, esportiva, social e religiosa, para o desenvolvimento e acompanhamento dos sentenciados, em conformidade como disposto na Lei de Execução Penal (Lei Federal nº 7.210, de 11/07/84).

²³⁶CF/1988: Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº80, de 2014).

²³⁷SÉTIMO TERMO Aditivo ao Contrato de Concessão Administrativa, Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/contrato-penal/page/99?view=page>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

3.2.2 Atribuições indelegáveis transferidas ao gestor privado: o particular com o poder coercitivo, uma incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito

O contrato firmado entre o Estado de Minas Gerais e o Consórcio Gestores Prisionais Associados (GPA) estipulou como atribuição da Concessionária prover o monitoramento interno de cada Unidade Penal, efetuar o controle e a inspeção nos postos de vigilância e manter o monitoramento dos sentenciados nos termos das respectivas sentenças condenatórias, bem como cumprir os mandados de soltura, após exame e autorização do Diretor Público de Segurança de cada Unidade Penal²³⁸.

Aqui fica clara a atribuição de vigilância e controle direto da Concessionária sobre o preso para fazer valer o comando do título executivo penal, atividade preponderantemente estatal que não poderia ser deslocada para o particular. Note que o parceiro privado tem poderes, inclusive, para cumprir decisões judiciais, que mesmo após o crivo do Diretor Público de Segurança²³⁹, representa parcela de poder que somente o Estado por si poderia ostentar.

Cabe também à Concessionária organizar e manter prontuários com identificação dos sentenciados, registro de movimentação, bem como sistema de informações, de maneira a permitir a execução das medidas necessárias ao cumprimento das determinações judiciais e do Conselho Penitenciário, mantendo ainda um cadastro informatizado com todos os dados da população carcerária, mediante supervisão do Diretor Público de Segurança de cada Unidade Penal, e ainda prover a guarda de valores dos sentenciados²⁴⁰.

Não é demais ressaltar que o Gestor Privado é quem organiza e mantém os registros de identificação dos presos, e controla todo o sistema de informações sobre os mesmos, que inclusive são utilizados para subsidiar as decisões dos juízes.

A Concessionária, dentre outras atribuições, presta serviços de assistência psicológica, assegurando a realização de exame criminológico, de investigação disciplinar e de perfil psicológico, elaborando boletins informativos²⁴¹, documentos que balizam o deferimento de direitos como progressão de regime e livramento condicional, e tem reflexos importantes em

²³⁸ Cláusula 17.3. São obrigações da CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo de outras obrigações estabelecidas neste CONTRATO e em seus ANEXOS, bem como na legislação aplicável: itens n1 e o1” do Contrato de Concessão Administrativa, p. 44. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2015.

²³⁹ Nomeado pelo Poder Concedente com atribuições definidas no caderno de encargos da Concessionária.

²⁴⁰ Cláusula 17.3. São obrigações da CONCESSIONÁRIA, op. cit.

²⁴¹ PROJETO de Pré-qualificação. **Boletins informativos**, p. 26

toda a execução da pena, na própria liberdade do apenado e que estão sob o controle do ente privado.

O parceiro privado deve garantir, de forma constante, a manutenção da ordem, a disciplina e a segurança no interior da Unidade Penal, inclusive durante os períodos e ocasiões de visitas, observadas as determinações e orientações do Diretor Público de Segurança do complexo penitenciário, ouvido o Subdiretor Público de Segurança, e sob a fiscalização da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS)²⁴². Nota-se nesta atribuição o poder coercitivo delegado ao ente privado, no sentido de manter a ordem, a disciplina e a segurança do presídio, atividade típica do Estado e que em nenhuma hipótese poderia ser transferida ao particular.

A Concessionária tem como dever: manter registros com a identificação datiloscópica e fotográfica dos sentenciados; atualizar os prontuários dos sentenciados, de maneira a permitir o acompanhamento da evolução da pena e dos direitos concedidos²⁴³.

Todavia, o que mais surpreende é a atribuição concedida ao particular para preparar atestados, certidões de comportamento carcerário e outros documentos referentes à execução penal. Em outras palavras, a Concessionária tem o poder de emitir documentos que comprovem as horas trabalhadas e estudadas para efeito de remição, e que atestam o comportamento do preso, como requisito subjetivo para o direito a livramento condicional, progressão de regime, indulto, comutação de pena, saída temporária, dentre outros. Até mesmo a apresentação de sentenciados às autoridades requisitantes ficou a cargo da Concessionária, caracterizando, sem qualquer dúvida, o poder coercitivo empregado pelo particular sobre outro, o que incompatibiliza com o Estado Democrático de Direito.

Sem maior esforço, percebe-se que as atividades delegadas ao particular são típicas de Estado, impregnadas do que poderíamos chamar de poder de império, pois atinge a liberdade individual e impõe vigilância, caracterizando visível poder de polícia, de constrição sobre a pessoa, que um particular, em nenhuma hipótese, teria sobre outro se não investido em poderes do Estado, de uso da força e da coerção.

Não se pode duvidar que monitorar pessoas, cumprir mandado de soltura, manter registro, informações e controle sobre pessoas, inclusive ter a guarda de valores de sentenciado, organizar e manter prontuários com identificação de pessoas condenadas, não são decididamente tarefas delegáveis ao ente privado.

²⁴² item 2.2.3. Pré-qualificação. **Boletins informativos**, p.76.

²⁴³ PROJETO de Pré-qualificação. **Boletins informativos**, p. 82

Reprise-se que a Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da administração pública, declara em seu art.4º, inciso II, como indelegáveis as funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado, o que coloca em evidência a incompatibilidade da modalidade de concessão de serviço público, por meio de Parceria Público-Privada aplicada ao sistema prisional.

Neste ponto, é importante ressaltar a natureza jurídica da execução penal, para assim reforçar sua atividade como exclusiva do Estado, portanto indelegável. Com apoio em Grinover, entendemos a execução penal como uma atividade que se desenvolve em dois planos: jurisdicional e administrativo, com participação de dois poderes do Estado, o Judiciário e o Executivo. O primeiro atua por intermédio de seus órgãos jurisdicionais; e o segundo, no qual, de fato, a pena é executada, atua nos estabelecimentos prisionais²⁴⁴. Acrescenta Grinover, com absoluta razão:

deixando de lado a atividade meramente administrativa que resulta na expiação da pena, através da vida penitenciária do condenado, ou de sua vigilância, observação cautelar e proteção, e que é objeto do direito penitenciário e matéria estranha ao processo, o processo de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional²⁴⁵.

Sendo assim, pode-se dizer que a execução penal se desenvolve no plano administrativo e jurisdicional, com preponderância deste último. Há um entrosamento inseparável da atuação jurisdicional da atuação administrativa, uma vez que o comando da sentença condenatória penal é cumprido no presídio que é administrado pelo poder executivo, que no uso do seu poder de império age coativamente sobre o apenado, com poderes de disciplina, vigilância e castigo.

Ora, se a execução penal é preponderantemente jurisdicional, imbricada com a atividade administrativa desenvolvida no cotidiano do condenado, exercida pelo poder executivo que se vale do uso da força para manter a ordem e a disciplina no cárcere, ou ainda, utiliza seu poder de polícia e de império para fiscalizar, monitorar, impor constrições e disciplina, não se poderia cogitar em delegar tais funções ao particular.

Não se quer com isso dizer que todas as atividades realizadas no interior dos presídios sejam afetadas com exclusividade ao Estado, porquanto, as atividades ditas de hotelaria,

²⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Natureza jurídica da execução penal. Execução penal**: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudências e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987. p.7.

²⁴⁵ Idem. *ibid.*, p. 10.

fornecimento de alimentação, assistência médica, conservação e limpeza podem ser cometidas ao particular, por meio da terceirização, porque não representam atos de constrição que incidam diretamente sobre o indivíduo.

Diferentemente, quando se trata de atividades relativas à segurança, monitoramento, vigilância, registro de informações, cumprimento de alvará de soltura ou de decisão concessiva de direitos, como livramento condicional, progressão de regime, ou mesmo de regressão de regime, não podem ter deferidas ao particular sua execução, porque muitas vezes, pelo caráter coercitivo, tem que se valer do uso da força, o que caracteriza uma constrição de um particular sobre outro, o que representa uma violação da dignidade humana.

Conclui-se neste ponto que a Concessionária dispõe de um feixe de atribuições que são tipicamente de Estado, pelo caráter coercitivo que ostenta, e que desta forma não poderiam por ela serem executadas, por indelegáveis. Assim, a Parceria Público-Privada, observada a Lei nº 11.079/2004, não seria aplicável para privatização de presídios. Ademais, quando a Constituição Federal do Brasil, no art. 5º, XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, remete esta responsabilidade ao Estado, que deve diretamente garantir a execução da pena.

3.2.3 A ressocialização e o trabalho do preso como argumento forte para a privatização de presídios

São muitos os argumentos utilizados para justificar a privatização de presídios, que vão desde a inoperância do Estado – que levou ao sucateamento do sistema prisional do País – à suposta economia para os cofres públicos. Este último argumento já se mostrou frágil, visto que nos contratos de Parceria Público-Privada quem remunera o parceiro privado é o Estado. No entanto, o discurso mais importante e também o mais persuasivo, à primeira vista, é o de que o presídio privado favorece a ressocialização, na medida em que oferece condições dignas de aprisionamento e oferta de trabalho para todos os apenados.

Neste sentido, cada Unidade Penal do Complexo de Ribeirão das Neves deve proporcionar condições de ressocialização dos internos; isso foi levado em consideração como critério para habilitação da metodologia de execução adotada pela Concessionária para aprovação de sua proposta de privatização²⁴⁶. O trabalho no cárcere tem grande importância e

²⁴⁶ Anexo III, do Contrato de Concessão Administrativa, p.4 – Critérios para habilitação da metodologia de execução.

prioridade, passando a ser parâmetro de excelência para definição de bonificação a ser paga à Concessionária pelo Poder Concedente.

PARÂMETRO DE EXCELÊNCIA ou “E”: parâmetro para a definição da bonificação a ser repassada à CONCESSIONÁRIA, pelo PODER CONCEDENTE, em virtude da atuação daquela relacionada tanto com o trabalho do sentenciado quanto com as características deste trabalho associadas à ressocialização dele, conforme MECANISMO DE PAGAMENTO, anexo ao EDITAL.

Noutro dizer, o parceiro privado recebe uma bonificação que será calculada levando em consideração a quantidade de presos trabalhando e a ressocialização alcançada. Este é um incentivo para a Concessionária buscar mais empresas que se interessem em se estabelecer na Unidade Prisional e utilizar-se da mão de obra carcerária²⁴⁷.

O trabalho do preso deve ser remunerado como estabelece a Lei de Execução Penal, cujo valor não poderá ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo (art. 29 da Lei de Execução Penal). Na PPP de Ribeirão das Neves, do produto da remuneração, parte vai para ressarcir o Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, como prevê o art. 29 da Lei de Execução Penal.

A fim de incentivar o trabalho prisional remunerado, o Estado considera no cálculo da bonificação da Concessionária (parâmetro de excelência)²⁴⁸ o que recebeu do fruto do trabalho dos sentenciados. O preso trabalha, recebe, em regra, $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo, sem nenhum dos direitos sociais trabalhistas, pois não se submete às regras da CLT, e do valor recebido, parte vai para o Estado, que distribui um percentual para a Concessionária em forma de bonificação²⁴⁹.

Vale ressaltar que a mensuração de um parâmetro de excelência está associada à capacidade da Concessionária em captar externamente empresas interessadas em empregar o trabalho dos sentenciados, possibilitando a estes o máximo benefício possível em termos de

²⁴⁷ 14.1.3. A PARCELA REFERENTE AO PARÂMETRO DE EXCELÊNCIA visa a remunerar a CONCESSIONÁRIA pela sua atuação relacionada à garantia da adequada ocupação do tempo do sentenciado com o trabalho remunerado, conforme o MECANISMO DE PAGAMENTO e o SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO E DISPONIBILIDADE, anexos a este CONTRATO.

²⁴⁸ 14.16. O PARÂMETRO DE EXCELÊNCIA será adimplido bimestralmente pelo PODER CONCEDENTE com base na parcela de ressarcimento recebido pelo PODER CONCEDENTE como fruto do trabalho dos sentenciados de cada UNIDADE PENAL do COMPLEXO PENAL.

²⁴⁹ 14.16.1. A CONCESSIONÁRIA terá direito a um determinado percentual sobre a parcela de ressarcimento recebida pelo PODER CONCEDENTE, fruto do trabalho remunerado do sentenciado, conforme os termos do SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO E DISPONIBILIDADE e do MECANISMO DE PAGAMENTO, anexos ao CONTRATO, em função de sua atuação relacionada com a ocupação do tempo do sentenciado com atividades educacionais e laborais.

contrapartida financeira e perspectivas de ressocialização, autodesenvolvimento, bem como de sustento próprio após o cumprimento da pena²⁵⁰.

Aqui está presente um viés absolutamente capitalista, que industrializa a privação da liberdade, com a participação de conglomerado econômico para construção e gestão de presídios, com a participação de empresas que ofertam trabalho sem o recolhimento de encargos sociais e mediante remuneração quase sempre abaixo do salário mínimo (3/4 três quartos), o que é a regra. Compulsoriamente, o Estado se apropria de parte desta remuneração a título de ressarcimento, ao tempo em que repassa percentagem para o parceiro privado, como incentivo para mais empregos sob os auspícios argumentos da ressocialização.

Assim, a assistência ao trabalho é ponto prioritário da Concessionária, por ser interessante para o Estado, para o próprio parceiro privado – que é avaliado por este critério, que reflete na sua remuneração – e para as empresas, que captam a mão de obra dos apenados sem encargos sociais e trabalhistas, além de se converter em forte marketing em favor da privatização de presídios no Brasil. Não se pode negar que para o apenado, a única vantagem é a de retirá-lo da ociosidade, além de lhe conferir algum ganho. Todavia, trata-se de uma imposição, um dever, em que o preso adere sem opção de escolha, emprestando sua força de trabalho a preço e nas condições que lhe são ofertadas. Assim, pode-se dizer que tal condição se equipara a uma semiescravidão.

A assistência ao trabalho nos moldes concebidos no Projeto fica a cargo da Concessionária e compreende²⁵¹:

Incentivo ao trabalho remunerado dos internos; seleção dos sentenciados para o trabalho, observadas as orientações do Diretor Público de Segurança do complexo penitenciário e da CTC [Comissão Técnica de Classificação]; alocação e retirada dos sentenciados dos postos de trabalho, observadas as orientações do Diretor Público de Segurança do complexo penitenciário e da CTC; manutenção do histórico e da remuneração do trabalho do sentenciado; elaboração e revisão do relatório de frequência dos sentenciados para efeito de remuneração; emissão de atestado de trabalho aos sentenciados, para efeito de remição de pena, com base na frequência apurada; supervisão dos sentenciados do regime semiaberto durante a realização de trabalhos externos.

Vê-se que há um controle total das atividades laborais do preso por parte da Concessionária, que tem o poder de recrutar e retirar os sentenciados dos postos de trabalho, atestar frequência para efeito de remuneração e remição de pena, o que denota poder de império, de supremacia que só o Estado poderia se arvorar diante do particular.

²⁵⁰ Anexo X, do Contrato de Concessão Administrativa, p.2 – Sistema de mensuração de desempenho e disponibilidade.

²⁵¹ Proposta de pré-qualificação, item 2.1.3

Na Parceria Público-Privada de Neves, como é conhecida, coexistem duas configurações de trabalho dos sentenciados; em ambas, a tomadora do trabalho não poderá ser o parceiro privado, direta ou indiretamente. Na configuração A, o trabalho é de natureza preferencialmente industrial, rural, agrícola e de serviços, cujo tomador pode ser uma pessoa jurídica terceira e que guarde, com a Concessionária, independência administrativa, financeira, comercial e societária. Na configuração B, o trabalho é referente a serviços gerais e de manutenção da própria Unidade Penal. Em todo o caso, a Concessionária é responsável pela prospecção e administração dos postos de trabalho, pela manutenção da ordem e da disciplina, bem como pela higiene e segurança laboral e disciplinar. Aqui, mais uma vez, se evidencia o exercício do poder de polícia e disciplinar de entidade privada sobre o particular, o que se revela inconstitucional e ilegal.

Isso ocorre porque a Constituição Federal de 1988, ao teor do seu art. 144, reservou ao Estado as funções de segurança. Não se pode negar que a execução penal, embora seja atividade de natureza mista, é primordialmente judicial e tem seus influxos na segurança pública, por isso indelegável ao particular. A segurança enquanto dever do Estado remete a este o monopólio do uso da força, da investigação, do processo penal e da prisão, seja ela provisória ou decorrente de sentença penal condenatória.

No mesmo sentido, o trabalho do condenado tem previsão na Lei de Execução Penal, como dever social e condição de dignidade humana, com finalidade educativa e produtiva²⁵², cujo gerenciamento só pode ser feito por fundação, ou empresa pública, tendo como objetivo a formação profissional, ao teor do art. 34 da Lei de Execução Penal²⁵³. Do dispositivo citado, depreende-se que sendo a finalidade do trabalho educativa e produtiva, o foco está na pessoa do preso e não na lucratividade que pode gerar com a exploração de seu trabalho, já que, em tese, a finalidade é ressocializadora. Sendo assim, a lei excluiu as empresas privadas da possibilidade de gerenciar o trabalho do preso, visto que a delegação de tal serviço é patentemente ilegal.

No contrato de Parceria Público-Privada celebrado entre o Estado de Minas Gerais e o Consórcio GPA – Gestores Prisionais Associados – foi transferida para responsabilidade da Concessionária a manutenção da ordem e da disciplina, o que viola o art. 47 da Lei de Execução Penal, que preceitua que o poder disciplinar, na execução da pena privativa de

²⁵² Art. 28 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

²⁵³ Art. 34 da LEP. “O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado”.

liberdade, será exercido pela autoridade administrativa. Entenda-se como autoridade administrativa o agente público investido no cargo de diretor ou similar, da Unidade Prisional.

Cirino dos Santos, discorrendo sobre o trabalho carcerário realizado nos presídios privados, ressaltou:

Por último, sistemas de trabalho carcerário que submetam a força de trabalho encarcerada a qualquer outra autoridade diferente do Estado – como, por exemplo, o empresário privado – representam violação inconstitucional da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, CF), por uma razão elementar: a força de trabalho encarcerada não tem o direito de rescindir o contrato de trabalho, ou seja, não possui a única liberdade real do trabalhador na relação de emprego e, por isso, a compulsória subordinação de seres humanos a empresários privados não representa, apenas, simples dominação do *homem pelo homem*, mas a própria institucionalização do trabalho escravo²⁵⁴.

Diante dessas considerações, compreende-se que sujeitar a mão de obra do preso ao particular, com a delegação da tarefa de fiscalizar, manter a ordem e a disciplina do trabalho no âmbito carcerário é de uma inconstitucionalidade insuperável. A Constituição Federal de 1988 tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º), que resta violada com a imposição unilateral do trabalho, com usurpação da autonomia que é inerente a toda pessoa, para questionar o trabalho e sua remuneração.

Ao contrário, o preso submete-se a perceber valor inferior ao salário mínimo, sem a garantia de qualquer direito social-trabalhista, e ainda a repartir o produto do ganho, inclusive para ressarcir ao Estado – em proporção a ser fixada – as despesas realizadas com a sua manutenção²⁵⁵, o que se assemelha ao trabalho escravo.

No Estado de Minas Gerais, os condenados que cumprem pena na Parceria Público-Privada de Ribeirão das Neves percebem, de regra, $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo, que são compulsoriamente divididos da seguinte forma: $\frac{1}{4}$ (um quarto) é depositado para constituição do pecúlio em caderneta de poupança, que o condenado terá acesso quando posto em liberdade; $\frac{2}{4}$ (dois quartos) são disponibilizados imediatamente enquanto estiver trabalhando, para assistência à família e pequenas despesas pessoais; e $\frac{1}{4}$ (um quarto) é depositado diretamente para o Estado, para ressarcir as despesas realizadas com o preso.

²⁵⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Artigo Privatizações de Presídios**. Disponível em: < http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/privatizacoes_presidios.pdf >. Acesso em: 22 maio, 2015.

²⁵⁵ Art. 29 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) – O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo. §1º - O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) à assistência à família; c) às pequenas despesas pessoais; d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores. § 2º - Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em cadernetas de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Cumpra aqui ressaltar que o condenado tem o dever de trabalhar no cárcere, uma obrigação ao trabalho. Portanto, não é um ato de vontade entre partes (um contrato), mas uma sujeição, em que o preso deve aceitar a remuneração e a distribuição imposta do seu salário, conforme estipulado. Aqui fica clara a violação da dignidade da pessoa humana, que se mostra incompatível com o Estado Democrático de Direito.

É válido reprimir que a Concessionária recebe uma bonificação aferida como parâmetro de excelência sobre os valores que os condenados ressarcem ao Estado, como fruto de sua remuneração. Entende-se que a Concessionária, além de buscar manter a capacidade do presídio completa, vai ter todo interesse em empregar todos os condenados, para isso melhorar o seu parâmetro de excelência e assim aumentar sua bonificação; tudo em nome da ressocialização do apenado, quando na verdade esconde por trás nítido interesse capitalista – a busca do lucro – pela mais-valia do trabalho do preso²⁵⁶.

Na proposta de pré-qualificação do Consórcio Gestores Prisionais Associados (GPA), verifica-se que a ressocialização dos condenados sempre foi enfatizada como discurso persuasivo para o contrato de privatização. Nela, declara-se que a Concessionária deverá buscar, tanto quanto possível, a ressocialização do sentenciado e compromete-se a realizar visitas aos empresários locais para mostrar as vantagens financeiras e sociais do trabalho do preso, bem como promover encontros para sensibilização, “nos quais serão ministradas palestras sobre temas referentes à responsabilidade social, visando à ressocialização dos egressos”²⁵⁷.

Neste ponto, podemos dizer que a ressocialização, que é uma finalidade mitológica da pena, ganha destaque como discurso da privatização, porque promete recuperar o preso e com isso conter a violência, e com menor custo para o Estado, o que é o desejo de toda a sociedade. É interessante observar que a Concessionária se compromete no projeto em promover encontros e oferecer um café da manhã para os empresários, visando sensibilizá-los e informá-los das vantagens que terão com o trabalho do preso, o que demonstra um viés absolutamente empresarial, do tipo que fazem os corretores de imóveis para vender apartamentos. Aqui, o interesse empresarial é que toda população carcerária trabalhe para assim melhorar seu índice de desempenho e auferir com isso maiores resultados.

²⁵⁶ SANTOS, op. cit. : “A conclusão é óbvia: o dever social do trabalho do condenado representa condição de dignidade humana se realizar a finalidade educativa e produtiva (art. 28 e §§ LEP) de promover a formação profissional do condenado, somente possível pelo gerenciamento por fundação ou empresa pública (art. 34, LEP), com exclusão de qualquer exploração lucrativa por empresários privados, movidos pela ideia exclusiva de valorizar o capital mediante a mais intensa e cômoda extração de mais-valia do trabalho carcerário.” Artigo Privatizações de Presídios. ICPC. Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/privatizacoes_presidios.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2015.

²⁵⁷ Proposta de pré-qualificação, item 2.1.3.1

3.2.3.1 O trabalho obrigatório no presídio privado e sua exclusão do regime protetivo da CLT: uma violação aviltante à dignidade humana

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica com fundamentos e princípios republicanos e democráticos, dando ênfase à dignidade da pessoa humana e à defesa dos direitos humanos, quando o valor social do trabalho passou a contar com proteção especial.

No art. 7º da Carta da República consta um extenso rol de direitos deferidos aos trabalhadores urbanos e rurais, sem exclusão de outros que possam melhorar sua condição social. Ali, o constituinte originário não fez qualquer distinção entre o trabalhador livre e o que se encontra aprisionado cumprindo pena.

Ocorre que o sistema penal parece estar blindado para as garantias constitucionais, que não conseguem adentrar os muros das prisões, pois é notória a violação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade em todo o sistema carcerário nacional. A propósito, em relação ao trabalho prisional intramuros, isso se mostra de forma bastante contundente, visto que o trabalho do preso condenado é obrigatório. Isso revela uma ofensa à sua dignidade humana, principalmente quando lhes são subtraídos todos os direitos laborais, atingidos ou não pela perda da liberdade, o que contraria também o art. 38 do Código Penal²⁵⁸.

A Lei de Execução Penal, em seu art. 28, §2º, enuncia que “o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”, assim, retirar-lhe todos os direitos básicos enquanto trabalhador e ocultá-lo da proteção dispensada ao trabalhador livre viola o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

A relação de emprego do preso condenado que trabalha no cárcere para com as empresas que se instalam nos presídios apresenta os mesmos elementos que caracterizam a relação de emprego do homem livre: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, pelo que não se justifica exclusão do trabalho carcerário da proteção da CLT.

No entanto, o condenado empresta sua força de trabalho para perceber uma remuneração quase sempre abaixo do salário mínimo, bem como se submete à divisão arbitrária de seus ganhos, na forma do art. 28, §2º da LEP. Vale ressaltar que o empregado

²⁵⁸ Art. 38 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro): O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

preso não conta com os direitos trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal, dentre eles: contagem do tempo de serviço para aposentadoria; 13º salário; férias e recolhimento de FGTS. Além disso, não dispõe do livre arbítrio para pedir demissão ou rescisão indireta do contrato de trabalho.

Ora, se o preso condenado cumpre uma jornada de trabalho de 08 horas/dia, como qualquer outro trabalhador livre, principalmente quando labora para empresas privadas estabelecidas dentro do presídio para produção de bens de valor econômico, que são comercializados e geram lucros, não é verossímil que estes trabalhadores não percebam a mesma remuneração e tenham os mesmos direitos que o trabalhador que não esteja privado da liberdade, pelo menos aqueles direitos e na forma que não se incompatibilizem com a condição de preso.

À guisa de exemplo, o pagamento de 13º salário, FGTS e contagem do tempo de serviço para efeito de aposentadoria se incompatibilizam com a privação da liberdade? A resposta só pode ser negativa. Ao contrário, tais direitos estariam garantindo ao preso melhores condições de, ao sair do cárcere, dar um rumo normal a sua vida. As férias, igualmente, deveriam ser deferidas no sentido de que o preso receberia o salário do mês, acrescido de 1/3, sem ter que desempenhar a atividade. Inimaginável pensar um preso há 10 anos trabalhando ininterruptamente nas oficinas das fábricas instaladas nos presídios, sem férias. Como é inconcebível que um preso que trabalhou 10 anos no cárcere, produzindo bens e gerando lucros, ao ser libertado, não conte nenhum dia como tempo de serviço para sua aposentadoria.

Assim, entendemos que a Lei de Execução Penal, editada em 1984, teve muitos de seus dispositivos não recepcionados pela Constituição de 1988, dentre eles o art. 28 e art. 29. Ademais, no momento da edição da LEP, não se pensava em privatização de presídios, tampouco na utilização da mão de obra carcerária com fins empresariais. Os presos, quando muito, ocupavam-se dos serviços de limpeza, conservação e cozinha do próprio estabelecimento penal, uma atividade sem fins lucrativos, em que eram remunerados pelo Estado.

Diferentemente ocorre nos presídios privados, pois nestes as empresas legalmente constituídas utilizam-se do trabalho dos presos em suas atividades produtivas e lucrativas, sem a devida remuneração e proteção trabalhista, o que se aproxima da semiescavidão, rejeitada pelo sistema constitucional vigente, porque contraria o Estado Democrático de Direito.

Com apoio em Arendt, podemos dizer que o trabalho é uma das atividades humanas fundamentais²⁵⁹, mas quando realizado para produzir um resultado (obra), sem que o homem que o produz possa exercer o poder de ação, aqui caracterizado pelo respeito à sua dignidade e condição humana enquanto ser único e partícipe de uma pluralidade, dotado de pensamento e vontade, isso o coloca na posição de escravo: “A degradação do escravo era um golpe do destino e um destino pior que a morte, pois implicava a metamorfose do homem em algo semelhante a um animal doméstico”²⁶⁰.

Percebe-se que no trabalho prisional o condenado produz bens e é submetido, sem opção e de forma compulsória, às regras impostas, em total sujeição ao empregador, inclusive para receber menor remuneração que o homem livre pela realização do mesmo trabalho, e sem a garantia de direitos básicos.

Desta forma, não há que se falar em processo de ressocialização em presídio, porquanto retira do indivíduo uma atividade que é própria da condição humana, que é a ação. A ação é que diferencia o homem das demais criaturas que vivem sobre a terra. Por exemplo, o cavalo trabalha, e o seu trabalho produz um resultado (obra); ele transporta pessoas ou coisas de um lugar para o outro. Todavia, o cavalo não tem consciência de sua posição no mundo, não tem o poder de questionar o trabalho, apenas trabalha; em outras palavras, não tem ação.

O trabalho prisional, especialmente em presídios privados, a isso se assemelha. O preso é um mero objeto e não um sujeito de direitos, pois tem sua mão de obra utilizada para obtenção de lucros, sem que disponha de qualquer autonomia de vontade sobre isso, sem que seja ouvido, e a ação pressupõe dialética. No dizer de Arendt, “a ação jamais é possível no isolamento”²⁶¹. Noutras palavras, a ressocialização é incompatível com a privação da liberdade, pois não há ressocialização sem ação.

3.3 O PERFIL DOS CONDENADOS DA PPP DE RIBEIRÃO DAS NEVES

Na pesquisa de campo realizada na PPP de Ribeirão das Neves, em setembro de 2014, analisamos as Unidades I, II e III do Complexo. Verificamos que: na Unidade I, dos 665 presos, 60,04% eram condenados por crimes sem violência e grave ameaça à pessoa (tráfico,

²⁵⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 8.

²⁶⁰ Idem. *ibid.*, p. 103.

²⁶¹ Idem. *ibid.*, p. 235.

furto e posse ilegal de arma) (GRÁFICO 1); 16,64% estavam com seu tempo de progressão para o semiaberto vencido (GRÁFICO 2), o que é contraditório com a eficiência prometida pela gestão privada de presídios; 96,26% foram condenados a penas superiores a seis anos; 62,03% a penas superiores a 11 anos (GRÁFICO 3); 82% dos presos tinham idade até 35 anos e apenas 1% com idade acima de 56 anos (GRÁFICO 4).

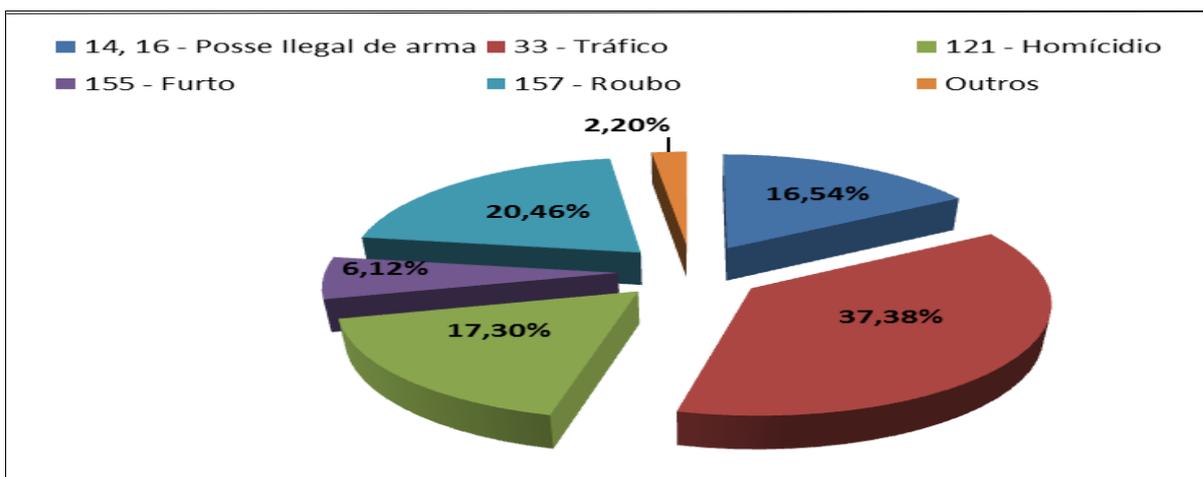


Gráfico 1 – Artigos do Código de Processo Penal pelos quais foram condenados os apenados da unidade I do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.

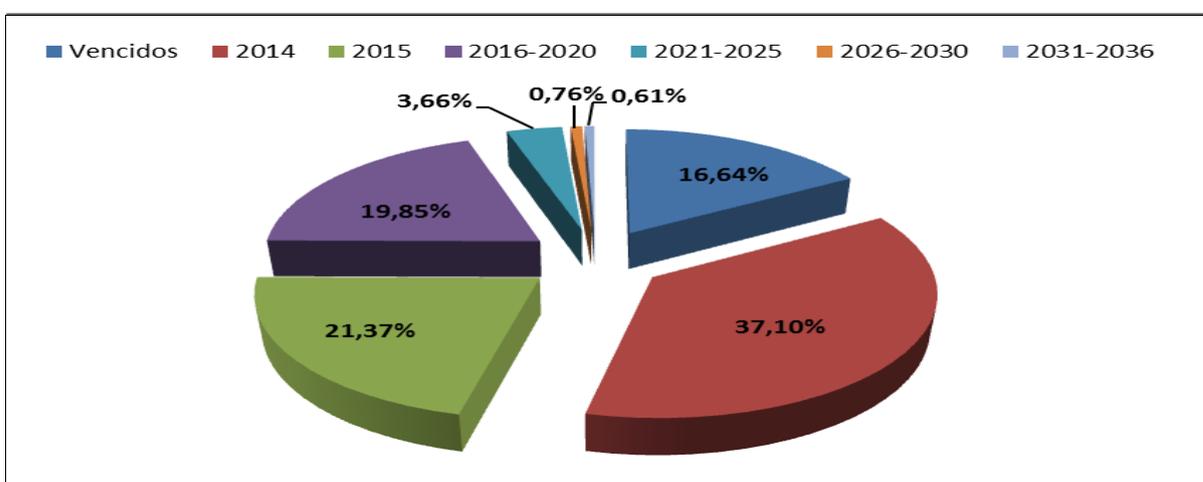


Gráfico 2 – Período em que os apenados da unidade I do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG progredirão para o regime semiaberto.

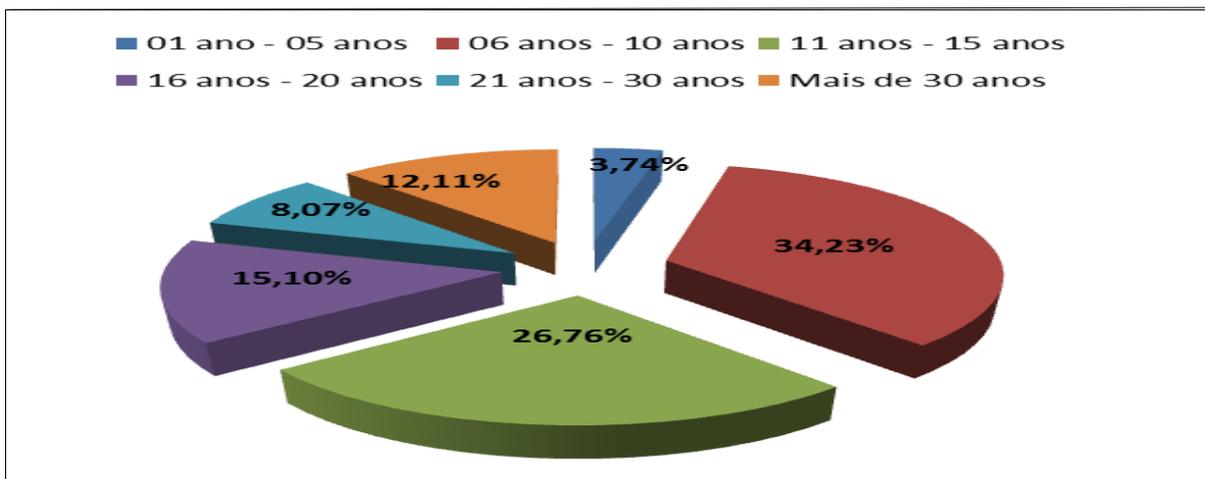


Gráfico 3 – Tempo de Pena dos apenados da unidade I do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.

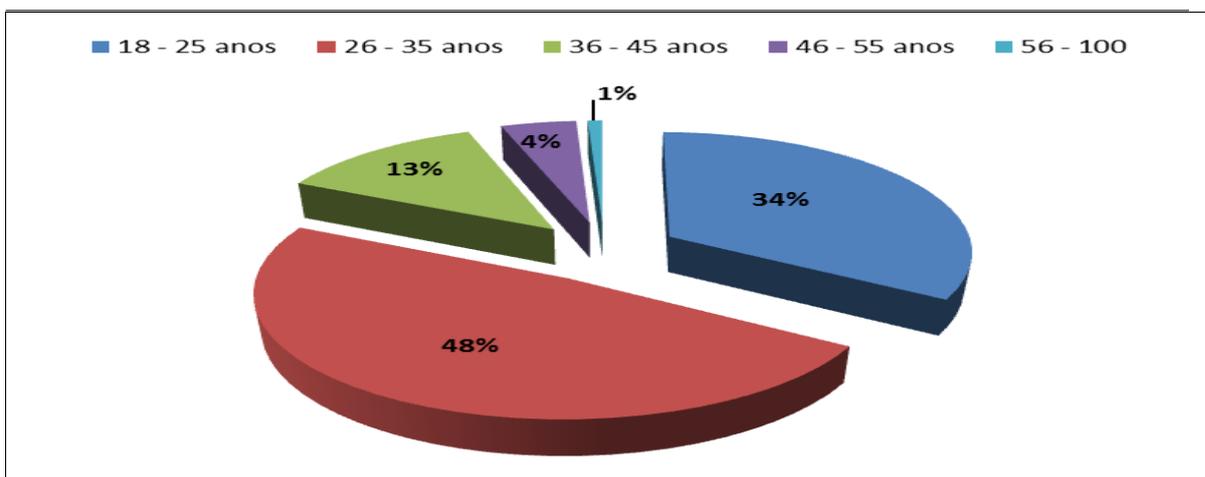


Gráfico 4 – Idade dos apenados da unidade I do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.

Na Unidade II, com 656 presos: 54,92% eram condenados por crimes sem violência e grave ameaça à pessoa (tráfico, furto e posse ilegal de arma) (GRÁFICO 5); 2% estavam com seu tempo de progressão para o semiaberto vencido (GRÁFICO 6), o que é contraditório com a eficiência prometida; 90,87% foram condenados a penas superiores a seis anos (GRÁFICO 7); 58,50% a penas superiores a 11 anos (GRÁFICO 7); 83% dos presos tinham idade até 35 anos e nenhum com idade superior a 56 anos (GRÁFICO 8).

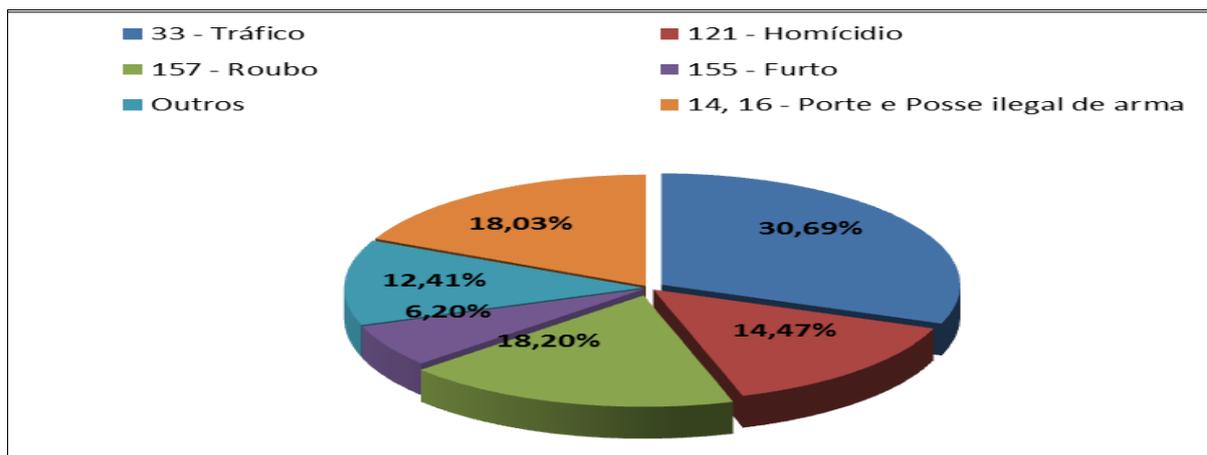


Gráfico 5 – Artigos do Código de Processo Penal pelos quais foram condenados os apenados da unidade II do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.

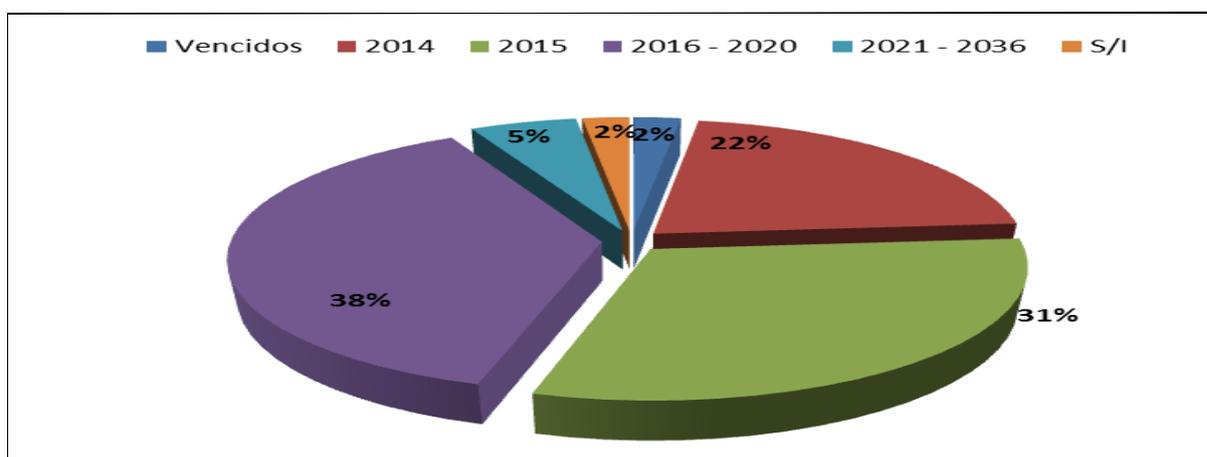


Gráfico 6 – Período em que os apenados da unidade II do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG progredirão para o regime semiaberto.

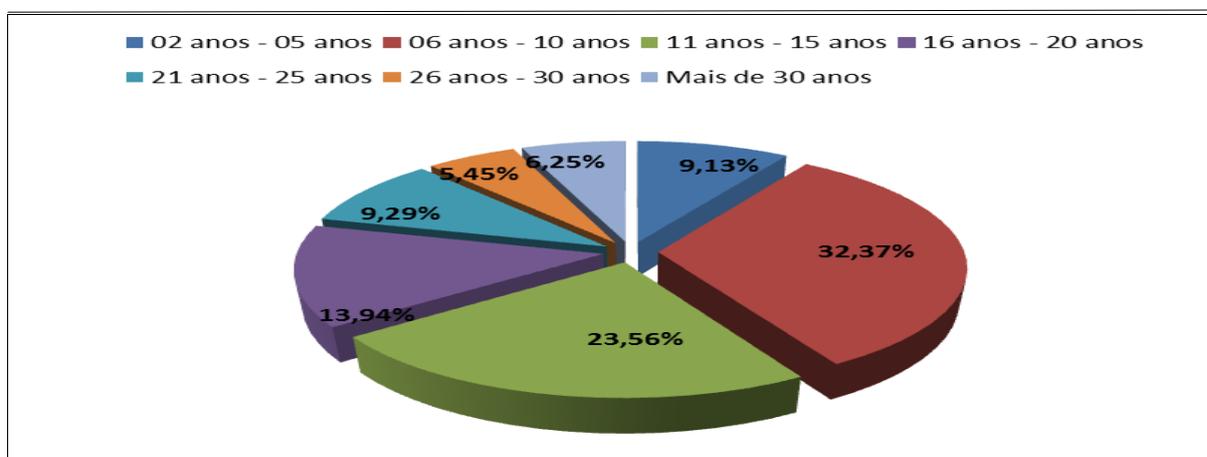


Gráfico 7 – Tempo de Pena dos apenados da unidade II do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.

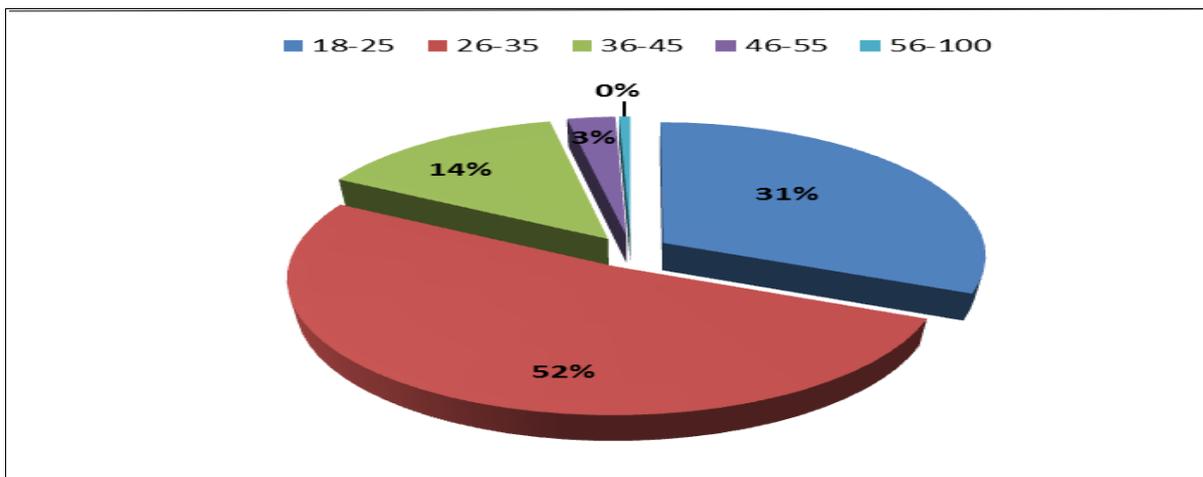


Gráfico 8 – Idade dos apenados da unidade II do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.

Na Unidade III, com 177 presos: 48% eram condenados por crimes sem violência e grave ameaça à pessoa (tráfico, furto e posse ilegal de arma); 70% foram condenados a penas superiores a seis anos; 30% a penas superiores a 11 anos; 94% dos presos tinham idade até 45 anos.

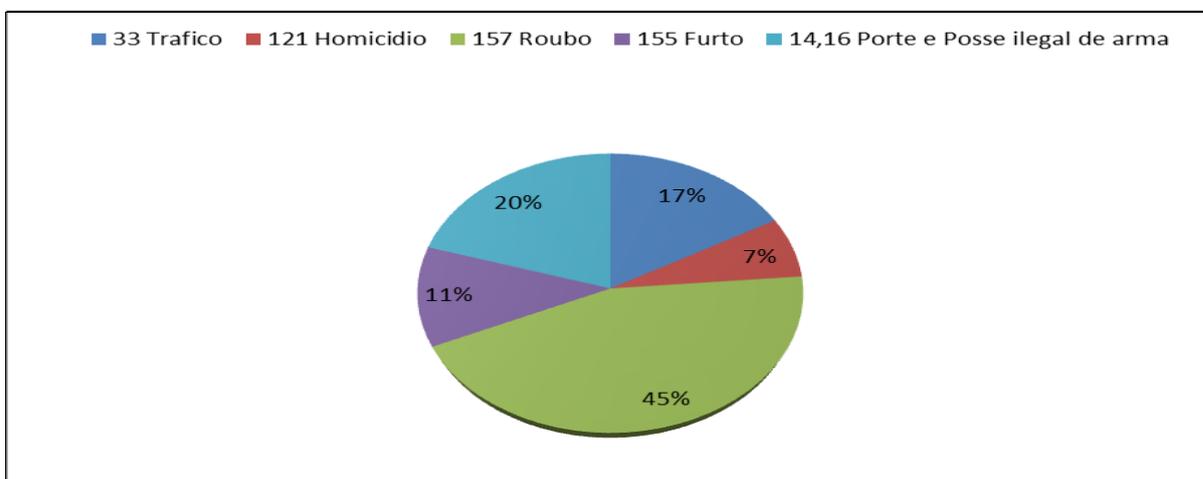


Gráfico 9 – Artigos do Código de Processo Penal pelos quais foram condenados os apenados da unidade III do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.

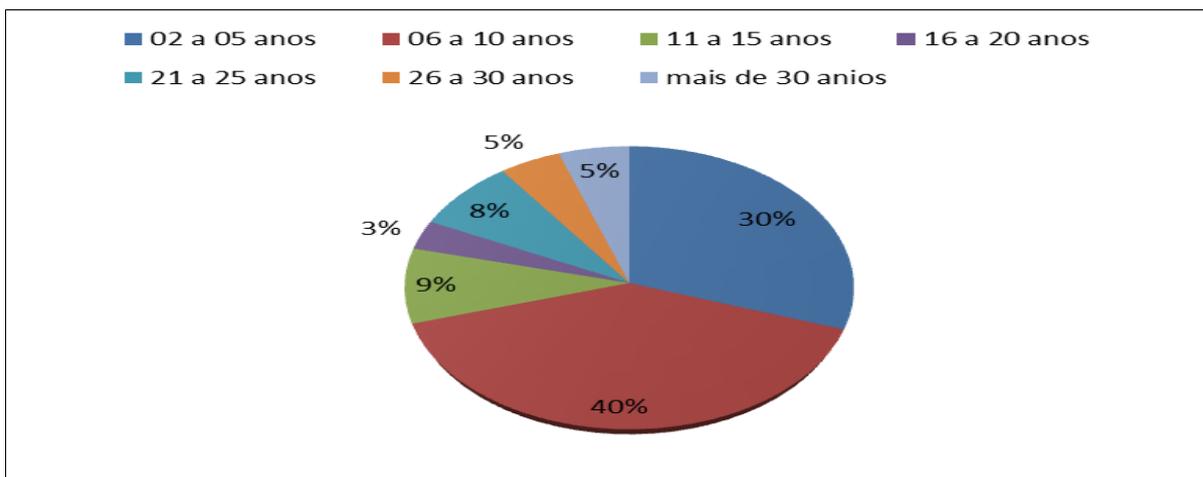


Gráfico 10 – Tempo de Pena dos apenados da unidade III do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.

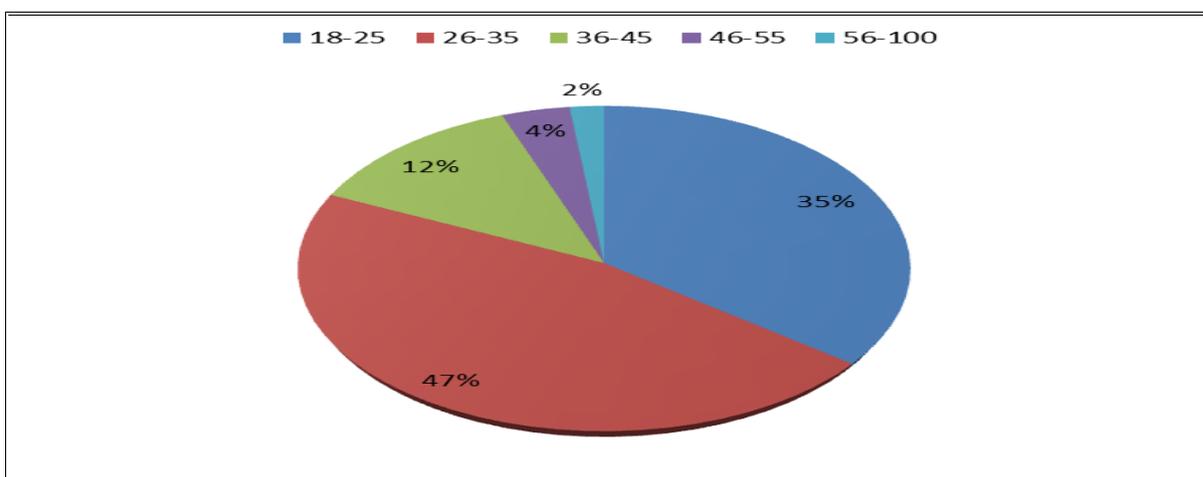


Gráfico 11 – Idade dos apenados da unidade III do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves – MG.

Analisando os números, verifica-se que o perfil do condenado no presídio privado de Ribeirão das Neves é formado na sua grande maioria por jovens (não há idosos custodiados na PPP) que cometeram crimes sem violência e grave ameaça à pessoa e que foram condenados a penas longas.

Como já analisado, a Concessionária tem no trabalho carcerário seu maior argumento, e sendo certo que recebe bonificação pelo parâmetro de excelência, relativo aos postos de trabalho ocupados, que se reverte em lucros, por óbvio que uma população mais jovem tem maior força de trabalho e pode produzir mais e assim atrair mais o interesse das empresas locais em se estabelecerem no interior da Unidade Penal e ali ofertar trabalho para todos os presos condenados.

Também há uma preferência por presos mais dóceis e fáceis de lidar, por isso a maioria foi condenada por crimes sem violência e grave ameaça à pessoa, pois o preso violento causa mais problemas, rebeliões e esses fatores são considerados para a remuneração da Concessionária. Por outro lado, condenados a penas mais longas demorarão mais a sair do cárcere e a progredir de regime, evitando assim a indesejável flutuação de mão de obra para as empresas, que terão que treinar novos condenados e isso provoca queda de produtividade.

Daí a pertinente indagação de Faria: “Qual o interesse dessas firmas, cujas ‘fábricas’ podem enfrentar problemas de flutuação de mão de obra, em ressocializar os presos que se revelaram excelentes trabalhadores em suas linhas de montagem?”²⁶²

Claro que não é mera coincidência o perfil dos condenados que cumprem pena nas Unidades Penais do presídio privado de Ribeirão das Neves. Os presos são selecionados, recaindo a escolha sobre os mais jovens, com maior força de trabalho, os que ostentam bom comportamento e os condenados a penas mais elevadas. O empresário perde o interesse em contratar um empregado para treiná-lo e logo depois sair, o que certamente provocaria queda de produtividade, até treinar outro preso. Note-se que não há presos provisórios, tampouco presos que representam alta periculosidade, membros de facções criminosas ou condenados por crimes sexuais, posto que podem colocar em risco a reputação do projeto.

O bom comportamento do preso é essencial para que ele seja transferido de um presídio público para o privado, além de que seja jovem, tenha pena elevada ou relativamente elevada a cumprir e aptidão para o trabalho. Da mesma forma, para manter-se no presídio privado, com a vantagem de não ter superlotação e melhores condições estruturais, é preciso que o condenado mantenha bom comportamento e produtividade no trabalho, sob pena de retornar ao presídio público.

Nesse sentido, “os operários são selecionados e trabalham somente sob a ameaça de retorno ao presídio público. Penitenciárias públicas e privadas são modelos simbióticos. A suposta qualidade de uma depende da suposta ineficiência da outra. O sistema privado só se viabiliza economicamente se houver a ineficiência do público”²⁶³. Desta forma se reafirma o modelo neoliberal, já verificado na saúde e na educação, em que: para que os sistemas privados de ensino e de saúde sejam rentáveis, é condição que o ensino e saúde públicos sejam precários, e essa lógica chega ao sistema prisional, com a privatização de prisões.

²⁶² FARIA, José Eduardo. **Privatização de presídios e criminalidade**: a gestão da violência no capitalismo. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 16-17.

²⁶³ PRIVATIZAÇÃO de Presídios. Artigo do IBCCRIM. Disponível em: < http://www.ibccrim.org.br/bol_etim_artigo/3623-Privatização-de-presídios>. Acesso em: 22 maio 2015.

3.4 O PARADOXO DA GARANTIA DE DEMANDA MÍNIMA DE 90% DA CAPACIDADE DO COMPLEXO PENAL COM A RESSOCIALIZAÇÃO

O Estado Democrático de Direito se caracteriza pela submissão de todos à lei, inclusive o próprio Estado. O Brasil, enquanto uma democracia representativa, visa estabelecer uma sociedade igualitária e solidária para todos, e ser um Estado que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/1988), e objetiva construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3º da CF/1988), para assim buscar uma coexistência pacífica.

Assim, o Direito e o sistema penal vão medir se os objetivos do Estado estão sendo alcançados. O Estado deve perseguir a harmônica relação entre seus nacionais, com redução da violência e da criminalidade, já que não se pode imaginar uma sociedade sem crimes. No entanto, o objetivo das democracias representativas deve ser o de reduzir a criminalidade, o que passa necessariamente pela instituição de uma sociedade mais igual e com oportunidades para todos.

Nessa direção, o discurso declarado do sistema penal é que a pena privativa de liberdade tem a finalidade de proteger bens jurídicos e prevenir e combater a criminalidade. Este é o escopo do sistema penal; ele existe, em tese, para isso. O direito penal planifica as condutas que devem ser coibidas, punindo os seus autores, a fim de trazer paz social. A prevenção especial positiva e a ressocialização do apenado são o argumento mais utilizado para legitimar o sistema punitivo na atualidade e privatizar presídios. Fala-se em um direito penal constitucional, com todas as garantias processuais para que o réu, sendo condenado, cumpra sua pena, retorne à sociedade e não volte a delinquir.

Todavia, quando o Poder Concedente na Parceria Público-Privada se obriga a garantir a ocupação de pelo menos 90% das vagas criadas pelo parceiro privado – e isso está expresso na fórmula de cálculo da contraprestação mensal cheia, para remuneração da Concessionária – contradiz todas as finalidades declaradas da pena, o que descortina a deslegitimação de todo sistema.

Ao garantir a ocupação de vagas em patamar tão elevado, o Estado confessa sua descrença na ressocialização e que o sistema penal não previne delitos. Interessante notar que a ressocialização que promete alcançar, tão anunciada pela PPP, argumento sólido para privatizar presídios, acaba sendo paradoxal com a garantia de ocupação de 90% das vagas, já

que o sistema penal brasileiro se alimenta em 70% da reincidência, conforme informações do Conselho Nacional de Justiça.

Isso se compatibiliza perfeitamente com a lógica do capitalismo, já que a GPA – Gestores Prisionais Associados – enquanto empresa, persegue o lucro, e não teria interesse em investir para ter vagas ociosas. Como um complexo hoteleiro precisa de hóspedes, o complexo penal privado precisa de pessoas presas. Todavia, parece incongruente com a perspectiva da redução da criminalidade e de uma sociedade mais pacífica, porquanto se deve manter o nível de aprisionamento para atender as regras do contrato.

Durante o prazo do contrato, inicialmente de vinte e sete anos, que pode chegar a trinta e cinco, o Estado de Minas Gerais tem a obrigação de manter 3024 pessoas presas no Complexo Penal privado, que representa 90% (noventa por cento) do total de vagas que é de 3360. Porém, é obvio que a população carcerária de Minas Gerais é muito maior do que isso, ultrapassa os 61 mil presos²⁶⁴ e sua grande maioria está custodiada em penitenciárias do Estado.

No entanto, não se pode descuidar de que a privatização de presídios pode se expandir para todo Estado e substituir o sistema público. Sendo assim, segundo as regras do contrato, o Estado deverá manter o mínimo de ocupação. Crescendo a população carcerária, teria que realizar mais parcerias, já que nos presídios particulares não se admite a superlotação.

Por outro lado, se houver uma redução do aprisionamento – quer pela aplicação de penas alternativas, ou mesmo pela atenuação da lei penal, ou especialmente pela queda do índice de reincidência pela ressocialização –, o Estado deverá remunerar o parceiro privado na forma contratual considerando 90% (noventa por cento) da ocupação, o que geraria uma despesa para o Estado muito superior àquela que teria se custodiasse o preso em unidade do Estado.

Assim, a estipulação de ocupação mínima condiciona o aumento da criminalidade, incentiva o encarceramento em massa e contradiz o ideal ressocializador tão propalado para justificar a privatização de presídios, além de violar princípios básicos que sustentam o Estado Democrático de Direito.

²⁶⁴ INFOPEN. Sistema de Informações Penitenciárias. p.17. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2015.

3.5 A ONDA DE PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO, SINALIZADA PELO PROJETO DE LEI 513/11 DO SENADO E SUAS TENDÊNCIAS NEOLIBERAIS

Tendo como pano de fundo a falência generalizada do sistema prisional, reforçado pelo argumento da falta de recursos e ineficiência da gestão pública, iniciou-se no Brasil um processo de terceirização parcial de alguns serviços prisionais, com experiências no Ceará, Bahia, Amazonas, Espírito Santo, Santa Catarina, Maranhão e Pernambuco, e que vem evoluindo para a privatização do sistema carcerário; como o caso paradigma dessa pesquisa, a PPP de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais.

No entanto, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que criou a nova modalidade de concessão de serviço ou obra pública por meio de Parcerias Público-Privadas, o fez de forma genérica. Por isso, surgiu o Projeto de Lei nº 513/11²⁶⁵, que estabelece normas gerais para contratação de Parceria Público-Privada, para a construção e administração de estabelecimentos penais no Brasil de forma bastante específica, o que já mostra as perspectivas da privatização do sistema prisional no País.

O Projeto de Lei nº 513/11 traz como justificativa maior a ressocialização do apenado, anunciando que o trabalho é um dos fatores fundamentais para este processo, por isso obrigatório, e acrescenta de forma contundente que:

Para tanto, a iniciativa privada precisa estar livre para explorar a mão-de-obra do preso como bem quiser, respeitados, obviamente, os limites legais. A lógica econômico-privada garantirá uma auto-regulação do sistema que só trará ganhos para a sociedade, **pois possibilitará o que o sistema atual não possibilita, a ressocialização**, e, talvez, no longo prazo, a auto-suficiência (g.n).

Da exposição de motivos do PL 513/11, depreendem-se duas declarações: a primeira é absolutamente violadora da dignidade humana, pois autoriza ao particular explorar a força de trabalho do preso, da maneira que bem lhe aprouver; a segunda promete a ressocialização em decorrência do trabalho obrigatório, ambos forjam o discurso legitimador e de incentivo à privatização de presídios, que ao fim e ao cabo atende a um interesse eminentemente capitalista neoliberal. Arremata-se, assim, a justificativa do inusitado projeto: “O trabalho do preso para a iniciativa privada é contratado e, portanto, deve ter seu assentimento. Se o preso

²⁶⁵ Projeto de Lei de autoria do Senador Vicentinho Alves, Publicado no DSF em 26/08/2011. Última tramitação em 29 de setembro de 2015 (CEDN – Comissão Especial de Desenvolvimento Nacional). Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101752>>. Acesso em: 06 out.2015.

não consentir, deverá ser transferido para uma unidade penal controlada pelo Poder Público”²⁶⁶.

Daí decorre que para o presídio privado ser atrativo ao preso, o sistema prisional público deve ser o pior possível – sem estrutura, sem direitos, sem respeito à dignidade humana –, um purgatório de onde quem tiver a oportunidade de sair, aceitará, sem questionamento, qualquer condição que lhe for imposta, inclusive em relação ao trabalho. O condenado que cumpre pena no presídio privado está em constante ameaça de retornar ao cárcere público, especialmente se não se sujeitar a dispor de seu trabalho ao talante da Concessionária e das empresas que utilizam de sua mão de obra.

Nota-se que dentre as diretrizes a serem observadas na contratação da PPP, conforme o PL nº 513/11, destaca-se em primeiro plano a ressocialização do preso, e, conseqüentemente, o trabalho obrigatório²⁶⁷. Tudo para justificar a transferência da custódia do preso para o ente privado e atrair as empresas para utilização da mão de obra carcerária de forma semiescrava, sem as devidas garantias trabalhistas, já que autoriza ao Concessionário explorar com liberdade o trabalho dos presos, diretamente ou através de subcontratação²⁶⁸.

Outro aspecto que chama atenção no PL nº 513/11 é que este permite a participação de empresas ou grupos com capital estrangeiro nos contratos de Parceria Público-Privada para construir e administrar presídios no Brasil,²⁶⁹ o que denota o fenômeno global da indústria carcerária, e que abre perspectivas para que empresas estrangeiras sejam atraídas para investir neste promissor mercado também no Brasil.

Todavia, de todos os dispositivos atentatórios ao Estado Democrático de Direito que integram o PL nº 513/11, o seu art. 17 merece distinta análise, porque afasta a aplicação dos arts. 29, 32, 33, 36, 37, 76, 77 e caput do art. 88, todos da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), aos custodiados em estabelecimentos prisionais privados, decorrentes de Parceria Público-Privada, cujas disposições ficariam a critério do estabelecido no contrato²⁷⁰.

²⁶⁶ Projeto de Lei de autoria do Senador Vicentinho Alves, Publicado no **DSF** em 26/08/2011. Última tramitação em 29 de setembro de 2015 (CEDN – Comissão Especial de Desenvolvimento Nacional). Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101752>>. Acesso em: 06 out.2015.

²⁶⁷ PL nº 513/11: “Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – reeducação, reabilitação e ressocialização do preso; II - ...; III - ...; VI - ...; V – obrigatoriedade de trabalho do preso; VI – ...; VII – ...”.

²⁶⁸ PL nº 513/11: Art. 10. O concessionário terá liberdade para explorar o trabalho dos presos, assim como utilizar ambientes do estabelecimento penal para a comercialização de produtos e serviços oriundos desse trabalho, e dos lucros advindos será deduzida a remuneração devida, observado o disposto neste artigo.

²⁶⁹ PL nº 513/11: Art. 15. É permitida a participação de empresas ou grupos com capital estrangeiro nos contratos de que trata esta Lei.

²⁷⁰ PL nº 513/11: Art. 17. Os arts. 29, 32, 33, 36, 37, 76, 77 e caput do art. 88 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, não se aplicam para o caso de parceria público-privada na administração do estabelecimento penal, e as disposições referidas ficarão a critério do que for estabelecido no contrato.

É válido ressaltar que o art. 29 da Lei nº 7.210/84 trata do trabalho do preso e da destinação do produto da sua remuneração; o art. 32 determina que deve ser observada na atribuição do trabalho ao condenado sua habilitação, condição pessoal e as necessidades futuras do preso, e que idosos e deficientes devem ter ocupação adequada à sua idade e estado, respectivamente; o art. 33 estabelece a jornada de trabalho de seis a oito horas, com descanso nos domingos e feriados; o art.36 e o art. 37 disciplinam o trabalho externo; já o art. 76 e o art. 77 tratam da organização do quadro de pessoal penitenciário e do critério de escolha do pessoal administrativo e o caput do art. 88 estipula que o condenado será alojado em cela individual, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Desse modo, a regra do art. 17 do PL nº 513/11, seguindo a lógica de que o parceiro privado pode usar a mão de obra do preso de forma que bem quiser, permite que o Concessionário e empresas privadas que atuam nos presídios possam, por meio do contrato de Parceria Público-Privada, regular a jornada de trabalho, a forma e o desenvolvimento da atividade laboral, bem como desconsiderar habilidades e condições pessoais dos condenados, a remuneração e pagamento dos presos, os critérios para organização do pessoal administrativo e até a estrutura e quantidade de presos por celas.

Nesse contexto, fica claro que se cria uma distinção entre o condenado que cumpre pena no presídio público, que segue as regras da Lei de Execução Penal, daquele que cumpre pena no presídio privado, que se submete às regras do contrato, o que fere o princípio da isonomia, uma vez que dispensa tratamento diferenciado para situações idênticas.

3.6 POLÍTICA DE GESTÃO PENITENCIÁRIA E NEOLIBERALISMO: RESSOCIALIZAÇÃO OU LUCRO?

Com a nova política de delegação da gestão penitenciária para a iniciativa privada – sob o manto da promessa de ressocializar o preso, especialmente por intermédio do trabalho – se esconde um interesse que gira em torno do aspecto econômico neoliberal. O Estado, ao tempo em que se desonera de sua atividade típica, cria um mercado em torno da criminalidade que gera milhares de empregos direta e indiretamente, e que alimenta uma cadeia de empresas que orbitam em torno do sistema prisional, visando sempre o lucro.

Cumprir frisar que se o empreendimento carcerário tem como fonte de receita o homem preso, este não pode faltar, sob pena de dar prejuízo, um resultado indesejável na atividade empresarial. Assim, para que sempre se mantenha esta fonte, é preciso prender mais

e por mais tempo, por isso as leis tendem a ser mais severas e as penas mais altas. Dessa forma, surge o grande encarceramento para fomentar o promissor negócio, o que esbarra em imperativos éticos.

Diante dessas considerações, é incongruente pretender que empresas que lucram com a criminalidade se esforcem para ressocializar os presos sob sua custódia, visto que estes, ao deixarem o cárcere, provocarão a queda de seus lucros ou até sua falência.

4 CONCLUSÃO

Analisando o percurso que fez a pena privativa de liberdade a partir da segunda metade do século XVIII, verificamos sem maior esforço que os modelos penais atendiam e atendem a uma expectativa utilitarista baseada em interesses. Esses mesmos interesses correspondem, no século XXI, a uma matriz político-econômica neoliberal.

Passados mais de duzentos anos, o discurso dogmático da pena privativa de liberdade enquanto finalidade preventiva de delitos ainda é atual, bifurcado em suas vertentes de prevenção geral e especial. Interessante notar que o discurso se tornou visível com o surgimento do liberalismo clássico e se lançou para os séculos seguintes, chegando aos nossos dias, a prevenção especial positiva pela ressocialização.

A política neoliberal que é própria de sistemas capitalistas compreende uma sociedade de vencedores, uma sociedade de consumo, onde o sucesso ou fracasso depende unicamente do esforço pessoal e individual de cada um. Nessa sociedade competitiva, as oportunidades e espaços sociais não são acessíveis a todos, produzindo uma massa de excluídos. Os excluídos, representados pelas classes marginalizadas de toda a ordem, precisam ser contidos e retirados do convívio social, e o lugar próprio para isso, são as prisões.

Ocorre que o sistema capitalista neoliberal tem uma alta capacidade para produzir marginalidade, que na ótica da segregação acaba por gerar uma massificação do aprisionamento, o que gera custos elevados e por isso, não suportados pelo Estado, o que ensejou o deslocamento da custódia de pessoas presas para a iniciativa privada.

Assim surgiu e cresceu a privatização de presídios nos Estados Unidos da América, e assim está acontecendo no Brasil, porquanto já inaugurado o primeiro Complexo Prisional Privado do País, por intermédio de PPP, no município de Ribeirão das Neves, Estado de Minas Gerais, que iniciou suas operações em janeiro de 2013. Também neste sentido tramita o PL nº 513/11, no Senado Federal, que estabelece normas gerais para contratação de PPP, para construção e administração de presídios.

O discurso difundido para justificar a privatização de presídios no Brasil passa pela ineficiência do Estado para construir e gerir as prisões, pela carência de recursos públicos para investir no setor e pela economia para os cofres públicos.

Todavia, o argumento mais utilizado para justificar a privatização de presídios repousa na promessa da ressocialização, já que a oferta de trabalho nos presídios particulares atenderia a todos os apenados.

A República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CF/1988), pelo que se depreende que a finalidade preventiva especial – a ressocialização – não se sustenta como discurso legitimador do sistema penal, ao impor ao apenado valores morais e regras de conduta, visando sua reforma ou sua melhoria enquanto ser humano.

Assim, a ressocialização, ainda que fosse alcançável, não seria justificativa idônea para a pena privativa de liberdade nos presídios públicos, menos ainda em unidades carcerárias construídas e gerenciadas pela iniciativa privada, que tem como meta o lucro.

Utiliza-se, dessa forma, um discurso falso, potencializado, na medida em que promete a ressocialização, quando na realidade o que se pretende com a privatização de presídios é impulsionar um negócio emergente, que é a indústria do encarceramento, para assim favorecer as empresas que orbitam em torno deste novo mercado, que sendo promissor nos Estados Unidos da América, atraiu também o interesse de empresários brasileiros.

Neste ponto já podemos afirmar que a ressocialização enquanto finalidade da pena privativa de liberdade, é incompatível com o Estado Democrático de Direito, por violar a dignidade da pessoa humana. Propagar este fim para justificar a privatização de presídios potencializa essa incompatibilidade, pois travestido de uma finalidade – ressocializar o preso - quando na realidade se quer alcançar outra, qual seja, a exploração do trabalhador condenado e o fomento do mercado carcerário. É o toque de Midas no espaço mais aviltante, degradante e violador dos direitos humanos, que é o sistema carcerário.

Por outro norte, a privatização de presídios é incompatível com o Estado Democrático de Direito porque é regulada por uma lei eivada de vícios de inconstitucionalidade intransponíveis. Na realidade, a Lei nº 11.079/2004, que instituiu as Parcerias Público-Privadas como modalidade de concessão de serviços públicos, quis favorecer a iniciativa privada, criando uma modalidade contratual muito mais atrativa e vantajosa que os contratos em geral firmados entre o poder público e o particular. Fica clara a ação política baseada em interesses do Estado em desincumbir-se de uma atividade que lhe é típica e transpassar para o ente privado, a exploração capitalista da massa encarcerada.

A delegação de atribuições exclusivas do Estado ao particular é vedada pela Constituição de 1988, quando aduz em seu art. 144 que a segurança pública é dever do Estado, e pelo o art. 4º, III, da Lei nº 11.079/2004, que regulamenta os contratos de PPP, o que demonstra a total incompatibilidade da privatização de presídios com o Estado Democrático de Direito.

Delegar ao particular a manutenção da ordem, da disciplina e da segurança no interior da Unidade Penal, dos registros com a identificação datiloscópica e fotográfica dos sentenciados, bem como a atualização dos prontuários dos sentenciados, de maneira a permitir o acompanhamento da pena e dos direitos concedidos, é ato de autoridade, que pode exigir o uso da força, e que somente o Estado tem poderes constitucionalmente outorgados para realiza-los.

Até mesmo a apresentação de sentenciados às autoridades requisitantes ficou a cargo da Concessionária, caracterizando, sem qualquer dúvida, o poder coercitivo empregado pelo particular sobre outro. Da mesma forma, transferir ao particular a atribuição de emitir atestados de horas trabalhadas e estudadas, certidões de comportamento carcerário, que refletem no tempo de aprisionamento, e, portanto, na concessão de direitos dos apenados, ainda que sob a disfarçada fiscalização do Diretor Público de Segurança, viola princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana, que caracterizam o Estado Democrático de Direito.

É certo que a justificativa mais anunciada para a privatização do sistema prisional no Brasil, é à ressocialização pelo trabalho, para assim evitar-se a reincidência. No presídio construído e administrado por meio de PPP, há promessa de trabalho para todos os apenados, o que não ocorre nos cárceres do públicos.

Todavia, falar em ressocialização quando o parceiro público garante contratualmente uma taxa de ocupação de no mínimo de 90% (noventa por cento) das vagas disponibilizadas é de uma incongruência gritante. Ora, atribuir taxa tão elevada de encarceramento com horizonte no período de 27 a 35 anos – tempo de vigência do contrato – é não ter esperança de redução da criminalidade, ou pior, é uma descrença naquilo que é fundamento para privatização de presídios, a ressocialização.

Não pode passar despercebido que, se a política de privatização de presídios avançar no país, com garantia de 90% (noventa por cento) de ocupação, para desta forma, garantir a lucratividade das empresas parceiras, não se estará cogitando de ressocializar o preso, senão, de manter por mais tempo o homem no cárcere, ou pior, promover o aprisionamento em massa, negando o princípio-fundamento da dignidade humana (art. 1º, III da CF/1988), considerando que é incompatível se falar em privação da liberdade com vida plena, e com o objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF/1988).

A privatização de presídios nos moldes da PPP de Ribeirão das Neves mostra-se incompatível com o Estado Democrático de Direito, porque fere o princípio da isonomia, em vários aspectos: 1) aos selecionar os presos, uns para cumprir pena nos presídios oficiais,

sucateados, superlotados e sem trabalho; e outros, para cumprir pena nos presídios privados, sem superlotação, com trabalho disponível, e condições de habitabilidade; 2) ao selecionar os presos para o presídio privado, segundo sua aptidão, força de trabalho e tempo de pena, na sua grande maioria, jovens, com penas elevadas e de bom comportamento, já que sua mão de obra será utilizada pelas empresas instaladas na Unidade Privada. Os condenados doentes, deficientes e idosos não são selecionados porque não são produtivos; os com penas leves, porque não interessa para o empresário a flutuação de mão de obra; os membros de facção e violentos porque podem causar problemas, como rebeliões e motins, que prejudicam na apuração da parcela anual de desempenho, refletindo na remuneração do parceiro privado.

Daqui também se extrai outra conclusão: para que o presídio privado seja atrativo é preciso que o público seja deplorável, desumano e infecto. Nesta perspectiva, o apenado, estando no presídio estatal, será sempre submisso, para merecer sua transferência para o presídio privado; por outro norte, estando o apenado no presídio privado, será sempre submisso para não retornar ao presídio do Estado, ou seja, o preso estará sob permanente ameaça, sob constante pressão, o que anula a autonomia humana, transformando-o em mero objeto, sem expressão de vontade.

Se o parceiro privado tem como parâmetro para definição da bonificação que recebe da Concessionária, a ocupação do tempo do sentenciado com o trabalho remunerado, e ainda tem direito a um determinado percentual sobre a parcela de ressarcimento recebida pela Poder Concedente que é descontada do pagamento do salário recebido pelo preso, não vai aceitar presos que não tenham capacidade plena de trabalho ou que se recusem ao labor.

O trabalho no cárcere para o preso condenado é obrigatório. Na PPP de Ribeirão das Neves, a força de trabalho dos presos é utilizada por empresas que se instalam no interior da Unidade Prisional para produção de bens, que são comercializados no mercado, gerando lucros para o empresário. Ocorre que o preso trabalhador recebe menos que o salário mínimo, e ainda recolhe a quarta parte para o Estado a título de ressarcimento das despesas com sua manutenção, sem perceber quaisquer dos direitos trabalhistas previstos na CLT para o trabalhador livre.

Neste aspecto, verifica-se duas incompatibilidades intransponíveis com o Estado Democrático de Direito: a primeira diz respeito à obrigatoriedade do trabalho; a segunda refere-se à remuneração inferior ao salário mínimo, e a não incidência dos direitos trabalhistas previstos na CLT. Embora também seja assim para os condenados que cumprem pena nos presídios públicos, na PPP isso se torna mais contundente, porquanto há a exploração do trabalho carcerário para obtenção do lucro.

É bom ressaltar que a Lei de Execução Penal é de 1984, e muitos de seus dispositivos não foram recepcionados pela Carta de 1988, dentre os quais o §2º do art.28, que diz que o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, quando a Constituição de 1988 não faz qualquer distinção entre o trabalhador livre e o privado da liberdade.

Verificou-se no decorrer da pesquisa que o aprisionamento se tornou um grande negócio gerador de grandes lucros diretos e indiretos. Todavia, assim como o sistema penal tem suas funções declaradas não cumpridas e suas funções não declaradas eficientemente alcançadas, da mesma forma ocorre com a privatização de presídios, que embora tenha como objetivo o sucesso empresarial representado pelo lucro, para se justificar, propaga um discurso que parece favorecer o apenado e a sociedade. Anuncia uma ideia de que o cárcere estatal não recupera ninguém devido às suas condições precárias, superlotação e ociosidade, ao tempo que apresenta a privatização do sistema prisional como solução, que vai ressocializar o apenado porque lhe garante trabalho e vida mais digna.

Ao fim e ao cabo, temos que a violência, o crime e a insegurança pública são combustíveis para a explosão de um mercado altamente promissor, que fez surgir centenas de empresas e consórcios de empresas para construção e administração de presídios, bem como para produção de bens e serviços destinados ao setor prisional. Estas empresas estabelecidas no mercado giram bilhões de reais, geram empregos e impostos. E de resto, retiram do mercado o lixo social, os deserdados, os fracassados do capitalismo neoliberal. Portanto, conter a criminalidade e a violência ou ressocializar significa reduzir o aprisionamento, e com isso sacrificar este mercado que já se consolidou, o que é inimaginável numa economia capitalista.

Além do ponto de vista ético, não se pode olvidar que fomentar a economia com a privatização de presídios em prejuízo da liberdade e dignidade da pessoa, viola princípios básicos do Estado Democrático de Direito.

O mercado das prisões tende a se ampliar, como qualquer outro negócio lucrativo, e com ele os índices de aprisionamento. Os perigos do encarceramento em massa são evidentes, é consequência natural da expansão da prisão, sob o argumento de conter a violência e a criminalidade.

Certo é que a privatização de presídios não afeta apenas os direitos e a dignidade da pessoa presa. As violações vão muito além dos limites dos muros do cárcere empresarial; não têm fronteiras, porque atingem a essência, os ditames e os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.

Tudo isso torna o argumento da ressocialização para justificar a privatização do cárcere absolutamente falso, mera retórica para legitimar a indústria da prisão, que acaba sendo assimilado de forma irrefletida pelo senso comum da sociedade.

REFERÊNCIAS

- A CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. Disponível em:<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2015.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão**. Rio de Janeiro: Revan. 2012a.
- ANDRADE, Vera Regina. Política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista - garantista. In: BATISTA, Vera Malaguti.(Org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012b.
- APCCA. Asian and Pacific Conference of Correctional Administrators. Disponível em:<http://www.apcca.org/uploads/10th_Edition_2013.pdf>. Acesso em: 13 maio, 2014.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro. Revan, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. O governo neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global. In: _____.(Org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 110605. Relator. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011. Processo eletrônico DJe-081 Divulg 25-04-2012 Public 26-04-2012). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000187168&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 01 mar. 2014.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- CONTRATO de Concessão Administrativa. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/contrato/Contrato%20PPP%20Complexo%20Penal%20330639.54.1338.09.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2015.
- DICIONÁRIO Michaelis Online. Disponível em:< <http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

DIREITOS humanos: ressocialização de presos e combate à reincidência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116383>>. Acesso em: 13 abr. 2014.

FARIA, José Eduardo. **Privatização de presídios e criminalidade**: a gestão da violência no capitalismo. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Tradução: Eduardo Brandão. Coleção Tópicos. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Natureza jurídica da execução penal. Execução penal**: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudências e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987.

ICPC. Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/privatizacoes_presidios.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2015.

INFOPEN. Sistema de Informações Penitenciárias. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2015.

ISHIDA, Válter Kenji. **Prática jurídica de execução penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

LEVANTAMENTO feito pelo Instituto Avante Brasil, com dados do InfoPen, do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://d2kefwu52uvymq.cloudfront.net/uploads/2015/02/LEVANTAMENTO-SISTEMA-PENITENCI%C3%81RIO-2013-JUNHO2.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **O neoliberalismo sob o olhar da psicanálise e do direito**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=M_rx2Uc-PWY>. Acesso em: 10 maio 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI e XIX)**. Rio de Janeiro: Revan. 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORENO, Abraham Castro. **El por qué y el para qué de las penas**: análisis crítico sobre los fines de la pena. Cuadernos “Bartolomé de las casas”. Madrid: Dykinson, 2008.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Execução Penal**: aspectos processuais. São Paulo: JH Mizuno, 2011.

NOVO Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. Disponível em: <Inhttp://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

OLIVEIRA, Damião Bezerra. **A Crise do Conceito Episteme**. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/nupe/artigo12.htm>>. Acesso em: 10 maio 2015.

PINHO, Ana Cláudia Basto de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PPP. Parceria Público Privada. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-complexo-penal/page/97?view=page>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

PRIVATIZAÇÃO de Presídios. Artigo do IBCCRIM. Disponível em:<http://www.ibccrim.org.br/bol_etim_artigo/3623-Privatização-de-presidios>. Acesso em: 22 maio 2015.

RELATÓRIO da The Sentencing Project. Disponível em;< http://sentencingproject.org/doc/publications/inc_Too_Good_to_be_True.pdf>. Acesso em: 21 maio, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena. Fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.v.1.p. 53.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Artigo Privatizações de Presídios**. Disponível em:<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/privatizacoes_presidios.pdf>. Acesso em: 22 maio, 2015.

SÉTIMO TERMO Aditivo ao Contrato de Concessão Administrativa, Disponível em<<http://www.ppp.mg.gov.br/contrato-penal/page/99?view=page>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

SUSIPE. Superintendência do Sistema Penitenciário do Estado do Pará. Disponível em: <<http://www.susipe.pa.gov.br/?q=node/455>>. Acesso em: 10 maio, 2015.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991; 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.1.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, et al. **Direito penal brasileiro-I**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ANEXO A - Principais pesquisas nacionais sobre reincidência

Reincidência Criminal no Brasil

13

QUADRO 1
Principais pesquisas nacionais sobre reincidência

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: inquérito de uma pesquisa.</i>	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julia Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Ulilo Kahn	<i>Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.</i>	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Dezen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa Ipeac/CNU, 2013 (revisão bibliográfica).

Elaboração dos autores.

ANEXO B – Projeto de Lei do Senado nº 513/2011.**SENADO FEDERAL
PROJETO DE LEI DO SENADO
Nº 513, DE 2011**

Estabelece normas gerais para a contratação de parceria público-privada para a construção e administração de estabelecimentos penais.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para a contratação de parceria público-privada, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para a construção e administração de estabelecimentos penais.

Art. 2º A parceria público-privada para os estabelecimentos penais poderá abranger presos condenados e provisórios, submetidos a qualquer regime de pena.

Art. 3º A parceria público-privada de que trata esta Lei é contrato de concessão administrativa e será precedida de licitação, observando-se o disposto na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

§ 1º A Administração Pública levará em conta, para a seleção do grupo ou empresa privada, entre outros critérios julgados convenientes, a viabilidade prática do projeto-modelo de concepção da estrutura arquitetônica do estabelecimento penal, suas condições de segurança e a capacidade de a estrutura e a empresa atenderem aos serviços a serem exigidos contratualmente.

§ 2º Não poderão fazer parte da sociedade dos grupos ou empresas privadas de que trata o § 1º deste artigo, seja como sócio ou acionista, as pessoas que tiverem sido condenadas por crime contra a Administração Pública ou por improbidade administrativa.

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

2

- I – reeducação, reabilitação e ressocialização do preso;
- II – respeito aos direitos e deveres do preso;
- III – respeito à integridade física e moral dos presos;
- IV – segurança do estabelecimento penal;
- V – obrigatoriedade de trabalho do preso;
- VI – quantidade de presos compatível com a estrutura e finalidade do estabelecimento penal;
- VII – indelegabilidade das funções jurisdicionais e disciplinares, exclusivas do Estado.

Art. 5º Os cargos de diretor e vice-diretor do estabelecimento penal serão ocupados por servidores públicos de carreira, observado o disposto no art. 75 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Parágrafo único. O quadro de pessoal dos estabelecimentos penais será formado e contratado pelo concessionário.

Art. 6º O concessionário disponibilizará e manterá para os presos:

- I – assistência jurídica;
- II – acompanhamento médico, odontológico e nutricional;
- III – programas de ensino fundamental, de capacitação profissional e de esporte e lazer;
- IV – corpo técnico para a elaboração e execução dos programas de individualização de pena;
- V – programa de atividades laborais.

Art. 7º Os estabelecimentos penais atenderão aos seguintes requisitos:

- I – possuir área física suficiente para permitir o desenvolvimento de atividades laborais, educacionais e recreativas em relação à quantidade de vagas;
- II – dispor de pessoal treinado em segurança e vigilância;
- III – dispor e manter ambientes limpos, aerados, salubres e com condicionamento térmico adequado, manter os presos limpos e com apresentação pessoal adequada, assim como oferecer área mínima de 6m² (seis metros quadrados) para cada preso, com aparelho sanitário e lavatório, nas unidades celulares.

Art. 8º O concessionário, na execução da parceria, poderá subcontratar qualquer serviço, fornecimento ou partes da obra do estabelecimento penal, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração Pública, conforme avaliação de conveniência e oportunidade, responsabilizando-se solidariamente por qualquer erro, dano ou deficiência de execução.

3

Art. 9º O concessionário será remunerado com base na disponibilidade de vagas do estabelecimento penal, no número de presos custodiados e na prestação de serviços requerida pelo contrato.

Parágrafo único. A avaliação dos serviços oferecidos pelo concessionário será baseada em indicadores de desempenho e disponibilidade estabelecidos por contrato.

Art. 10. O concessionário terá liberdade para explorar o trabalho dos presos, assim como utilizar ambientes do estabelecimento penal para a comercialização de produtos e serviços oriundos desse trabalho, e dos lucros advindos será deduzida a remuneração devida, observado o disposto neste artigo.

§ 1º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e não gera relação de emprego entre o contratante da mão-de-obra e o preso.

§ 2º Ao preso serão assegurados os seguintes direitos:

I – remuneração mínima correspondente a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo, para uma jornada de trabalho de quarenta e quatro horas semanais, que será depositada em conta judicial, garantida a correção monetária;

II – previdência social;

III – equipamento de proteção individual contra acidentes do trabalho, obedecidas as normas relativas a higiene e segurança do trabalho, fixadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego;

IV – treinamento profissional;

V – seguro contra acidente de trabalho.

§ 3º A contribuição previdenciária devida pelo contratante da mão-de-obra do preso será de dez por cento, incidente sobre o total da remuneração bruta contratada.

§ 4º O concessionário ou empresa subcontratada poderá capacitar e remunerar os presos de forma diferenciada, com base em critério de produtividade ou conforme seus interesses econômicos e as circunstâncias do mercado.

§ 5º O preso que não consentir no trabalho para o concessionário ou empresa subcontratada, será transferido para estabelecimento penal onde o trabalho é executado sob fiscalização e controle do Poder Público.

Art. 11. A mão-de-obra do preso poderá ser explorada diretamente pelo concessionário ou ser subcontratada, observadas as seguintes condições:

I – os presos considerados perigosos e que possam apresentar risco para a sociedade, conforme avaliação técnica, não realizarão trabalhos externos;

II – o concessionário garantirá, juntamente com o Poder Público, a vigilância e a segurança nos trabalhos externos.

4

Art. 12. O concessionário, considerando o desempenho laboral do preso, ou em caso de interesse na sua contratação após a obtenção da liberdade, poderá apresentar ao juiz da execução proposta mais benéfica de remição em relação à prevista no art. 126 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Art. 13. É atribuição do Poder Público determinar a transferência de presos para outros estabelecimentos penais, fazer escoltas em caso de transferências, o transporte para o tribunal ou para atender a atos do processo penal ou da investigação criminal e a vigilância e a segurança nos trabalhos externos dos presos.

Art. 14. O contrato poderá ser rescindido pelas partes na hipótese de desempenho que não atenda aos critérios de avaliação previstos em contrato.

Art. 15. É permitida a participação de empresas ou grupos com capital estrangeiro nos contratos de que trata esta Lei.

Art. 16. Os estabelecimentos penais sob contratação de parceria público-privada serão fiscalizados pelo juízo da execução penal, pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário e pelo Departamento Penitenciário local.

Art. 17. Os arts. 29, 32, 33, 36, 37, 76, 77 e *caput* do art. 88 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, não se aplicam para o caso de parceria público-privada na administração do estabelecimento penal, e as disposições referidas ficarão a critério do que for estabelecido no contrato.

Art. 18. Aplicam-se subsidiariamente as disposições da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O presente projeto de lei objetiva traçar normas gerais para a parceria público-privada na construção e administração de estabelecimentos penais no Brasil. Já existem parcerias em andamento em alguns Estados. O que se busca é fornecer um tratamento mínimo para o tema em relação a questões essenciais, para que haja uma uniformidade de execução em relação a elas no território nacional.

Este projeto não trata de "privatização" do sistema prisional. Seria mais adequado falar em terceirização; ou, ainda melhor, em co-gestão dos estabelecimentos prisionais por meio da parceria entre setor público e privado, buscando otimizar a prestação dos serviços penitenciários. Há parcerias no Ceará, Bahia, Amazonas, Espírito Santo e Santa Catarina. Há projetos em andamento em Pernambuco e em Minas Gerais. Não é uma novidade em nosso País. Prima-se pela idéia de uma Administração Pública *gerencial*, em que se busca fazer com que o serviço público seja menos burocrático e atinja sua finalidade, que a prestação do serviço seja mais eficiente, procurando, assim, eliminar fatores que inflacionam o gasto público, como a corrupção, o nepotismo, o abuso do poder etc.

5

Em muitos casos não há ganho em termos de economia de recursos públicos. Mas esse não é o objetivo da parceria público-privada de que trata este projeto. A Lei de Execução Penal anuncia em seu art. 1º qual é o objetivo da execução de qualquer pena: a ressocialização. E é precisamente isso o que o nosso atual sistema público de execução penal não tem logrado cumprir. O custo financeiro para o Estado na manutenção do preso pela iniciativa privada deve ser analisado de acordo com os fatores positivos que esse modelo traz para a sociedade, uma vez que os índices de reincidência criminal são baixos. Ou seja, ao menos abre-se a possibilidade de ressocialização no nosso sistema, em face do investimento que se faz na pessoa do preso, colocando ao seu dispor trabalho, condições mínimas de habitabilidade, alimentação e saúde.

Algumas experiências têm sido muito positivas. Por exemplo, na Penitenciária de Guarapuava, no Paraná, em que vários serviços foram terceirizados, a taxa de reincidência criminal é de 6%, enquanto a média nacional gira em torno de 85%.

A terceirização trará ganhos ao mirar os seguintes fatores: obrigatoriedade de trabalho para o preso; capacitação profissional; e educação. São fatores fundamentais para um processo de ressocialização eficiente. Para tanto, a iniciativa privada precisa estar livre para explorar a mão-de-obra do preso como bem quiser, respeitados, obviamente, os limites legais. A lógica econômico-privada garantirá uma auto-regulação do sistema que só trará ganhos para a sociedade, pois possibilitará o que o sistema atual não possibilita, a ressocialização, e, talvez, no longo prazo, a auto-suficiência. Em janeiro de 2011, por exemplo, foi firmado acordo entre o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), o Ministério dos Esportes e o Comitê Organizador Brasileiro da Copa do Mundo de 2014, com previsão de contratação de detentos e ex-detentos nas obras e serviços necessários à realização do Mundial. É disso que o Brasil precisa: uso inteligente e racional da mão-de-obra dos presos.

Importante ressaltar que o projeto respeita a Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho. O trabalho do preso para a iniciativa privada é contratado e, portanto, deve ter seu assentimento. Se o preso não consentir, deverá ser transferido para uma unidade penal controlada pelo Poder Público.

O sistema de co-gestão da execução penal não implica em abrir mão da competência privativa de executar a pena, que é do Estado. Mesmo que o setor de segurança seja administrado pela iniciativa privada, a responsabilidade pela execução da política penitenciária continua sendo estatal, já que se trata de matéria de índole constitucional. O corpo diretivo do presídio (diretor e vice-diretor) é composto por membros indicados pelo Estado, exercendo função pública típica. As competências jurisdicionais e disciplinares também são indelegáveis.

Uma das causas do agravamento da crise no sistema penitenciário brasileiro é a má aplicação do dinheiro público na administração dos presídios. Profissionais que recebem sem trabalhar, agentes penitenciários que fazem da profissão um "bico", servidores administrativos que desviam material de expediente e gêneros alimentícios, estruturas prisionais sujas, que estimulam crimes e faltas disciplinares, e que operam sem

6

capacidade de suportar a população carcerária que abriga, o que estimula rebeliões. Gasta-se muito e os problemas não são resolvidos.

O Estado mostrou-se incompetente para tratar da questão. Urge a transferência desses problemas para a iniciativa privada. Nesse sentido, julgamos a presente proposta fundamental para o futuro do sistema prisional brasileiro, e conclamamos os ilustres Pares a apoiá-la.

Sala das Sessões,

Senador **VICENTINHO ALVES**

LEGISLAÇÃO CITADA

LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004.

Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.

Institui a Lei de Execução Penal.

.....
.....
Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

.....
.....
.....

7

Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

§ 1º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo.

§ 2º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade.

§ 3º Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado.

Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.

Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal.

.....
.....
.....

SEÇÃO III

Do Trabalho Externo

Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

.....
.....
.....

8

SEÇÃO III

Da Direção e do Pessoal dos Estabelecimentos Penais

Art. 75. O ocupante do cargo de diretor de estabelecimento deverá satisfazer os seguintes requisitos:

I - ser portador de diploma de nível superior de Direito, ou Psicologia, ou Ciências Sociais, ou Pedagogia, ou Serviços Sociais;

II - possuir experiência administrativa na área;

III - ter idoneidade moral e reconhecida aptidão para o desempenho da função.

Parágrafo único. O diretor deverá residir no estabelecimento, ou nas proximidades, e dedicará tempo integral à sua função.

Art. 76. O Quadro do Pessoal Penitenciário será organizado em diferentes categorias funcionais, segundo as necessidades do serviço, com especificação de atribuições relativas às funções de direção, chefia e assessoramento do estabelecimento e às demais funções.

Art. 77. A escolha do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância atenderá a vocação, preparação profissional e antecedentes pessoais do candidato.

§ 1º O ingresso do pessoal penitenciário, bem como a progressão ou a ascensão funcional dependerão de cursos específicos de formação, procedendo-se à reciclagem periódica dos servidores em exercício.

§ 2º No estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado.

CAPÍTULO II

Da Penitenciária

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

(Às Comissões de Serviços de Infraestrutura; de Assuntos Econômicos; e de Constituição, Justiça e Cidadania, cabendo à última a decisão terminativa)

Publicado no DSF em 26/08/2011.

Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal – Brasília-DF
OS: 14327/2011